

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

***A Terceira Velocidade do Direito Penal:
o ‘Direito Penal do Inimigo’***

VOLUME I

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO – Direito Penal
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**São Paulo
2006**

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

***A Terceira Velocidade do Direito Penal:
o ‘Direito Penal do Inimigo’***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Professor Doutor DIRCEU DE MELLO

**São Paulo
2006**

BANCA EXAMINADORA

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial dessa dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos.

Assinatura:_____ Local e Data:_____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai Sérgio e minha avó Edith, que me ensinaram honra, dignidade e valor da vida; e aos meus queridos irmãos Andréa e Guilherme, companheiros na dor e na alegria.

Agradeço ao Prof. Dr. Francisco de Camargo Lima por ter me despertado o prazer pelo Direito Penal.

Agradeço à minha querida madrinha Tilene Almeida de Moraes (*in memoriam*), de quem herdei a vocação de ser Promotor.

Agradeço ao artista da palavra Edilson Mougenot Bonfim, mestre que me mostrou o caminho dos clássicos, me despertou para o instigante tema deste trabalho e que me deixa orgulhoso por simplesmente me permitir compartilhar de sua amizade e conhecimento.

Agradeço, também, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, que me realiza, me resgata e me completa, em testemunho de gratidão.

Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. Dirceu de Mello, pelo inesgotável entusiasmo, pela busca incessante do perfeccionismo; pelo homem e profissional a quem quero com profunda afeição e admiração.

Finalmente, agradeço à Flávia, a quem todo dia deveria dizer SIM; agradeço agora e sempre aos meus filhos Gabriel, Carolina e Helena. Enfim, a esta família preciosa, cuja

presença e cumplicidade são decisivas para impedir que eu deixe de sonhar.

HOMENAGENS (in memoriam)

Dedico este trabalho a minha avó Ítala e à minha segunda mãe Tilene, pelos exemplos de amor.

Dedico à minha mãe Selma e ao meu avô Saul, meus amados, que tanto me incentivaram, me compreenderam e me ensinaram e, principalmente, porque me fizeram um homem melhor.

RESUMO

O trabalho tem por objeto a análise da teoria do “Direito Penal do Inimigo”, segundo a concepção e metodologia de GÜNTHER JAKOBS. Trata-se da Política Criminal de maior polêmica da atualidade, mas que vem se entrelaçando paulatinamente, em todo o mundo, com regras, princípios e legislações pautadas pelo modelo clássico-iluminista.

Para se aferir a legitimidade de um Direito Penal desta natureza, denominado pela doutrina de “terceira velocidade do Direito Penal”, indicamos, inicialmente, alguns traços do contexto da sociedade pós-industrial e delineamos as novas demandas penais da modernidade, com a clara intenção de demonstrar que a complexidade da sociedade moderna já vem impondo, há tempos, transformações à dogmática penal, antes mesmo da formalização da concepção de JAKOBS.

A partir da constatada complexidade da sociedade moderna, apresentamos a teoria dos sistemas de NIKLAS LUHMANN, ponto de partida de JAKOBS para a construção teórica de seu Direito da normalidade – o “Direito Penal do Cidadão”.

LUHMANN, preconizando a diferenciação funcional dos sistemas (Político, Econômico, Jurídico etc.), defende que a função do Direito será estabilizar congruentemente expectativas normativas. Esta será justamente a função primordial da pena defendida pelo funcionalismo de JAKOBS. Assim, apresentando os novos paradigmas do funcionalismo sistêmico, compreende-se a teoria da pena no “Direito Penal do Cidadão”, que JAKOBS denomina de “prevenção geral positiva”.

Analizando-se as concepções acerca da finalidade da pena e traçado, finalmente, o panorama do Direito Penal da normalidade, cuja função primordial é a reafirmação do próprio Direito de modo a garantir a configuração da sociedade, apresentamos formalmente sua teoria do “Direito Penal do Inimigo”, com indicação da origem, conceito, significado, construção filosófica, diferenciação normativa de “pessoa” e “inimigo” e, sobretudo, delineamos suas principais características, destacando a antecipação da tutela penal, a adoção de penas desproporcionais e a relativização de garantias penais e processuais.

Ademais, acentuamos como a teoria surgiu, em um primeiro plano, como crítica diante da constatação de legislações e políticas criminais que já vinham se utilizando destes parâmetros e, em segundo lugar, como a crítica se transmutou em algo tido por JAKOBS como inevitável, reforçado pelos atentados terroristas ocorridos em todo o mundo.

Além disso, antecedentes ou institutos semelhantes foram explorados, contextualizando antigas e recentes políticas criminais de enfrentamento da criminalidade comum e organizada, como o movimento ‘Lei e Ordem’, a ‘Tolerância Zero’ e ‘teoria das janelas quebradas’, o Direito Penal do autor que preconizava a periculosidade em detrimento do Direito Penal do fato pautado na culpabilidade, a classificação criminológica do delinqüente como ‘profissional’, ‘habitual’ e ‘por tendência’, além do uso de medidas de segurança a indivíduos penalmente imputáveis e perigosos.

As críticas à concepção do jurista alemão foram apresentadas sob os mais variados enfoques – do desrespeito a Princípios Constitucionais às incongruências com o próprio suporte metodológico de JAKOBS -, para, ao final, enfrentarmos a difícil tarefa de analisar a legitimidade de um Direito Penal de “terceira velocidade” em Estados Democráticos, assim como os riscos de se ignorar sua existência, com singelas sugestões de enfrentamento da questão a curto e médio prazo.

SUMMARY

This work aims to analyze the theory of the “Enemy Criminal Law” in the light of the conception and methodology of GÜNTHER JAKOBS. It is the most controversial Criminal Policy of current times, but has been gradually entwining itself with rules, jurisprudence and legislations based on the classic-illuminist model.

In order to assess legitimacy of a Criminal Law of such nature, which legal scholars have called “the third pace of Criminal Law”, we initially pointed out some traces of the context of the post-industrial society and outlined the new criminal claims of the modern world, with a clear-cut intention to show that the complexity of the contemporary society has been, for a long time, imposing changes on the criminal dogmatics, even prior to the formalization of JAKOBS’ concept.

Based on the acknowledged complexity of modern society, we presented NIKLAS LUHMANN’s systems theory, which was JAKOBS’ point of departure for the theoretical construction of his Law of Normality – “The Citizen’s Criminal Law”.

By praising the functional distinction of (Political, Economic, Legal etc.) systems, LUHMANN advocates that the function of Law would be that of consistently stabilizing standardized expectations. This would be precisely the primary function of the penalty advocated by JAKOBS’ systemic functionalism. Thus, through the presentation of the systemic functionalism’s new paradigms, it is possible to understand the theory of punishment in the “Citizen’s Criminal Law”, which JAKOBS calls “positive general prevention”.

By analyzing the conceptions about the purpose of punishment and once we finally outlined an overview of the Criminal Law of Normality, whose primary function is that of reaffirmation of Law itself in such a way as to ensure the configuration of society, we formally present his theory of the “*Enemy Criminal Law*”, with an indication of origin, concept, meaning, philosophical construal, normative distinction between “*person*” and “*enemy*” and, above all, we outlined their major features, emphasizing the role of early relief in Criminal Law, the use of disproportionate punishments and the relativization of criminal and procedural warranties.

We furthermore stressed how the theory arose in a first plane, as a criticism in response to the discovery of criminal legislations and policies that were already making use of such parameters and, in a second plane, how the criticism turned into something held by JAKOBS as inevitable, reinforced by terrorist attacks perpetrated throughout the world.

Moreover, similar precedents or institutions have been contemplated, contextualizing old and recent criminal policies to cope with ordinary and organized crime, such as those of the movements “*Law & Order*”, “*Zero Tolerance*” and the “*theory of broken windows*”, the author’s Criminal Law that advocated the level of risk to the detriment of the Criminal Law of fact based on liability, the criminological classification of the perpetrator as “professional”, “customary” and “by tendency”, in addition to the use of safety measures to criminally imputable and dangerous individuals.

The criticisms to the German jurist’s conception were presented from a number of standpoints – from non-compliance with Constitutional Principles to the inconsistency with JAKOBS’ methodological support itself – so that we could eventually face the hard task to review the legitimacy of a “third-pace” Criminal Law in Democratic States, as well as the risks of ignoring its existence with subtle suggestions of confronting the issue on a short and long-term basis.

“... Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou...”

(Tobias Barreto, *apud* BONFIM, Edilson Mougenot. Direito Penal da Sociedade. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey, 1997, notas do autor).

SUMÁRIO

Introdução.....	02
CAP. I. Contexto da sociedade pós-industrial e as novas demandas penais	13
1. Visão da sociedade pós-moderna.....	13
2. Os novos sujeitos passivos e os novos gestores da moral.....	18
3. Globalização.....	20
4. Mudanças dos sistemas organizacionais, comunicativos e tecnológicos.....	23
5. A formatação da sociedade de riscos.....	26
6. A institucionalização da insegurança.....	27
7. Expressão do Direito Penal na era da globalização.....	31
8. Hipertrofia legislativa.....	38
9. ‘Detalhe Brasileiro’: o descrédito no Direito Administrativo e na classe política.....	41
10. Dilema do Direito Penal liberal: aumento da criminalidade de massa e da criminalidade organizada.....	47
CAP. II – Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: o Direito como estabilização congruente de expectativas normativas.....	60
1. Introdução: o conceito de sociedade complexa.....	60
2. Teoria dos Sistemas.....	65
2.1. Apresentação.....	65
2.2. Metodologia.....	69
2.2.1. Sistemas autopoieticos.....	71
2.2.2. Diferenciação funcional.....	74
3. Função do Direito.....	76
4. Críticas à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.....	78
5. Considerações fundamentais: a corrupção dos códigos e as frustrações.....	80
* Anexo I.....	85

CAP. III – O funcionalismo penal de Günther Jakobs: o ‘Direito Penal do Cidadão’	86
1. Escolas penais.....	86
2. Da teoria do delito: causalismo, neokantismo, finalismo e funcionalismo..	95
2.1. Introdução: do causalismo ao finalismo.....	95
2.2. Apresentação do sistema funcionalista.....	100
2.3. O funcionalismo penal de Günther Jakobs.....	103
CAP. IV – Das clássicas teorias da pena à prevenção geral positiva	114
1. Teorias absolutas.....	117
2. Teorias relativas.....	119
2.1. Prevenção especial.....	121
2.2. Prevenção geral.....	125
2.2.1. Teorias ecléticas: breves contornos.....	128
2.2.2. Prevenção geral positiva: a finalidade da pena para Günther Jakobs.....	130
2.2.3. Críticas à teoria da prevenção geral positiva.....	139
3. Considerações finais: os primeiros passos para o ‘Direito Penal do Inimigo’.....	144
CAP. V – A Terceira velocidade do Direito Penal: ‘O Direito Penal do Inimigo’	148
1. Preliminarmente.....	148
2. Origem, conceito e significado.....	153
3. O suporte filosófico.....	159
4. Pessoa x Inimigo.....	162
4.1. O indivíduo como ‘pessoa’.....	165
4.2. Os ‘inimigos’ da sociedade.....	166
5. Principais características.....	168
5.1. A antecipação da tutela penal.....	170
5.1.1. A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta.....	171
5.1.2. Os tipos de perigo abstrato.....	174

5.2. A relativização de garantias penais e processuais.....	175
6. Os crimes dos ‘poderosos’	178
6.1. Políticas criminais de enfrentamento da criminalidade comum e organizada.....	182
6.1.1. Movimento ‘Lei e Ordem’, ‘Tolerância Zero’ e ‘Janelas Quebradas’	182
6.1.2. Direito Penal do autor x Direito Penal do fato.....	186
6.1.3. Periculosidade x Culpabilidade.....	189
6.1.4. Classificação criminológica: o delinquente profissional, habitual, por tendência e o ‘inimigo’	194
6.1.5. Medidas de segurança.....	197
7. A ‘terceira velocidade’ do Direito Penal.....	199
7.1. O ‘Direito Penal do Inimigo’ pelo mundo.....	204
7.2. Vestígios nacionais.....	208
7.3. A conciliação de políticas criminais de ‘exceção’ com o modelo liberal-clássico.....	211
Cap. VI –Críticas ao ‘Direito Penal do Inimigo’	215
1. Síntese da crítica.....	215
2. Censura ao ‘Direito Penal simbólico’	218
3. Os modelos de ‘Direito Penal do autor’	224
4. Críticas ao modelo proposto por Günther Jakobs.....	227
4.1. Críticas ao ‘Processo Penal do Inimigo’	235
5. Críticas aos modelos de ‘Direito Penal do Inimigo’ na política criminal moderna.....	237
5.1. Exemplos estrangeiros.....	237
5.2. Ilustrações brasileiras.....	240
6. Questionamentos acerca da proposta de diferentes velocidades do Direito Penal.....	243

CAP. VII – Legitimidade do ‘Direito Penal do Inimigo’ – dialética: rigorismo x laxismo.....	246
1. Realidade social e os contornos do Direito Penal e Processual contemporâneos.....	246
2. Discutindo a legitimidade.....	250
3. Eterna dialética penal: laxismo x rigorismo.....	253
4. Balanceamento de interesses.....	260
4.1. Relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos.....	264
4.2. Princípio da proporcionalidade.....	269
5. Modelos de Estado e Direito Penal.....	273
5.1. Omissões do poder público.....	276
5.2. Os limites operativos do Direito Penal.....	279
6. Política criminal.....	281
6.1 Propostas para uma política criminal racional à modernidade.....	283
6.1.1. Compreensão dos limites do Direito Penal.....	285
6.1.2. Reserva e periodicidade de Código.....	286
6.1.3. Abordagem multidisciplinar e realidade brasileira.....	289
6.1.4. Clara delimitação de um Direito Penal e Processual do Inimigo.....	290
7. Direito Penal: retrato da crise da modernidade e do homem.....	293
Conclusões.....	296
Bibliografia.....	300
*Anexo II - bibliografia consultada via internet	315

INTRODUÇÃO

“O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade” (Tobias Barreto)¹

O Direito existe enquanto existe sociedade minimamente organizada. É um instituto humano, um modo de vida social “até onde não é possível a vida pelo amor”.² Sem o sistema penal, já afirmara CARRARA, “seriam as cidades um contínuo teatro de lutas e de guerra sem limite. E aí está porque na tranqüilidade reside, segundo meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena”.³

Longe do mundo sonhado pelo homem de bem e preconizado por INGENIEROS, segundo o qual “todo ideal é uma fé na possibilidade mesma da perfeição”⁴, o Direito figura como algo essencial, ou, “como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade”.⁵

O Direito é, pois, antes de tudo, o raio-x da ética social.

O Direito Penal, como medida extrema de manutenção da ordem e de pacificação social é, por excelência, o reflexo da moral de um povo. É, justamente por sua inexorável ligação à configuração social, o mais dinâmico dos ramos do Direito;⁶ aquele que eterniza a dialética entre segurança da sociedade e liberdade do cidadão.

As antigas concepções contratualistas de Estado preconizavam que o homem já nasce privado de parte da sua liberdade e, nesse sentido, sonhar com sua emancipação ainda é algo inatingível.

BECCARIA, rememorado por GARCIA, já advertia que “o homem cede uma parcela mínima da sua liberdade, para tornar possível a vida em coletividade (...)”.⁷ Sendo assim, o Direito Penal com mínima intervenção torna-se um sonho cada vez

1 *apud* BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey, 1997, p. 220

2 BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Landy, 2001, p. 34

3 CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Campinas: LZN, 2002, v. II, p. 82

4 INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 8

5 BARRETO, **Introdução...**, p. 34

6 MELLO, Dirceu de. São Paulo: Aula Proferida no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1º sem. 2004

7 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed., v. I, Tomo I, 38ª tir. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 54

mais distante, sobretudo em ciclos de crise de valores humanos. Contudo, o homem brasileiro também está em crise e imerso em circunstâncias que, de maneira crescente, exigem a intervenção do Direito para a efetiva tutela de bens garantidos pela Constituição Federal.

Ao Direito ideal, aliás, bastaria uma Constituição da República, segundo CAPISTRANO DE ABREU, com dois únicos dispositivos: “art. 1º. Todo homem deve ter caráter e art. 2º. Revogam-se as disposições em contrário”.⁸

Em vez de tal Constituição, o que se vê são ladrões que não têm mais a aparência de ladrões e pais e professores que já não constituem autoridades presumidas. Em vista de tal situação, é imperioso que o Direito cada vez mais regulamente os comportamentos humanos. O Direito é, e ainda será por muito tempo, “uma projeção humana, para o homem mesmo, àquele que ainda não chegou à sociedade fraterna a que nós todos almejamos, aquela ‘organização do amor’ pregada por Jesus, onde ‘cada qual ganhará o pão com o suor do seu rosto’ e ‘amará o próximo como a si mesmo’”.⁹

E qual o retrato da projeção humana nos tempos modernos? Que configuração social e que Direito Penal estão sendo projetados e criados e que, paradoxalmente, despertam tanta crítica?

Com arrimo em BONFIM, “para falarmos em contemporaneidade, é mister uma análise filosófica do tempo em que vivemos”.¹⁰

O homem natural de Aristóteles, que deu lugar ao homem de fé e ao filho de Deus, abriu espaço para o homem racional (DESCARTES). O homem cartesiano, que passou a contestar o Direito feito pelo próprio homem, encontra-se agora fraturado em seu espírito e imerso em uma crise de valores, que o impede de encontrar o quê e a quem seguir, dando azo àquilo que ENRIQUE ROJAS denomina ‘o homem *light*’: “Do vir-a-ser do direito resta mera pretensão repousando inerte como papel borrado”,¹¹ pois entre a concepção de um Direito Penal ideal e a sua conseqüente realização, há um homem em crise.

BONFIM acertadamente descreve o homem atual como aquele que “prefere

8 *apud* BONFIM, **Os Reflexos da Constituição Cidadã no Processo Penal**. Campo Grande: Revista da OAB Mato Grosso do Sul, ano I, n. 1, ‘Os Dez Anos da Constituição Cidadã e os seus reflexos nos demais ramos do Direito’, 1999 p. 71-88

9 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 284

10 BONFIM, São Paulo: Discurso de Abertura do I Congresso Mundial do Ministério Público (2000). Disponível em: <<http://www.emougenotbonfim.com/portuguese/index.htm>>, Acesso em: 02 mai. 2005

11 *apud* BONFIM, id.

o aplauso fácil à crítica sincera, o elogio vazio ao aplauso convicto, (...)”. Segundo o mesmo autor, “trata-se de um homem absolutamente transparente, porque inócuo; o seu conteúdo não existe, é apenas um vazio existencial emoldurado pelo continente físico”.¹² HUNGRIA, citando ALOÍSIO DE CARVALHO, já antecipava essa análise:

O mundo contemporâneo passa por uma grave crise social e moral, que remonta a primeira Grande Guerra. Fendeu-se a camada de verniz que recobria os instintos egoísticos e violentos, e estes predominam na orientação da conduta humana. As normas de cultura que os séculos haviam sedimentado vêm sendo extirpadas pelas raízes ou abolidas com a mesma facilidade com que se repudiam hábitos recentes. Desintegra-se, cada vez mais, o espírito de cooperação, de ordem e de paz. A fé religiosa foi banida dos corações. Os escrúpulos e reservas ditados pelo velho Código moral saíram de voga, como o fraque e a barba ando, e um exacerbado egoísmo desembestou na *steepie chase* do “cada um para si, custe o que custar”.¹³

A moral de um povo pode ser facilmente medida pela incidência do Direito. O mínimo ético de uma sociedade é proporcional ao Direito vigente: quanto maior a necessidade do uso do Direito, maior o indício de que o povo está moralmente em crise. É plausível, portanto, a suposição de que quanto menor a necessidade do uso do Direito, mais elevada está a virtude dos homens de determinada sociedade. E, no simples dizer de JEAN-CLAUDE GUILLEBAUD, “quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo, uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui”,¹⁴ ainda que a um custo altíssimo para a liberdade.

O discurso sonhador laxista e abolicionista, propugnando pelo fim do Direito Penal e pelo fim da pena privativa de liberdade, está logicamente dissociado da realidade.

Constatada a crise do homem e a configuração da sociedade moderna, impossível dar crédito ao discurso que sonha ‘sem os pés no chão’.

O homem atual, solitário (e não solidário), sozinho (e não vizinho), conforme nos alerta BONFIM, está longe de ver nos olhos do próximo um irmão.¹⁵

Ademais, a sociedade rotulada de ‘pós-moderna’, ‘pós-industrial’ e ‘globalizada’ tem na comunicação instantânea, no avanço tecnológico e na crise do

12 **A Repressão Penal**. Publicado no periódico “O Jornal”, edição de 18 set. 1946 (*apud* HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed., v. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 53)

13 Id.

14 *apud* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 59

15 BONFIM, **Os Reflexos...**, p. 86

homem, permeados por um modelo de Estado que prima pela maximização de riquezas e eficiência econômica, seus novos paradigmas. Atualmente, as notícias policiais veiculadas de forma sensacionalista transformam questões cruciais para a sociedade em banalidades esquecidas logo após o primeiro intervalo comercial: corrupção, abuso de autoridade, ‘Estados paralelos’, institucionalização da ‘Lei de Gerson’, ladrões de colarinho branco, pedófilos grisalhos, grades na residência do cidadão de bem, apenas para citar alguns exemplos.

Tudo isso marcado por discursos que preconizam o abrandamento da legislação penal e que se intitulam *politicamente corretos*.

Hoje, ser honesto transformou-se virtude, “quando na realidade é mera imitação”. A virtude, em verdade, “é uma originalidade”, dizia INGENIEROS.¹⁶

De outra parte, a moral também é medida pela hipertrofia legislativa e por legislações que, consideradas monumentos de ‘Democracia’, na verdade desmascaram a completa falta de virtude de um povo. Foi preciso criar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, por exemplo, para dizer que a criança não pode passar fome e que o idoso não pode ser maltratado.

A escassez de virtuosos, acentuada pelas novas demandas sociais decorrentes da aceleração do processo comunicativo e tecnológico, acalora os debates sobre criminalização de novas espécies de comportamento: clonagem, *network crimes*, terrorismo, lavagem de dinheiro, criminalidade organizada etc.. A hiperinflação legislativa, além da ausência de técnica e do emprego da política do ‘pão e circo’ - que acalma a sociedade insegura com novo texto legal -, representa um dos reflexos da crise moral que a sociedade contemporânea atravessa. ORTEGA y GASSET, já em 1930, sintetizava a mesma percepção no antigo continente:

A Europa está sem moral (...). Se deixarmos de lado – como já fizemos neste ensaio – todos os grupos que podemos considerar sobreviventes do passado – os cristãos, os ‘idealistas’, os velhos liberais etc. – não encontraremos entre os que representam a época atual um único sequer cuja atitude diante da vida não se reduza a acreditar que detém todos os direitos e nenhuma obrigação. É indiferente que se dissimule de reacionário ou de revolucionário: ativamente ou com passividade, ao cabo de umas e outras voltas, seu estado de ânimo consistirá, decisivamente, em ignorar toda obrigação e sentir-se, sem que ele mesmo suspeite por que, sujeito de ilimitados direitos. (...) O homem-massa simplesmente carece de moral, que é sempre, por essência, sentimento de submissão a algo,

16 - INGENIEROS, op.cit., p. 130-131

consciência de serviço e obrigação.¹⁷

Utilizando as considerações de BONFIM, o homem chegou ao positivismo jurídico, abandonou-o pelo direito livre de FRANÇOIS GÉNY (1861-1938) e KANTOROWICZ (1877-1940) e chegou ao ‘alternativismo’ contemporâneo, retomando outra vez seu círculo vicioso na busca por novidade: “jurídica, filosófica, religiosa, para a solução de sua constante ‘crise existencial’, ‘crise social’, ou apenas ‘crise de homem’, rótulo que pode abranger todos os subprodutos dos desacertos, desencontros, crimes ou infelicidades”.¹⁸

Esse quadro pessimista justifica-se, pois enquanto não houver solidariedade e fraternidade, além de outras esferas de controle social (da educação à família), o Direito Penal continuará existindo, dada a ausência de alternativa viável e factível. E enquanto o Direito Penal for utilizado desmedidamente como instrumento mais barato para silenciar a população em detrimento da implementação de políticas públicas, o debate entre laxismo e rigorismo continuará sem tréguas, escondendo a medida do bom senso e os maiores responsáveis pela atual crise.

MORAES Jr. nos adverte sobre o perigo da ingênua e romântica crença de que a vida em sociedade pode prescindir de um estatuto repressivo: “sendo a agressão aos direitos fundamentais evitável com o simples recurso a campanhas educativas (notoriamente ineficazes) e estratégias de nivelamento social (de complexa e lenta implementação) – acaba dando alimento à ilusão totalitária, na medida em que gera, no curto prazo, insegurança, desconfiança no Estado de Direito e conduz à *anomia*, a antecâmara do Estado-Policial.”¹⁹

Logo, por constatação lógica, “é compreensível que a opinião pública recorra, supersticiosamente, à panacéia do terror punitivo”.²⁰

Ignorar essa realidade é agir como um psicótico que imagina a realidade inserida na sua utopia. A esse respeito, MORAES Jr. afirma que “... enquanto projeto de aperfeiçoamento da realidade, o ideal é um saudável exercício da criatividade consciente. Quando, porém, é transformado em varinha de condão, destinada a *substituir* as fadigas da realidade pelas facilidades do espaço onírico, o ideal

17 ORTEGA y GASSET, José. **La rebelión de las Masas**. Obras Completas. 2ª ed. Tomo IV. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 200 (*apud* SÁNCHEZ, A **Expansão...**, p. 59)

18 BONFIM, **Os Reflexos...**, p. 80

19 DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p.27

20 *Ibid.*, p. 38

desfigura-se e desnatura-se: deixa de ser um tema político-filosófico para se transmudar dramaticamente em capítulo de patologia psíquica”.²¹

Ideal sem perspectiva de transformação, como lembra o autor, é ficar aprisionado, trancafiado no sonho, coagulando-se em pesadelo de frustração.²²

Este o dilema que vem vivendo, por exemplo, a sociedade brasileira: iludida pelo Poder Político que, em vez de implementar políticas públicas de caráter preventivo-penal efetivo, (re)educando esse homem ‘light’, aumenta a carga simbólica do Direito Penal e gera expectativas que fatalmente irão se coagular em frustrações até que outro projeto de lei seja encaminhado ao Congresso Nacional.

Tais premissas, e tantas outras que delineiam esse impreciso e lacônico conceito de ‘sociedade moderna’ (ou ‘pós-moderna’), são essenciais para uma posição conciliadora entre laxismo e rigorismo, ou a posição de bom senso preconizada por HUNGRIA.²³ Só uma posição conciliadora impedirá que tanto o idealismo fantasioso e alienado que prega a extinção do Direito Penal e das penas de prisão quanto o rigorismo que preconiza o policiamento ostensivo de todo o comportamento humano, transformando a liberdade em simples tinta na Carta Magna, sucumbam de mãos dadas diante da realidade que se desenha de forma completamente divorciada das bandeiras, frustrando ainda mais as esperanças.

Tais premissas também são necessárias para se entender como, a partir de GÜNTHER JAKOBS, delineou-se uma teoria que na prática já vem sendo aplicada no Brasil e no Direito alienígena há algum tempo: o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Definir, segundo o sentido etimológico, é delimitar.²⁴

Através de uma análise preponderantemente zetética²⁵ da história das escolas do Direito Penal e, sobretudo, das escolas históricas das funções da pena, faz-se necessário situar o contexto em que se insere a possível legitimidade de um

21 id.

22 id.

23 HUNGRIA, **Comentários...**, v. I, Tomo 1º, p. 56-57

24 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 15

25“ A distinção entre um modo de pensar dogmático e um modo de pensar zetético é utilizada por Viehweg pela primeira vez em um artigo publicado em 1968 e é proposta como uma maneira de entender a complexidade gerada pela amplitude que o fenômeno jurídico abrange e que coloca ao jurista tarefas que vão desde uma análise de um determinado ordenamento jurídico até investigações de caráter científico ou filosófico. Viehweg propõe que se considere, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, a estes âmbitos como esquemas de perguntas e respostas. Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas. Nestes esquemas de perguntas e respostas é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às perguntas a estrutura aponta para a investigação ou zetética. Quando salientamos as respostas, para a dogmática” (VIEHWEG, Theodor. **Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica**, Tópica y Filosofía del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 75)

‘Direito Penal do Inimigo’, sem preconceitos, sem pré-julgamentos, “sem juízos apriorísticos, sem manietamentos da inteligência a messiânicas e dogmáticas correntes filosóficas/penais (...)”.

Além disso, é fundamental aquilatar se o ‘Princípio dos Princípios’ – o da Proporcionalidade - legitimaria um ‘Direito Penal do Inimigo’, sem antecipação do julgamento e lembrando que “(...) verdades absolutas e as interpretações unilaterais da vida que há um século anunciavam a revolução do homem”, hoje, no dizer acertado de BONFIM, “não são mais que lembranças doces das vias cordianas”.²⁶

OLAVO DE CARVALHO bem acentuara que

Se porém o especialista, o professor, o homem investido de autoridade acadêmica apresenta sua opinião solta, isolada, sem os nexos que a ligam positivamente ou negativamente ao consenso e à tradição, o público leigo fatalmente a tomará como se fosse ela mesma a expressão desse consenso, e dará às palavras de um só indivíduo – ou do grupo que ele representa – o valor e o peso de uma verdade universalmente admitida pelos homens cultos.²⁷

Assim, esta será a metodologia utilizada – descrever, ainda que de forma fragmentada, os principais aspectos da história do Direito Penal, conjugando-os com o contexto atual, na esteira da lição de LYRA: “no Direito Penal, primeiro historiar, depois conceituar, porque os conceitos básicos evoluíram com a história, em função dela. O conceito depende da história. Para chegar ao conceito atual é preciso percorrer e marcar o campo em que o objeto do estudo teve origem e desenvolvimento”.²⁸

Com a noção do passado, será possível delinear o presente e verificar a pertinência, diante das novas demandas enfrentadas pelo Direito Penal da ‘modernidade’, de se adotar um modelo de Direito Penal exclusivamente clássico. Daí, percorrer os caminhos e temas que constituem objeto da perene dialética entre laxistas e rigoristas: hipertrofia legislativa, tipos de perigo abstrato e tipos omissivos impróprios em uma sociedade de risco, de um lado; e de outro, a retomada de um Direito garantista e com intervenção mínima.

Tal percurso será apresentando sob uma nova forma, ou melhor, sob uma forma pré-paradigmática de se pensar o Direito – a Teoria de Sistemas de NIKLAS LUHMANN e o modelo funcionalista sistêmico preconizado por GÜNTHER JAKOBS,

26 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 93

27 CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições*. São Paulo: Realizações, 2004, p. 32

28 LYRA, Roberto. *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 17

algo diverso dos princípios defendidos pelas escolas clássica, positivista e finalista.

Por que se faz necessária essa digressão histórica? Por que a compreensão do ‘Direito Penal do Inimigo’ passa pela análise do atual contexto da sociedade e por uma nova leitura das Teorias das Penas? É legítimo, à luz do Princípio da Proporcionalidade, cogitar-se de tratamento diferente ao cidadão e ao ‘inimigo’?

O ‘inimigo’ é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá JAKOBS, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognitivamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.

Para se compreender uma formulação como esta, no entanto, será necessária uma viagem pela história, de modo a se aferir institutos semelhantes já utilizados no passado, voltados para a prevenção geral ou para um Direito Penal essencialmente preventivo. Além da análise histórica, será necessário verificar a dialética entre o pensamento moral rigorista e o pensamento laxista e, também, como os ciclos de maior repressão do Estado têm impulsionado ciclos com discursos e propostas marcadamente mais liberais e vice-versa.

Ademais, entender a complexidade da sociedade atual, em crise e geradora de novas demandas ao Direito Penal, é essencial para a compreensão da nova escola emergente: o funcionalismo penal – ponto de partida de JAKOBS para reformular a Teoria da Pena (prevenção geral positiva ou integradora) e chegar à sua concepção de ‘Direito Penal do Inimigo’. Inicia-se, pois, o presente estudo, com o primeiro objetivo do Direito Penal, com a proposição de BINDING de obter a compreensão do Direito do seu tempo,²⁹ com a concepção de que todo conhecimento depende do contexto histórico.³⁰

É certo também que qualquer pesquisa resulta de uma seleção arbitrária e fragmentária de informações³¹ e, conforme lição de RUSSEL, “antes de tudo,

29 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 59

30 JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**, in Coleção Estudos de Direito Penal. v. 1. São Paulo: Manole, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 5

31 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 11

devemos lembrar que é muito precário ver a própria época numa perspectiva adequada”.³²

Com base em tais premissas e ressalvas, pretende-se delimitar o conceito, o contexto, as características e as críticas eventualmente procedentes ao objeto do presente estudo, para só, então, sem manietamentos e sem julgamentos precipitados de supostos ‘proprietários da verdade’ e ‘profetas do apocalipse’, aferir se há espaço para a convivência numa mesma sociedade de dois Direitos Penais – o do ‘cidadão’ e o do ‘inimigo’.

JAKOBS, inspirado em LUHMANN, afirma que o Direito Penal possui como escopo primordial a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários.

Esta é, pois, a origem do modo que o jurista alemão pensa a sanção penal: a prevenção geral positiva ou o que ele denomina ‘Direito Penal Cidadão’. Conforme lição de BONFIM:

(...) A idéia e o mecanismo processador da ‘prevenção geral’ como fundamento do direito de punir, teve em Bentham e Feurbach os cientistas máximos. Definiu o primeiro ‘punir é infligir um mal a um indivíduo, com uma intenção direta em relação a este mal, em razão de algum ato que parece ter feito ou omitido’, dando por fim o conceito utilitário da pena: ‘as penas legais são males infligidos, segundo formas jurídicas, a autores de qualquer ato prejudicial, proibido por lei, e com o fim de prevenir semelhantes atos.’ Foi quem melhor sintetizou os efeitos da pena: ‘A prevenção dos delitos, divide-se em dois ramos: a prevenção particular, que se aplica ao delinqüente individual; e a prevenção geral, que se aplica a todos os membros da comunidade, sem exceção.’³³

O próprio JAKOBS defende sua concepção teórica da pena, criticando as demais: “*Todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intesidad de la motivación y la relevancia de la perturbación*”.³⁴

Em síntese, JAKOBS considera que tanto a retribuição como a prevenção, de modo isolado ou em conjunto, configuram pontos de partida insuficientes. A pena pública, para ele, representará a “*confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad*”. Ou melhor apresentando JAKOBS,

31 RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, prefácio, passim

33 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 187

34 JAKOBS, **Sobre la teoría de la pena**, in Cuadernos de Conferencias y artículos n° 16, Bogotá: Univesidad Externado de Colômbia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Trad. Manuel Cancio Meliá, 1998, p. 14

o fim da pena (...) se denomina atualmente prevenção geral positiva; prevenção geral porque pretende-se produzir um efeito em todos os cidadãos; positiva, porque esse efeito não se pretende que consista no medo diante da pena, e sim em uma tranquilização no sentido de que a norma está vigente, de que a vigência da norma, que se viu afetada pelo fato, voltou a ser fortalecida pela pena – no século passado se falava de maneira maleável de eliminação do ‘dano intelectual do delito’.³⁵

Analisando-se, pois, a forma pela qual JAKOBS inovou ao pensar os fins do Direito Penal e a função primordial da sanção (reafirmação do próprio Direito Penal), será possível compreender quais foram as premissas lógicas que lhe permitiram teorizar um ‘Direito Penal do Inimigo’, o Direito Penal de ‘terceira velocidade’.

Ignorar ou menosprezar tais inovações remete o cientista do Direito Penal à velha pergunta: como os dogmáticos vão fazer para conter a incessante onda de criminalidade e concomitantemente respeitar as regras clássicas do Direito Penal tradicional?

BEVILAQUA já dissera que “o crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se às novas condições, se adelgaça ou se contrahe, segundo as necessidades, porém persiste ainda que combatido”.³⁶

A definição do momento pré-paradigmático que se apresenta, reconhecendo a crise de referências do homem ‘*light*’ e a maneira como a atual configuração da sociedade vem reclamando mudanças ao Direito Penal permitirão antever que uma espécie de ‘Direito Penal do Inimigo’ já está presente na legislação de todo o mundo, sem que esteja devidamente separado do ‘Direito Penal Cidadão’, caso essa convivência seja logicamente possível.

Mais que isso, tais constatações serão fundamentais para a análise da legitimidade de um Direito Penal consubstanciado na necessária distinção entre cidadão e inimigo, na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais fundamentais, evitando-se a descrição vaga dos crimes e das penas, o aumento desproporcional de penas e a retomada da idéia de medidas de segurança aos imputáveis perigosos, a criação artificial de novos delitos e o endurecimento da execução penal, o uso de meios de prova pouco ortodoxos (infiltração de agentes policiais, interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscais e telefônicos etc.), dentre outros.

35 JAKOBS, **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Trad. André Luís Callegari, colaboração: Lúcia Kalil, 2003, p.35

36 BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 58

Surge com a Teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’, o conceito de *terceira velocidade* do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de *segunda velocidade* (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de *terceira velocidade*, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade.

A ‘terceira velocidade’ passa, então, a ser criticada,³⁷ de um lado, pelas novas demandas e novos bens sujeitos à tutela penal, que vêm permitindo, com frequência, flexibilizações dos tipos, inserções de novas figuras de perigo abstrato e omissivas impróprias (sociedade do risco), antecipações da tutela penal etc.; e, defendida, de outro lado, pela sensação de insegurança que vem bradando por um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Isto tudo traz à tona a dificuldade de se discutir a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ alheio ao Princípio da Proporcionalidade. Atacado por aqueles que sonham com uma realidade inexistente e pregam um Direito inapto para manter uma convivência social mínima e endossado por outros de forma automática e sistemática, contaminando, já há algum tempo, a legislação com modelos de tutelas díspares e incongruentes.

Será necessário, enfim, buscar um ‘Direito Penal da Sociedade’ que, à luz do Princípio da Proporcionalidade, tutele de forma legítima tanto a liberdade como os outros bens protegidos pela Constituição (vida, patrimônio, integridade física etc.). Enfim, a discussão do tema é apaixonante, porém há que se cuidar para que as críticas não sejam divorciadas da realidade, não sejam bandeiras inócuas e superficiais e “... para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou (...)”.³⁸

37 CONDE, v.g., tem discursado sobre o tema por todo o mundo nos últimos anos, proferindo conferências e palestras na Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, Chile, México, Uruguai, Nicarágua, Brasil, Estados Unidos e Japão (apud CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el ‘Derecho Penal del enemigo’**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 34)

38 BARRETO, apud BONFIM, **Direito Penal...**, notas do autor

CAP. I – CONTEXTO DA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E AS NOVAS DEMANDAS PENAIS

“Os pretensos sábios de hoje invejarão os calouros dos jardins de infância do amanhã”. (ROBERTO LYRA)¹

1. VISÃO DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

A apresentação, ainda que de forma fragmentada, dessas novas características da sociedade moderna são fundamentais para se aferir se há espaço em um Estado Democrático para um ‘Direito Penal do Inimigo’.

Criticar as bandeiras que diferenciam e delimitam o conceito de ‘Direito Penal do Inimigo’, ignorando os novos paradigmas que permeiam a sociedade moderna, é criticar superficialmente, sem o necessário respaldo científico.

A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de ‘Direito Penal do Inimigo’ se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um ‘Direito Penal do Cidadão’.

O conceito de sociedade moderna e complexa² é, pois, fundamental para se entender a evolução do Direito, as conseqüências de seus almejados objetivos e a profunda transformação dos fins da sanção penal, de modo a antecipar uma

1 LYRA, Roberto. **Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal**. Rio Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 19

2 BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO lembram que “a complexidade é conseqüência, por um lado, da diversificação do aparelho produtivo em três setores (monopólio, concorrencial e estatal) e da conseqüente segmentação do mercado de trabalho; por outro, da multiplicação de aspirações, necessidades e comportamentos no campo da reprodução da força-trabalho, a que há de corresponder uma ação política profundamente diversificada. Ao tradicional aparelho político-representativo do Estado agregam-se assim funções econômicas, orientadas à valorização dos diversos setores do capital, ou seja, do capital global, e funções sociais, tendentes a assegurar, através das várias formas da política social, a integração da força-trabalho no equilíbrio do sistema político-econômico. Esta mudança de conotações nas relações entre ‘político’ e ‘econômico’ foi a origem da crise dos princípios fundamentais do Estado legislativo de direito: a) do princípio da supremacia do poder legislativo; b) da legalidade da atividade executiva do Estado, que há de dar-se segundo as formas preestabelecidas da lei universal e abstrata; c) do controle de legitimidade, isto é, da conformidade com a lei, exercido pela atividade judiciária”. (*apud* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 6ª. ed. v. I, Brasília: UNB, 1994, p. 405-406)

conclusão: o Direito Penal moderno³ vem operando com códigos corrompidos e buscando metas que estão além de seus limites operativos. São marcas dos novos paradigmas que marcam a realidade atual:

- a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;
- b) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;
- c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a televisão, internet etc., se sabe em São Paulo de um crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias – como um autêntico produto de mercado⁴;
- d) uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;
- e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das ‘novidades’ da era pós-industrializada (econômicos, de informática, etc.);
- f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;
- g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e despropositada;
- h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo)⁵;
- i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de ‘Estados paralelos’, à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça ‘pelas próprias mãos’ (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismo de resistência à miséria etc.⁶

RUSSELL advertiu que qualquer tentativa de enquadrar a história em

3 Expressão cunhada por WINFRIED HASSEMER (*apud* CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el ‘Derecho Penal del enemigo’**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 16)

4 “Pesquisa elaborada pelo Datafolha e divulgada no início de 2000 demonstra que a sensação de violência supera os dados reais. ‘Os números mostram que, apesar do percentual de pessoas assaltadas ou roubadas na cidade ter ficado estável nos últimos meses, 79% dos entrevistados achavam que esses crimes haviam aumentado em novembro (de 1999). Só 18% opinaram que o número de furtos, roubos e agressões continuou igual (Folha, 06/02/2000, p. 3-3)’ (*apud* GOMES, Luiz Flávio; BIANHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76)

5 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, in Série as Ciências Criminais no Século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 57

6 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. Apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi, São Paulo: Max Limonad, 2000, p.54

compartimentos estanques é altamente artificial, por uma única razão: as tradições clássicas do passado sobreviveram em certa medida, ainda que a sua influência contínua fosse um tanto precária e restrita.⁷

Essa ressalva serve para indicar que o atual contexto ‘pós-moderno’ e ‘pós-industrial’ seja concebido como algo certo e determinado. De qualquer forma, é possível alinhar algumas características que, inegavelmente, têm reescrito os padrões retilíneos da humanidade e alçado novas demandas e configurações ao Direito Penal.

A lei certamente “não é entidade espontaneamente gerada ou *sine matre creata*”. Sem o conhecimento desse *processus* histórico, dizia HUNGRIA, o intérprete pode incorrer em sérios anacronismos ou equívocos.⁸ Ocorre que o tempo atual reforça a idéia de que o Direito Penal é fruto da incerteza do seu contexto histórico e de patologias legislativas, que impedem uma adequada visão dos seus fundamentos e das suas vicissitudes no tempo e no espaço.

O tempo, dizia SEBASTIÃO CARLOS GARCIA, “é o árbitro supremo das épocas e das quadras históricas da sociedade humana”.⁹ O testemunho ocular dos fatos sociais e a falta de perspectiva temporal da história, por certo, impedirão a compreensão dos motivos que levam à busca da retomada de um Direito Penal iluminista e garantista ao invés de uma crescente produção legislativa permeada por tipos abertos, de perigo abstrato e omissivos impróprios e por freqüentes antecipações da tutela penal, privilegiando a proteção de bens e interesses questionáveis à institucionalização de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

Os novos tempos e a conseqüente transformação do Direito Penal, seja para tutela de novas demandas, seja para mudança da sua dogmática até então pautada no modelo clássico, nos remetem a BARRETO, que ironicamente asseverava: “o que aos olhos do indivíduo, que não vai além do horizonte da torre de sua paróquia, se mostra estacionário e permanente, aos olhos da humanidade, isto é, do ponto de vista histórico, se deixa reconhecer como fugaz e passageiro”.¹⁰

Nesse novo contexto de avanço tecnológico e comunicacional, é cada vez

7 RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 195

8 HUNGRIA Hoffbauer, Néson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, Tomo 1º, 1955, p. 72-73

9 *apud* DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, apêndice da obra, p. 252

10 BARRETO, Tobias. **Introdução Ao Estudo do Direito**: Política Brasileira, São Paulo: LANDY, 2001, p. 62-63

mais correta a assertiva do autor: “Platão dissera que não há ciência do que passa; veio o espírito moderno e redargüiu convicto: - só há ciência do que é passageiro, - pois tudo que pode ser objeto científico, o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perene, mas o fenômeno de uma transição permanece de uma contínua passagem de um estado a outro estado”.¹¹

Muda a sociedade, muda o Direito.

A palavra ‘Lei’, segundo REALE, abarca na sua etimologia mais provável, as referências de ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de *jus*, que invoca a idéia de jungir, unir, ordenar, coordenar.¹²

Daí a sempre moderna lição do antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). Melhor ainda o ensinamento de VON LISZT: “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”; argumentando ainda que “a necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero”.¹³

O Direito, como produto da cultura humana para a tutela de interesses particulares,¹⁵ elevou-se à defesa e à conservação da sociedade. Agora, além de interesses individuais e coletivos, tutela também interesses difusos e transindividuais. E, mais recentemente, fala-se nos direitos fundamentais de quarta geração, cujo escopo abarca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, na tentativa de englobar todos os direitos fundamentais desenvolvidos anteriormente para a sedimentação de uma verdadeira globalização política, ao lado das globalizações econômica e cultural.¹⁶

Por outro lado, quando são discutidos todos os valores, salienta LYRA, com “os velhos já sem força e os novos ainda sem força, a estima pelos bens jurídicos penalmente protegidos passa a ser, em regra, eventual. A proteção jurídica inclui e exclui, aprecia e deprecia, tolera e cobra ao ritmo das circunstâncias”.¹⁷

Destarte, proteger bens supra-individuais implica adotar escolhas

11 Id.

12 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 02

13 VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, Trad. José Hygino Duarte Pereira, Tomo I, p. 94

15 BARRETO, **Introdução...**, p. 31

16 CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 115

17 LYRA, **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 307

racionalmente difíceis, tanto no tocante à seleção desses bens, quanto no tocante à técnica para positivação que, como se demonstrará, tem sido utilizada na forma de antecipação da tutela: tipificação de atos preparatórios e adoção de tipos de perigo abstrato, normas penais em branco, tipos omissivos impróprios e infrações de mera conduta, entre outros. Aliás, esses são justamente alguns dos traços do modelo que GÜNTHER JAKOBS denominará 'Direito Penal do Inimigo'.

Ainda que pareça lógica a ilação de que “fatos considerados crimes numa época não o são em outra”,¹⁸ estaria o Direito Penal apto a tutelar e proteger fatos e bens que a ‘pós-modernidade’ tem-lhe alçado como demandas necessárias? O Direito Penal moderno vem, efetivamente, refletindo as demandas sociais, seus sentidos, suas paixões e seu caráter? A história do Direito Penal que vem sendo desenhada ainda é um “fragmento da *psyeologia* da humanidade”, como já o disse HYGINO?¹⁹

Tais questionamentos somente podem ser enfrentados com uma efetiva análise do contexto da sociedade ‘pós-industrial’, delineando-se as novas demandas penais e a forma como vem se alterando a moderna dogmática penal. A busca de respostas a esses questionamentos pode demonstrar a necessidade da adoção de uma política criminal mais racional e eficaz, sob pena da deslegitimação de garantias penais e processuais e da institucionalização de um Direito Penal eminentemente preventivo, que legitimará, em qualquer circunstância, um ‘Direito Penal do Inimigo’.

MORAES Jr. adverte que “enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua e crua, em momento histórico dado e em função de exigências morais ainda vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida como material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia.”²⁰

Acrescente-se de outro lado, que enquanto a prática legislativa, atendendo aos anseios da mídia sensacionalista e concretizando a política de falso e repentino abafamento da sensação de insegurança, a irracionalidade aquecerá ainda mais a eterna dialética laxista-rigorista. Como alerta CAVALCANTI, o legislador penal brasileiro, ao som insistente do mundo midiático, logo produz uma criminalização ilusória. “O que se vê, portanto, é uma absorção simbólica das inseguranças

18 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I, p. 18

19 HYGINO Duarte Pereira, José *apud* VON LISZT, **Tratado...**, prefácio, p. LV-LVI

20 DIP; MORAES Jr., *op.cit.*, p. 116

excessivamente divulgadas pela mídia, sem respeito a qualquer lembrança do passado e a qualquer perspectiva político-criminal para o futuro”.²¹

A revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e, atualmente, a revolução tecnológica e a globalização (séculos XX e XXI) formam três momentos diferentes do poder planetário. Os períodos de inquisição (século XV), os períodos derivados do iluminismo penal (séculos XVIII e XIX) e os períodos do positivismo *peligrosista* dão lugar, agora, a um período de incerteza no Direito Penal.

A única certeza que temos, como alerta DIP, é a inegável “crise do Direito Penal iluminista”.²² Tal crise parece se coadunar com aquilo que REALE denominou de “civilização do orgasmo, desenhando o modelo de um homem disponível, desprovido do sentido ético e disposto a tudo barganhar pelo prazer fácil e imediato”²³ e de um homem socializado, segundo SÁNCHEZ, numa sociedade que já não é uma comunidade, “mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.”²⁴

2. OS NOVOS SUJEITOS PASSIVOS E OS NOVOS GESTORES DA MORAL

A ‘individualidade de massas’ é o primeiro sinal característico da globalização e da sociedade ‘pós-moderna’.

Ao tratar desse tema, JAKOBS acentua que a sociedade moderna revela-se uma sociedade de massas, o que lhe atribui a tarefa de administrar os comportamentos em massa que são, ao mesmo tempo, distintos e uniformes. A título ilustrativo, pequenas agressões ao meio ambiente podem significar bagatelas se vistas de forma individual, porém assumem grandes proporções quando analisadas em conjunto: “*el mayor dano posible del comportamiento individual permanece relativamente pequeno, pero a través de la masificación de pequeños*

21 CAVALCANTI, op.cit., p. 33

22 DIP; MORAES Jr., op.cit., p. 159

23 REALE, Miguel, *apud* BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey, 1997, p. 87

24 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 35

*daños, la infraestructura pierde ciertamente estabilidad de manera considerable.”*²⁵

Esse quadro implica a necessidade de uma visão coletiva e difusa. O *american way of life*, típico do Estado Social, não mais subsiste frente às novas demandas decorrentes dos novos sujeitos passivos da sociedade globalizada e pós-industrial.

SÁNCHEZ, nesse diapasão, destaca que a sociedade moderna apresenta gestores atípicos da moral, ou seja, os tradicionais estamentos burgueses-conservadores que delineavam a ‘moral média’, vêm dando lugar “às associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não-governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em todas as partes do mundo”.²⁶

No caso brasileiro, todos esses novos gestores, amparados por uma Constituição (aparentemente) fixada em um Estado de Direito e fundados em uma Carta Política preponderantemente programática, encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal consubstanciada na busca constante de proteção de seus (novos) interesses.

Em síntese, a moderna sociedade de bem-estar social se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas – pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores, etc. que se convertem em ‘cidadãos’²⁷ e que passam a exigir do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico.

A emergência de novos bens jurídicos de titularidade coletiva, a aparição de meios de ataque diversos dos tradicionais e a desejável força adquirida por determinados movimentos sociais de emancipação, no acertado dizer de GÜNTHER, têm, inegavelmente, provocado “uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, e também em conspícuos operadores jurídicos, que parecem propugnar, ao invés do benemérito princípio de intervenção

25 JAKOBS, Günther. *La Ciencia Del Derecho Penal Ante Las Exigencias Del Presente*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Trad. Teresa Manso Porto, 2000, p. 21-23

26 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 63-64

27 *Ibid.*, p. 41

mínima, de outro de intervenção máxima”.²⁸

Diante desse quadro, assinala CAVALCANTI, a lei penal, tradicionalmente conhecida como a Magna Carta do acusado (VON LISZT), passa a ser conhecida também como a Magna Carta da vítima.²⁹

3. GLOBALIZAÇÃO

O aumento de sujeitos passivos e, conseqüentemente, das novas demandas alçadas ao Direito Penal é, pois, inquestionável. No entanto, qual a relação dessas mudanças com a globalização?

Não resta dúvida que a discussão sobre globalização é extremamente ideologizada, tanto pelos críticos quanto pelos defensores do processo. Adverte CAMPILONGO que:

Não faltará quem diga que as desilusões geradas pela democracia e pela globalização, ao invés de serem atribuíveis à baixa complexidade das perspectivas valorativas, sejam produzidas pelas desigualdades, injustiças e perversidades de relações sociais concretas. Há quem insista na linearidade, causalidade e determinismo das relações sociais. Como se mais participação sempre provocasse, necessária e inequivocamente, mais legitimidade, e esta mais igualdade, e daí mais justiça, num incessante círculo virtuoso. A globalização seria a negação disso tudo e, conseqüentemente, um círculo vicioso. Tudo simplório demais para ser levado a sério. Não há soberania mundial, mas sim consenso forçado. Não há oposição, mas capitulação ou resistência. Não há cronologia nem variabilidade de opções, mas cartilhas unilaterais. E, onde não há incerteza nem indeterminação, não pode haver democracia³⁰.

BECK assevera, por sua vez, que o processo é irreversível e, para provar isso, apresenta os seguintes argumentos:

- a) redução dos espaços geográficos e crescimento do comércio internacional, estimulando a conexão global dos mercados financeiros e aumentando o poder econômico das companhias transnacionais;
- b) revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação;
- c) reclamação universal por direitos humanos, ou seja, estabelecimento do

28 Ibid, p. 133; no mesmo sentido, especificamente no tocante aos efeitos da emergência no Processo Penal: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina**, Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100006&script=sci_arttext&tlng=pt, Acesso em 22 ago. 2005

29 CAVALCANTI, op.cit., p. 131

30 CAMPILONGO, **O Direito**..., p. 123-124

discurso democrático;

d) inextricável movimentação da indústria cultural global;

e) aparecimento de atores supranacionais e transnacionais (companhias, organizações não-governamentais e uniões nacionais);

f) pobreza mundial;

g) destruição ambiental e seus efeitos globais;

h) conflitos transculturais localizados.³¹

Portanto, sendo um fenômeno irreversível, como conviver com tais mudanças e como analisá-lo adequadamente na busca de alternativas para essa convivência? Por ora, as respostas são desanimadoras.

A globalização econômica, diante da ausência de uma efetiva jurisdição internacional e de uma Carta política mundial,³² apresenta as seguintes transformações: expansão das empresas multinacionais; crescente importância dos acordos comerciais; tendência da regulação jurídica a ser mais maleável, pragmática e pluralista; tudo, enfim, para atender aos anseios da eficiência econômica e da maximização de riquezas.

Essas mudanças, contudo, enfraquecem não apenas o Estado, mas todo seu aparato de garantias da esfera pública em que se inclui o Direito. Nesse debate, o Direito se confunde com instrumentos que estão aquém ou além das operações que o sistema jurídico é capaz de processar, como adverte CAMPILONGO com arrimo em LUHMANN.³³

Por isso, parece açodada a análise de BATISTA Jr., segundo a qual, a globalização seria um mito, no sentido de retratar “um processo em curso que domina de maneira inexorável a economia mundial e tende a destruir fronteiras nacionais” e no sentido de que “os Estados nacionais estariam em crise ou declínio irreversível”.³⁴ Se a descrição e a percepção do economista eram corretas, o fato é que até o momento alguns Estados, sobretudo aqueles em desenvolvimento, não se prepararam para as anunciadas mudanças de paradigmas.

31 BECK, Ulrich. O que é globalização? São Paulo: Paz e Terra, Tradução: André Carone, 1999, p. 31

32 Registre-se que, na Europa, ainda que alguns países tenham aprovado uma Carta Política para a União Européia - Lituânia (11/11/04), Hungria (20/12/04), Eslovênia (01/02/05), Itália (06/04/05), Grécia (19/04/05), Áustria (25/05/04), Eslováquia (11/05/05) e Espanha (20/02/05), é sintomática a rejeição da adoção da Carta política unificadora operada na França (29/05/05) que, a rigor, representa uma rejeição às próprias mazelas trazidas pela globalização (seja no âmbito econômico e político, seja no âmbito cultural).

33 CAMPILONGO, **O Direito...**, p. 131

34 BATISTA JR, Paulo Nogueira. **O Mito da Globalização**. Disponível no periódico ‘Folha de São Paulo’, edição de 30 mai 1996, 2º caderno, p. 2

Com arrimo em LYRA, talvez tenha sido a ‘Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados’, aprovada pela assembléia geral das Nações Unidas de 12 de dezembro de 1974, o berço da globalização da economia, uma vez que pretendeu estabelecer nova ordem econômica mundial por meio da justiça econômica internacional. Porém, os princípios e metas almejados à época foram esquecidos completamente.³⁵

KUJAWSKI, por sua vez, destaca a influência da economia globalizada na modernidade, salientando que

... a modernidade se vende à eficácia, acelerando a corrida para o futuro, e desfazendo os laços com as leis, as instituições, os direitos e toda aquela mística tradicionalista na qual se fundava o viver antigo. A modernidade fala como Marco Antônio: aquelas coisas veneradas por seus antepassados já não importam, não passam de antiquilhas e imbecilidades. Em outras palavras, na modernidade a eficácia se torna a medida de todos os valores, e todos os valores se subordinam a ela.³⁶

A verdade é que a globalização econômica vem contaminando o sistema jurídico, ora propugnando pela descriminalização de condutas que atrapalhem a eficiência econômica, ora postulando pela adoção irracional de novos tipos aptos a tutelar interesses que impliquem maximização de riquezas.

JAKOBS delimita muito bem alguns problemas da globalização no sistema jurídico, salientando a constante desespecificação de ordenamentos normativos, o conflito na relação entre os distintos ordenamentos específicos e, sobretudo, a ingerência jurídico-penal em ordenamentos alheios.³⁷

De outra parte, a globalização também não parece ser apenas o apregoado ‘mito’, tal qual previa BATISTA Jr., quando se constata a morte de diversas línguas, idiomas e identidades culturais.

A esse respeito, BONFIM informa que “(...) a revista semanal americana *New Scientist* publicou um artigo sobre a morte iminente de milhares de idiomas que

35 Em suma, a Carta preconizava: “a) Os Estados têm o dever de velar para que a acumulação de capital não se faça em detrimento dos homens impedindo, mediante leis e regulamentos, que a formação cumulativa de meios de produção não destrua ou desvalorize seres humanos; b) Os Estados devem reconhecer que a moeda não é mais do que instrumento e que os equilíbrios monetários jamais podem ser considerados um fim em si; c) Os Estados avançados têm o dever de participar do desenvolvimento dos países menos desenvolvidos por todos os meios, notadamente pelo emprego regular de auxílios de solidariedade; d) Os Estados têm o direito e o dever de impor às grandes unidades implantadas ou às firmas nacionais a carga de participação no desenvolvimento local; e) Os Estados têm o direito e o dever de promover controles apropriados e efetivos da ação dos monopólios sobre os preços das matérias-primas e da energia” (cf. LYRA, **Criminalidade Econômico-Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 71-73)

36 KUJAWSKI, Gilberto De Mello. **Império e Terror**. São Paulo: IBASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 2003, p.19

37 JAKOBS, **La Ciência...**, p. 36

ainda hoje são falados. (...) A diminuição da diversidade lingüística demonstra ser inexorável. Milhares de identidades culturais e lingüísticas estão virando poeira no passado”. A velocidade da comunicação das mídias tende a priorizar o idioma inglês³⁸ e a nova ‘língua dos computadores’.

4. MUDANÇAS DOS SISTEMAS ORGANIZACIONAIS, COMUNICATIVOS E TECNOLÓGICOS

LYRA, recordando FRANCISCO CAMPOS, fez interessante destaque há algum tempo: “É intuitiva a consideração de que a ordem jurídica é, em grande parte ou na sua porção maior e mais importante, expressão e revestimento da ordem econômica”.³⁹ É válido, ademais, registrar que como presidente da comissão revisora do projeto de Código Penal de autoria de HUNGRIA, LYRA propôs, já àquela época (1962), capítulo sobre os crimes contra a livre concorrência, tipificando, rigorosamente, os abusos do poder econômico.⁴⁰

Hoje, é inegável que a ordem jurídica depende da ordem econômica. ZAFFARONI, com precisão didática, destaca as características mais marcantes da economia nesse contexto de globalização:

- a) revolução tecnológica (e sobretudo comunicacional);
- b) redução do poder regulador econômico, sob o argumento de favorecimento de um mercado mundial;
- c) aceleração da concentração de capital;
- d) redução dos custos por corte de pessoal;
- e) competição entre os poderes políticos para atrair investimentos, o que, paradoxalmente, reduz seus poderes, sobretudo em países periféricos;
- f) crescente desemprego e deterioração salarial;
- g) perda da capacidade dos Estados na mediação entre capital e trabalho;
- h) especulação financeira que adota formas que dificultam os limites entre lícito e ilícito;
- i) institucionalização de refúgios fiscais para capitais de origem ilícita, sem

38 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 228

39 LYRA, *Guia do Ensino...*, p. 09

40 Menciova, em ordem alfabética, tipos e modalidades, como açambarcamento, bola de neve, ‘boom’, ‘boycott’, cartel, ‘cutting prices’, ‘dumping’, duopólio, ‘duopsone’, ‘lock-out’, mercado negro, monopólio, ‘monopsone’, oligopólio, ‘oligopsone’, preço vil, *trust*, usura (neste sentido: LYRA, *Criminalidade...*, p. 63)

que haja efetivo e concreto interesse de combate, haja vista os interesses das instituições financeiras e bancárias em jogo;

j) redução de precauções fiscais no afã de atrair capitais, etc..⁴¹

Como bem observa JAKOBS, “o sistema economia impõe-se, em caso de embate, com preponderância sobre todos os demais; colocar em risco a posição da economia é considerado um sacrilégio, algo comparável a provocar a ira dos deuses, e o poder econômico substitui o poder dos Estados: o que sucumbe não apenas é considerado incapaz em certos aspectos, mas marginalizado de forma geral.”⁴²

“*Nadie puede soportar un espectáculo em que todos los valores – incluyendo el de la própria vida humana – se convierten en valores de mercado*”, enfatiza ZAFFARONI.⁴³

A incessante busca do lucro faz com que o mercado premie ofertas a preços especialmente baixos e, conseqüentemente, incite especuladores a buscar as fronteiras do permitido e a arriscar transgressões que se podem esconder. Impossível coibir essas ações, sobretudo porque não se dispõe, e dificilmente se disporá, de uma carta política global ou, ao menos, de um sistema jurídico universal que, de alguma forma, obste o crescimento econômico com base em uma pauta ética minimamente necessária.

Essa incapacidade do sistema político, sobretudo nos países periféricos, em delimitar a busca incessante pelos ‘valores de mercado’, causa o inevitável esvaziamento do Estado. Para CAMPILONGO, a Democracia sofre as conseqüências do enfraquecimento da capacidade do sistema político para:

a) regular o trabalho (daí a flexibilização dos direitos trabalhistas, a volatilidade do capital em busca de trabalhadores menos onerosos e o surgimento de formas novas e fragmentárias de prestação de serviço doméstico, terceirizado e informatizado);

b) promover o bem-estar social (daí a expansão dos serviços privados de saúde e educação, a ‘guerra fiscal’ internacional pela atração de capitais e o declínio da arrecadação de tributos e da implementação de políticas sociais); e

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey. Coleção *JUS AETERNUN*, v. 1., Coord. José Henrique Pierangeli, 2000, p. 14-15

42 JAKOBS, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 47-48

43 ZAFFARONI, **La Globalización...**, p. 16

c) garantir a segurança pública e controlar a violência (daí o crescimento da impunidade, da violação dos direitos humanos e do descrédito na política e na Justiça).⁴⁴

Ainda que pareça discurso apocalíptico, a mudança de paradigmas - globalização econômica com novos bens e interesses a serem tutelados – requer preparo e capacidade de recepção pelo sistema jurídico, em especial pelo Direito Penal. O considerável avanço tecnológico da modernidade agrava ainda mais as conseqüências dessa falta de preparo.

Em tempos remotos, a industrialização e os meios de transporte alçaram novos bens para o Direito Penal. Os riscos advindos das máquinas e dos meios de transporte, por certo, geraram novas demandas à vida e à integridade física das pessoas que, até então, não existiam.

Os avanços tecnológicos do século XXI se processam numa velocidade cada vez maior, deixando evidente a frágil mobilidade dos sistemas jurídicos. As facilidades da computação permitem a ocorrência de crimes de *network* praticados em segundos por indivíduos que lesam vítimas que se encontram do outro lado do mundo. A gravidade do problema se reflete na atitude adotada pela maior empresa fornecedora de segurança na internet do mundo. Com a missão de combater os crescentes ataques e roubos de informações na rede, a empresa instalou-se em um antigo abrigo nuclear construído durante a guerra fria. Nada mais simbólico.⁴⁵

O Brasil, aliás, já ocupa a terceira posição entre os países que mais sofrem ataques com códigos maliciosos na internet, utilizados para desfalques financeiros, roubos de identidades, etc.⁴⁶

VASCONCELLOS explica esse paradoxo entre lucros e prejuízos da tecnologia:

Por um lado, a tradução tecnológica dos conhecimentos científicos ampliou enormemente a eficácia do homem para viver nos mais variados ambientes. Mas com isso, não só modificou as relações do homem com a natureza, colocando-o cada vez mais dependente do uso da ciência e da técnica, como também tornou iminente o risco de uma catástrofe ecológica. Tendo dominado o ambiente ecológico, parece que o homem deslocou as questões de sua sobrevivência para o plano das relações com seus semelhantes. E aí também parece que as contribuições da ciência não têm sido suficientes ou adequadas para afastar de nossa civilização o risco real de sua própria extinção.

44 CAMPILONGO, *O Direito...*, p. 118

45 cf. *O bunker virtual*, publicado no periódico 'Folha de São Paulo', edição de 29 mai 2005, caderno 'Mais!'

46 Id.

(...) Por outro lado, essa mesma tradução tecnológica dos conhecimentos desenvolvidos pela ciência está trazendo novidades num ritmo superacelerado, tornando essas novidades presentes simultaneamente em todos os pontos do nosso planeta, manifestando-se, por exemplo, no que se tem chamado de globalização. Isso está impactando fortemente nossa organização social, nossas relações, e exigindo de todos nós mudanças profundas na nossa forma de estar no mundo. Começa-se então a falar de um mundo excessivamente complexo e acusa-se a ciência de não dar conta de responder às novas necessidades nele instaladas.⁴⁷

5. A FORMATAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCOS

As novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de 'sociedade de risco'.⁴⁸ Esse tema e suas conseqüências ao Direito Penal, recorda ALFLEN DA SILVA, "foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente por PRITTWITZ, o qual já observava o surgimento de um 'Direito Penal do risco' (*Risikostrafrecht*) que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, mais precisamente um Direito Penal expansivo...".⁴⁹

O caráter 'expansivo' do chamado 'Direito Penal do risco' vem acolhendo novas demandas e interesses penais⁵⁰ e antecipando a tutela penal (com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta⁵¹, omissivos impróprios⁵² etc.). Tanto na legislação pátria quanto na

47 VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico. O novo paradigma da ciência**. 3ª ed. Campinas: Papirus, 2003, p. 18-19

48 Expressão utilizada por ULRICH BECK (**La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998)

49 ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93-94

50 cf., v.g., meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, eutanásia, rechaço religioso à transfusão de sangue, greve de fome para o asseguramento do exercício de algum direito, reprodução genética, consumo de drogas, esterilização de pessoas, cirurgias transexuais, doação de órgãos, limites da liberdade sexual, limites da privacidade frente à informática e outras tecnologias modernas, do sistema econômico-financeiro, lavagem de capitais, uso de informação privilegiada nos mercados de valores, moralidade e probidade na Administração Pública, transplante de órgãos, tributos, controle cambial internacional etc.

51 Exemplos: Decreto-lei n° 201/67, segundo o qual o prefeito municipal comete crime de responsabilidade se deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei (art. 1º, inciso XVIII, acrescido pela Lei n° 10.028 de 19/10/2000); art. 234 da Lei n° 8.069/90, segundo o qual incorre nas penas ali previstas a autoridade competente que, sem justa causa, deixar de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, ao tomar conhecimento da ilegalidade da apreensão.

estrangeira, o 'Direito Penal do risco' vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um Direito Penal de 'terceira velocidade' - o 'Direito Penal do Inimigo'.

Em síntese, os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado freqüentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.

Nesse sentido, ALFLEN DA SILVA evidencia que tais circunstâncias têm ensejado a mudança de perspectivas da própria dogmática penal e do próprio fundamento do direito de punir: "... se se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a idéia de risco, a saber, por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, circunscrevendo-os na linguagem jurídico-penal, trata-se da idéia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma".⁵³ Essa é, como se verá, a essência da finalidade do Direito para NIKLAS LUHMANN, no qual se baseia JAKOBS para sua teoria de prevenção geral positiva até a concepção do 'Direito Penal do Inimigo'.

6. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA

A sensação de insegurança decorrente deste modelo de 'sociedade de risco', certamente é acentuada pela atuação da mídia.

Já revelara LYRA que o julgamento deveria ser feito em uma atmosfera

52 JORGE FIGUEIREDO DIAS leciona: "Como se pode insistir na idéia de que o delito doloso de ação (...) constitui a forma 'normal' e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? (**O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 45)

53 ALFLEN DA SILVA, op. cit., p. 95-97

serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações: “muitas vezes, no teclado das versões estampadas e sensacionalizadas, nenhuma subsiste. São inegáveis os malefícios mesmo das verdades prematuras e incompletas ou tendenciosamente publicadas à feição da freguesia intoxicada e só em certos casos oferecidos à multidão”.⁵⁴

GOMES e BIANCHINI, nesse aspecto, ressaltam que, sobre a influência de cada momento histórico na renovação do Direito no Brasil, duas situações muito antigas são lembradas por JOSÉ DUARTE: A Lei 3.311, de 15.10.1886, que criminalizou o delito de incêndio e foi aprovada depois de anos de discussão, logo após a ocorrência de dois incêndios na cidade do Rio de Janeiro; e a Lei 2.033, de 20.09.1871, que passou a punir o homicídio imprudente depois de um acidente ferroviário na cidade de Jundiaí, Estado de São Paulo. “Mais recentemente, somente após a filmagem por um amador de cenas de tortura praticada por policiais em Diadema (caso Favela Naval) e que foram transmitidas por redes de televisão de todo o País é que o Congresso (prontamente) criminalizou a tortura (Lei 9.455/97)”.⁵⁵

CAMPILONGO, no mesmo diapasão, alerta que “se a comunicação jurídica pretender ir além das suas fronteiras – por exemplo, decidindo de acordo com a voz das praças, e não com os instrumentos do direito - perderá consistência. Se a mídia, ao tematizar o sistema jurídico, avocar o papel de justiceira, decepcionará a audiência. É bom que cada parte observe a outra com os próprios olhos”.⁵⁶

BATISTA também ressalta que “os saltos tecnológicos, que elevaram as telecomunicações à magnitude negocial e ao protagonismo político de que hoje desfrutam, também imprimem suas marcas: enquanto, anteriormente, germinaram instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema penal do Estado neoliberal, replicante do vigilantismo eletrônico, é extremamente invasivo e cultua a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso”.⁵⁷

O mesmo autor ainda enfatiza o papel que a mídia vem exercendo no Brasil:

Antes de mais nada, a mídia não apenas se adequou, mas colaborou definitivamente na expansão de uma mentalidade penal que imobiliza toda a riqueza e complexidade dos conflitos sociais na episteme binária e simplória do infracional: é assim que a questão da reforma agrária pode ser reduzida a delito

54 LYRA, **Direito Penal Normativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 111

55 GOMES; BIANCHINI, *op. cit.*, p. 111

56 CAMPILONGO, **O Direito...**, p. 164

57 BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 83-85

contra a propriedade de integrantes do MST, por um lado, e aos 'excessos' policiais contra eles (chacinas) de outro. Ao processo de desmerecimento do setor público, funcional para a implementação das privatizações, correspondeu a criminalização midiática da vida política. No núcleo ideológico deste movimento está não apenas um discurso criminológico único – que assume preponderância e influência muito superior ao acadêmico, e cujas toscas contradições e inconsistências não encontram canal de questionamento – mas principalmente uma novidade perigosa: o exercício direto de funções características das agências policiais do sistema penal.⁵⁸

Mas não é somente esse aspecto que merece ser ressaltado. Além de policiar, por vezes, violando direitos e garantias penais e processuais, a mídia - amparada pela tecnologia que acelerou o processo de divulgação e informação por todo o mundo, pela 'ilimitada' liberdade de expressão e pelo 'irrestrito' direito à informação - acentua a sensação de insegurança coletiva. O atentado terrorista do '11 de setembro' transmitido ao vivo em todo o planeta também espalhou o terror e o medo por todas as partes do mundo, até mesmo em países com realidades díspares e distantes dos Estados Unidos.

É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

Ademais, é necessário o registro da afirmação de SÁNCHEZ no tocante à forma pela qual se dá a vivência dos riscos:

...a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.

A revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta, sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos.

A vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima 'sensibilidade ao risco'.⁵⁹

Outrossim, embora o desenvolvimento da tecnologia tenha induzido a mentalidade de que o homem pode dominar todas as coisas do seu mundo,

58 Id.

59 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 33-37

MARINA reflete que este “homem de hoje está pouco preparado para sofrer; qualquer dor é interpretada como um estímulo para tomar os remédios adequados com a finalidade de evitá-la ou suprimi-la.”⁶⁰

A sociedade pós-industrial, além da chancela de ‘sociedade de risco’, possui ainda outros nuances que contribuem para a sua caracterização como sociedade de insegurança.⁶¹ A tentativa de atender as clamorosas reivindicações por mais segurança pública traduz-se em leis repressivas, muitas vezes, irracionais e de difícil cumprimento. LYRA, aliás, já advertira que “a repressão da criminalidade político-social desmascara-se à plena luz ou, pior, à plena treva, os interesses que o Estado representa. Ao menor sinal de perigo, a ordem torna-se a desordem absoluta. Dissolve tudo, corrompe todos. Sacrifica, de repente, das formalidades legais aos princípios morais, por medo, ódio e vingança”.⁶²

No que pesem tais premissas, não se pode endossar apressadamente a ilação ingênua de que o medo da criminalidade é criado exclusivamente pelos meios de comunicação.

O paradigma do Direito Penal clássico (indivíduo) foi rompido pelo conceito de *macrocriminalidade* e o aumento da criminalidade se verifica tanto entre as organizações criminosas quanto na criminalidade de massa e das ruas.

Nesse aspecto, BONFIM avulta que “a criminalidade de massa atinge a todos, enquanto a criminalidade organizada costuma ter endereço fixo. Uma desserve a todos diretamente, outra pode atingir igualmente a todos, mas indiretamente. Uma é clara e indubitosa, antiga e identificável, mas até então, insanável. Outra é mais moderna e mais modista, por vezes sombria e sem identificação, mas que está na pauta de todas as discussões sobre criminalidade no exterior, buscando-se-lhe eficazmente uma solução.”

O estado de São Paulo, somente no ano de 2001 registrou nada menos que 267 seqüestros; 296.771 roubos; 105.281 furtos de veículos; 94.585 roubos de veículos; e, 507.017 furtos em geral. Pesquisa sobre a violência urbana, realizada pelo Instituto Gallup de Opinião Pública para o periódico ‘O Estado de São Paulo’ (edição de 25.08.96), revela que 1,28 milhão de pessoas adultas são assaltadas por ano somente na região metropolitana de São Paulo. Isso nos faz concluir que 106

60 MARINA, José Antonio. *Cronicas de la Ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000, p. 147

61 SÁNCHEZ, A *expansão...*, p. 30

62 LYRA, *Direito Penal Normativo*, p. 97-98

mil pessoas por mês e 3,5 mil pessoas por dia sofrem algum tipo de violência. Não bastasse isto, o número de mortes (11.327 homicídios, 69 chacinas com 246 mortos apenas na Grande São Paulo, além de 495 latrocínios) torna incompreensível o motivo de tanta comoção com as guerras externas se o que ocorre dentro do nosso país é tão ou mais cruel.⁶³

ZAFFARONI destaca, ainda, que países como o Brasil cada vez mais se vêm às voltas com problemas, como contrabando organizado de armas de guerra, participação de policiais nos crimes mais horrorosos, guetização dos ricos, privatização dos serviços de segurança e conflito violento entre policiais, delinqüentes e vítimas.⁶⁴

Dessa forma, ainda que a sensação de insegurança coletiva às vezes não tenha razão de ser, a segurança pública se converteu em pretensão social legítima e, desta forma, a sociedade exige que o Estado e, em particular o Direito Penal, ofereça uma resposta. Na prática, no entanto, a omissão do Poder Público faz recair todo o encargo sobre o Direito Penal.

Obviamente, a aspiração por segurança é legítima, pois se encontra presente em tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário (cf. art. 5º, §2º) e no corpo da própria Constituição da República (art. 6º). O que se questiona, no entanto, “é que se converta na idéia matriz do Direito Penal, quando este, com seu instrumental, dificilmente pode atender de modo razoável a tal requerimento no modo em que o mesmo é formulado”.⁶⁵

7. EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

É irrefragável que se equivocaram aqueles que entendiam que os prenúncios da modernidade e da globalização econômica não atingiriam a órbita penal. Aliás, PIMENTEL antevia o porvir, aduzindo:

Já podemos entrever, no horizonte do porvir, um novo Direito Penal, diverso nas concepções do crime e da pena (...) Será, sem dúvida, um direito preventivo por excelência, em que o ideal de evitar-se o crime se sobreporá aos interesses na sua punição. Mas, ainda estamos caminhando na planície. Predominam, ainda, os

63 cf. dados da Secretaria de Segurança Pública do Governo do Estado de São Paulo

64 ZAFFARONI, *La Globalización...*, p. 27-28

65 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 40

resquícios da idéia de vingança, através dos efeitos retributivos da pena.⁶⁶

GOMES e BIANCHINI, em sua obra “O Direito Penal na Era da Globalização”,⁶⁷ apontam as características do atual contexto da sociedade ‘pós-industrial’, ‘de risco’ e ‘globalizada’:

- a deliberada política de criminalização;
- as freqüentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal através de leis penais especiais, com intensificação dos movimentos de descodificação;⁶⁸
- a proteção funcional dos bens jurídicos, com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa;
- a ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-penal;
- o menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade;
- o uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança”, em contradição com sua natureza subsidiária e fragmentária;
- a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência etc.) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção;
- a responsabilidade penal da pessoa jurídica;⁶⁹
- o endurecimento da fase executiva da pena, inclusive por meio de inconstitucionais medidas provisórias;⁷⁰
- a privatização e terceirização da Justiça.⁷¹

Ademais, para alcançar a meta da efetividade, o próprio processo penal está sofrendo profundas alterações, quase sempre orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal.

Dessas características mencionadas, duas devem ser ressaltadas como marcas desse período: a tipificação vaga dos novos bens e interesses e a utilização imprecisa e ampla da técnica de tipificação de delitos de perigo abstrato.

É inegável que nesse contexto da sociedade pós-industrial, além das novas demandas de criminalização, o prevencionismo tem ditado uma política criminal efficientista, por vezes criminalizando infrações meramente administrativas,

66 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 172-173

67 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 25-33

68 O Código Criminal de 1830, fruto do espírito codificador, deu lugar, no século XX à proliferação de leis específicas, elaboradas de acordo com a força dos grupos prejudicados e do maior ou menor apoio da imprensa.

69 cf. art. 225, § 3º da Constituição Federal e cf. arts 3º, 22 e 23 da Lei Federal nº 9.605/98

70 cf., v.g., Medida Provisória nº 28/2002, editada para ampliar o poder dos diretores de presídios e agravar as penas de condenados que vierem a ser culpados por infrações ao regime prisional a que estão sujeitos.

71 cf., v.g., Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), de Juazeiro do Norte/CE e as unidades de Curitiba, Londrina, Cascavel, Foz do Iguaçu e Guarapuava/PR

tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

FOUCAULT, pautado no modelo clássico e iluminista que, ao que parece, é incongruente com este cenário atual, já advertia:

... é preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar. Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens.⁷²

Contudo, a utilização exclusiva da técnica legislativa do Direito Penal clássico aparenta não se coadunar com a natureza dos bens jurídicos transindividuais, com a necessidade de repressão dos graves crimes transnacionais (terrorismo, organizações criminosas, lavagem de capitais etc.) e com as novas figuras inerentes aos avanços tecnológicos da modernidade (crimes de informática etc.).

DAMÁSIO já ensinara, com auxílio de COUTURE, que o comportamento humano ilícito é descrito de maneira ampla ao contrário do que ocorre no Direito Penal, em que o tipo é fechado, definindo antes a conduta antijurídica: “a técnica legislativa é, de certa forma, diversa da empregada pelo legislador penal. Daí dizer EDUARDO J. COUTURE que a estrutura formal da lei penal, ao contrário da lei civil, ‘não se nos apresenta a *numerus apertus*, mas sim a *numerus clausus*. Não existem delitos senão aqueles definidos; os delitos são cunhados em tipos e não há atitude humana que não seja ou ato lícito ou delito. Se a conduta dos homens não se adaptar à descrição típica do legislador, deve ser considerada como lícita, repudiando-se, então, a idéia do delito”.⁷³

Do mesmo modo, LYRA asseverou que a lei deveria regular intervenção pré-delitual com minúcia e prudência. Do contrário, segundo ele, “as condições da vida moderna, cada vez mais entrelaçada nacional e internacionalmente, hão de coonestar as crescentes intromissões policiais até no fundo da consciência do

72 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002, p. 73-74

73 JESUS, DAMÁSIO Evangelista de. **Direito Penal - Parte Geral**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1992, p. 11

homem”.⁷⁴ CERVINI, por sua vez, adverte do perigo da irrestrita adoção de tipos amplos e abertos:

*Cuando el objeto no está suficientemente definido, los médios serán necesariamente ambíguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los médios y com ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. ... Cuanto más abstracto, ambíguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en si misma generadora de peligro. Ultimamente, existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar este, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delincuencia.*⁷⁵

Veja-se, a título ilustrativo, a redação dada aos seguintes tipos na legislação brasileira: art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (criminaliza a gestão temerária de instituição financeira); arts. 66 e 69 da Lei nº 8.078/90 (instituem o crime de omitir informação relevante e deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade); art. 1º da Lei nº 7.643/87 (proíbe a pesca ou qualquer outra forma de molestamento intencional de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras); art. 25 de Lei Complementar nº64/90 (constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou com manifesta má-fé).

De outra parte, assinala ALFLEN DA SILVA que “a realidade social passou a exigir uma particular flexibilização na redação e formulação dos tipos penais já logo após a metade do século XX com os problemas e as novas formas jurídicas resultantes da chamada ‘economia de guerra’”.⁷⁶

Nesse diapasão, as leis penais em branco, ‘cegas’ ou ‘abertas’ (idealizadas por BINDING), cuja exequibilidade depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais),⁷⁷ têm marcado a moderna dogmática penal.

Além disso, a já aludida ‘individualidade de massas’, ou o que JAKOBS denomina de “possibilidade de contatos relativamente anônimos” (leia-se: aptidão

74 LYRA, *Novíssimas...*, p. 306-307

75 CERVINI, Raúl. *Criminalidad Organizada Y Lavado de Dinero*. Belo Horizonte: Del Rey, Coord. José Henrique Pierangeli, Direito Criminal - Coleção *JUS AETERNUN*, v. 1, 2000, p. 81-82

76 ALFLEN DA SILVA, op. cit., p. XXII

77 HUNGRIA, *Comentários...*, v. 1, Tomo I, p. 96

para a despersonalização), fomenta a criação de novos crimes de perigo.⁷⁸

QUEIROZ, no entanto, objeta a utilização de tais figuras, aduzindo que “ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio de lesividade, bem assim o caráter de extrema *ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo”.⁷⁹

Ocorre que, na esteira do pensamento de JAKOBS, em uma sociedade de contratos anônimos, os meios de asseguramento cognitivo das vítimas potenciais são simplesmente impraticáveis, o que sem dúvida explica – dentre outros fatores já mencionados – a irrefreável tendência à tipificação de delitos de perigo.⁸⁰

Em outros termos, para lidar com a complexidade da tomada de decisões em um mundo inseguro, o recurso aos tipos de perigo é uma tendência natural, assim como o uso de uma configuração cada vez mais abstrata ou formalista.⁸¹

Enfim, nesta política criminal voltada para prevenção e combate da criminalidade transnacional e para a tutela de uma sociedade de risco, o *Princípio da Precaução* é cada vez mais usado.

Ainda nesse aspecto, lembra SÁNCHEZ, “nos vemos diante de um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada”, o que fatalmente enseja o aumento dos tipos omissivos impróprios (ingerência ampliada como tipo penal):

A crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar, por outro lado, a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros. (...) Em Direito Penal, isso implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica.⁸²

Na realidade, isso não representa propriamente uma novidade na história do Direito Penal pátrio. PIMENTEL, *v.g.*, já assinalara algo similar:

Em um país como o nosso, de baixo nível educacional, de civilização incipiente, onde existe o espírito de competição incondicional, e para onde ocorrem – pelas

78 JAKOBS, *Ciência do Direito...*, p. 33-34

79 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal - Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121

80 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 49-50

81 *Ibid.*, p. 31.

82 *Id.*

possibilidades futuras – os apetites mais diversos e as cobiças mais desenfreadas, é necessário que se atente melhor para este aspecto preventivo dos crimes, fiscalizando-se mais as condutas em si mesmas capazes de conduzirem até ao episódio mais grave.

Assim se manifestaria em todo o seu esplendor a função educativa do Direito Penal e a grandeza do ideal de prevenção dos delitos. Deixar este trabalho de magna importância confiado apenas às teóricas medidas de segurança e à inexpressiva Lei de Contravenções, parece-nos pouco menos que indiferença pela sorte da coletividade.⁸³

Ainda que não seja propriamente uma inovação, diante do novo texto constitucional e dos Princípios que, fundados no Direito Penal iluminista e ‘cidadão’, propugnam pela mínima intervenção, pela estrita legalidade e pela segurança jurídica, é imperioso reconhecer que esse contexto da modernidade traz novas cores à discussão.

Como então entender a forma pela qual estão sendo formalmente estruturadas as novas leis penais em um contexto de maior complexidade em que o Direito se utiliza cada vez mais de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e remissões dinâmicas?⁸⁴ Com essa dinâmica de proliferação de leis penais que tentam acompanhar a velocidade das novas demandas, será possível enxergar um Direito Penal que seja efetivamente vivido e legitimado pela sociedade?

REALE ao tratar da efetividade do Direito, leciona que

a sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina ‘assentimento costumeiro’, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há normas jurídicas sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.⁸⁵

Com apoio em BONFIM e CAPEZ, o Direito Penal estará, logicamente, condenado a ser letra morta se não for vivido pelo povo: “no momento em que a lei se esforça em reprimir uma conduta tida socialmente como não agressiva, ela corre o risco de ser desacreditada”.⁸⁶

O reverso desse prisma também merece ser ressaltado.

Isto porque movimentos autodenominados ‘humanitários’ têm propugnado e

83 PIMENTEL, op. cit., p. 163-164

84 ALFLEN DA SILVA, op. cit., prefácio, p. 105

85 REALE, op. cit., p. 112-113

86 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.15

influenciado transformações na legislação pátria de forma absolutamente irracional que, a médio prazo, aumentaram a sensação de insegurança e os clamores por uma política criminal ainda mais severa.

BONFIM, em apertada síntese, simboliza este aspecto, aduzindo que

... os novos movimentos penalísticos querem enxugar a gordura estatal do intervencionismo nos espaços de liberdade do cidadão, aduzindo que o Estado não suporta a carga das causas penais que recebe à solução, daí as questões de Política Criminal e seus consectários: a descriminalização de certas condutas (face aos costumes da época, retira-se a previsão de tipicidade penal sobre certas infrações); os delitos bagatelares (questão ligada ao princípio da insignificância, de Claus Roxin, que complementa a teoria da adequação social, de Hans Welzel) e a discussão do princípio da oportunidade no processo penal; a despenalização (substituição da pena de prisão por outras sanções punitivas); a desjudicialização (supressão da competência do poder judiciário penal, deslocando-se determinadas ações para apreciação pelas esferas civis ou administrativas) ...⁸⁷

Algumas das novas regras de Direito, pautadas pela negociação, flexibilização, consenso e pragmática, sob o pretense argumento da intervenção mínima, procuraram resolver problemas de ineficiência do Estado, seja sob o enfoque preventivo (dentre outros na adoção de políticas públicas), seja sob o enfoque repressivo (alto custo e poucos ‘louros políticos’ na construção de colônias agrícolas, casas de albergado e presídios).

No Brasil, a política do *bargaining* representou a própria banalização da tipificação dos delitos rotulados como ‘infrações de menor potencial ofensivo’. Na prática, é mais cômodo elaborar um termo circunstanciado, ainda que ausentes os elementos do tipo e remetê-lo prontamente ao Poder Judiciário, atolando pautas e gerando a sensação de ineficiência da Justiça. Hoje qualquer ‘se cuida’ se transforma em audiência preliminar por crime de ameaça, banalizando o tipo⁸⁸ e a Justiça criminal e fomentando a sensação de insegurança.

O que se insere no alargado e desajuizado rótulo de ‘menor potencial ofensivo’ é o que mais atinge a comunidade em seu dia-a-dia: brigas domésticas, de trânsito e de vizinhos; acidentes automobilísticos; ameaças; perturbações do sossego e da tranqüilidade etc.

É evidente que diante da sistematização de um ordenamento jurídico tal

87 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 96

88 DARCY PAULILO PASSOS define o crime de ameaça como “ a manifestação idônea da intenção maléfica”, definição esta que parece inexistir, em regra, no Juizado Especial Criminal (PASSOS, Darcy Paulilo dos. *Da Ameaça*, Revista Justitia n°22 , 3° Trimestre de 1958)

qual se dá no país, a pena, por si só, não se revela um critério suficiente para definir 'menor potencial ofensivo'.

Assim, a legislação penal confusa e incongruente (tanto para a menor quanto para a maior ofensividade) alimenta o descrédito da população, aumentando a sensação de impunidade e insegurança. A classe política e os discursos criminológicos de 'baixo custo' fomentam novas leis assistemáticas e incongruentes, criando um autêntico círculo vicioso.

8. HIPERTROFIA LEGISLATIVA

O círculo vicioso é hodiernamente acentuado pelo 'direito denúncia'. O que JOSÉ EDUARDO FARIA denomina 'direito denúncia' (direito ambiental, do consumidor, da saúde, da infância etc.) atua em um nível de complexidade mais elevado do que o direito sistema (aquele pautado por tutela de interesses tipicamente individuais).⁸⁹

A complexidade e a velocidade com que se apresentam esses novos interesses fazem com que o ordenamento seja paulatinamente substituído por uma legislação 'descodificada', que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos. Nesse esteio, CAMPILONGO ressalta que "o legislador atual, premido pela complexidade das matérias objeto de regulação e pela velocidade das demandas, é menos o porta-voz dos 'interesses gerais' que tinham acesso ao Parlamento do século XIX, ou seja, exclusivamente a burguesia, e mais um representante de interesses corporativos e contraditórios."⁹⁰

É fundamental repisar: o Direito Penal está apto a processar tais demandas? A forma pela qual o Poder Político vem instrumentalizando esse 'direito denúncia' é racional?

GOMES e BIANCHINI asseveram, acertadamente, que a simples admissão do bem jurídico não representa, por si só, uma condição suficiente para a obtenção de um adequado sistema penal, ainda que possa ser considerada uma condição

⁸⁹ *apud* CAMPILONGO, **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113

⁹⁰ *Ibid.*, p 39

necessária.⁹¹ Ademais, valendo-se da lição de BENTHAN, destacam que nada mais escapa do seu âmbito de visão e incidência: “o Direito penal ao longo dos anos, mas especialmente agora na era da globalização, passou a ser o Grande Irmão (o *big brother* de Orwell), que controla (ou tem a pretensão de controlar) tudo e todos, embora se saiba que, na prática, em geral somente uma camada da população – os mais desfavorecidos – é que sofre suas conseqüências”.⁹²

Aliás, HUNGRIA já tratava o costume brasileiro de “legislar por legislar”, chamando-o de “prurido legiferante” ou “coceira de urticária”.⁹³

No caso brasileiro, essa irracionalidade legislativa é claramente exemplificada: os institutos da Lei n° 9.099/95 que utilizam somente a pena em abstrato como critério objetivo de aferição do ‘menor potencial ofensivo’; a Lei 9.268/96 que extinguiu a pena de multa e criou discussões das mais variadas quanto à legitimação ativa para a execução da sanção pecuniária; a Lei n° 9.271/96 que tratou, concomitantemente, de matéria penal e processual, trazendo questionamentos sobre sua irretroatividade; a Lei n° 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo tipificados como hediondos na Lei n° 8.072/90; a Lei n° 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei n° 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; a Lei n° 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), cujo rol de impropriedades e ausência de rigor técnico é maior do que a própria lei; impropriedades do Código de Trânsito brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículos automotores com penas em abstrato completamente incongruentes e desproporcionais à lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão e equivalente à pena de detenção do crime de

91 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 78-80

92 Ibid., p. 83-84

93 *apud* BONFIM, **Direito Penal...**, p. 219

homicídio culposo previsto no Código Penal; etc.⁹⁴

Há que se considerar, ainda, neste contexto de hipertrofia legislativa, o que BOBBIO chamou de “confusão de linguagens no discurso político”, querendo demonstrar que não mais é possível descrever, com absoluta autonomia e independência, a velha díade entre ‘esquerda e direita’:

A sociedade em contínua transformação e o surgimento de novos problemas políticos – e, aqui, chamo de problemas políticos os que requerem soluções por meio dos instrumentos tradicionais da ação política, isto é, da ação que tem por finalidade a formação de decisões coletivas que, uma vez tomadas, passam a vincular toda a coletividade – fizeram nascer movimentos que não se inscrevem (e eles próprios consideram ou presumem não se inscrever) no esquema tradicional da contraposição entre direita e esquerda. O caso atual mais interessante é o dos Verdes.⁹⁵

Neste mesmo sentido, SCHMIDT alerta que, contemporaneamente, vem ganhando ênfase essa tendência de obstar a clara distinção, fazendo com que tanto a velha ‘direta’, assim como a ‘esquerda no poder’ postulem ou defendam a edição de novas leis diante das demandas da modernidade:

A partir dos anos 80, nosso país começou a tipificar delitos próprios das classes dominantes, sendo que na segunda metade dos anos 90, os processos de criminalização relacionados a tais delitos se intensificaram. O curioso disso tudo é que a superação do ideal socialista/comunista (não haverá revolução; as pessoas não querem ser materialmente iguais e não desejam viver num país comunista) fez com que os movimentos políticos de esquerda perdessem o seu referencial: em vez de pregarem a redução do poder punitivo em relação às classes subalternas, vemos novos movimentos pregando não só o incremento do poder punitivo em relação a crimes patrimoniais, senão também o mesmo incremento em relação aos crimes de ‘colarinho branco’. É muito comum ouvirmos políticos de esquerda que, no ‘palanque’, sustentam paradoxalmente a necessidade de aumento da repressão penal como meio de combate à violência.

(...) Nos últimos tempos, o discurso da insegurança e da criminalidade organizada tem sido extremamente útil para justificar todo e qualquer meio de combate à violência. Não se sabe exatamente o que venha a ser um ‘crime organizado’, mas se sabe que tal imprecisão é fundamental como instrumento de um processo seletivo: basta denominar uma investigação de ‘megaoperação’, assim como um concurso de pessoas de ‘crime organizado’, para praticamente qualquer ato punitivo estatal resultar justificado, contra qualquer pessoa cujo nome seja envolvido.

O uso do Direito Penal contra as classes dominantes também teve um segundo reflexo: vivemos um momento em que determinados grupos sociais têm reivindicado uma tutela penal especializada e exasperada rumo à proteção de seus interesses corporativos. O consumidor, a mulher, os negros, o idoso, as ONGs ambientalistas, todos ganharam crimes específicos em relação a seus interesses

94 MARCÃO, Renato Flávio. **Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3602>, Acesso em: 30 mai 2005

95 BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Unesp, Trad. Marco Aurélio Nogueira, 1995, p. 40

afetados. Todos querem ser objeto de tutela penal especializada.⁹⁶

Para arrematar, eis o exemplo simbólico fornecido por BATISTA: “se o dono de uma birosca estiver oferecendo à venda um desinfetante para lavar privadas, adquirido de um fabricante que não cumpriu todas as exigências do registro sanitário, sua pena mínima é de dez anos”.⁹⁷

9. ‘DETALHE BRASILEIRO’: O DESCRÉDITO NO DIREITO ADMINISTRATIVO E NA CLASSE POLÍTICA

Outra observação interessante a respeito do impacto da globalização sobre o Direito Penal refere-se à possibilidade de que, com a diluição das diferenças baseadas no território, os obstáculos à estabilização de sistemas funcionalmente diferenciados sejam diversos nos países desenvolvidos. Como lembra CAMPILONGO,

apesar das semelhanças formais, os sistemas jurídicos de países centrais e periféricos operam de modo significativamente diverso. Ter uma Constituição um Estado de Direito, Tribunais independentes, eleições livres e periódicas ou um conjunto de garantias para a oposição – o que diversos países da América Latina, mesmo com imperfeições, possuem – não é o mesmo que ter um sistema jurídico suficientemente diferenciado em relação aos demais sistemas parciais. Há países em que o sistema jurídico – e, especialmente, o funcionamento dos Tribunais – está hiperexposto às determinações do sistema político, onde a diferenciação entre os sistemas é apenas parcial – existe e não existe simultaneamente.⁹⁸

Sob tais premissas, parece ainda ilusória, ao menos para a realidade brasileira, a pretensão de parte da doutrina, como querem GOMES e BIANCHINI, que propugna a criação de uma nova espécie de Direito: um Direito sancionador, de molde administrativo ou, ainda, a descriminalização de crimes de modo que tais demandas sejam exclusivamente tuteladas pelo Direito Administrativo.⁹⁹ Baseiam-se, a rigor, no modelo defendido por HASSEMER que, diga-se de passagem, é idealizado segundo a realidade alemã.¹⁰⁰

ZAFFARONI assinala que “...*cuanto más irracional es el ejercicio del poder,*

96 SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Esquerda punitiva**. Disponível em <http://ultimainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=17342>, Acesso em 27 jul 2005

97 BATISTA, **Novas Tendências...**, p.112-113

98 CAMPILONGO, **O Direito...**, p.157

99 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 67

100 HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, p. 97

menor es el nivel de elaboración discursiva com que se pretende legitimarlo".¹⁰¹ É justamente por isso que é mais fácil o Poder Público brasileiro alçar demandas, com menor custo, aos braços do Direito Penal.

De outro lado, o crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção da Administração Pública, máxime pela tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos sócio-econômicos de várias espécies, por ora torna a busca de um Direito Penal de mínima intervenção e/ou com tutela exclusiva de certos bens pela Administração Pública, uma expectativa ainda longe de ser atendida.

Isso gera um resultado desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social e "como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio* e, principalmente porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar";¹⁰² de outro, o Poder Público e o Direito administrativo carecem, no momento, de legitimidade para assumir parte da demanda penal.

Diante desse dilema da sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa evidenciam-se em fatos, como a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, abuso das leis penais em branco, antecipação exagerada da tutela penal, perda da certeza da configuração típica e adoção de tipos de mera desobediência. Tal irracionalidade viola, em tese, postulados político-criminais típicos do Direito Penal iluminista (intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade) e os princípios fundamentais de um Direito Penal cidadão, típico do Estado Constitucional de Direito (legalidade, certeza, ofensividade etc.).

A problemática se agrava, ainda mais, no caso brasileiro. Primeiramente, porque há no plano interno a evidente percepção de que o Estado não consegue desenvolver uma pauta mínima de políticas públicas essenciais (saúde, educação, segurança, emprego, meio ambiente, finanças públicas, justiça etc.). Concomitantemente, destaca CAMPILONGO, no plano externo, as organizações multilaterais e o sistema financeiro internacional adotam um discurso que cobra

101 ZAFFARONI, *La Globalización...*, p. 22

102 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 61

essas mesmas coisas, mas acresce ao jogo um componente perverso, pois sugere políticas econômicas e cartilhas de reformas que estimulam o fluxo oportunista de capital, indústria e serviço entre países, provocando desemprego e recessão e comprometendo a agenda social.¹⁰³

Nesse cenário, é inconcebível aceitar que no Brasil esteja efetivamente consolidado um Estado Democrático de Direito.

A Revolução Francesa no século XVIII impôs a democracia, governo do povo, pelo povo e para o povo, impôs-se como a forma mais adequada de governo, ainda que não houvesse outra opção legitimamente cabível.

Ocorre que uma aparente democracia, uma ‘democracia de fachada’, pautada pelas injustiças sociais¹⁰⁴ de uma sociedade competitiva, com bolsões de desemprego e marginalidade, aumenta ainda mais a exigência de uma Política legislativa e criminal que atenda a um mínimo de racionalidade.

A ordem constitucional brasileira, apesar de seu aparente espírito igualitário, não é capaz de reverter o contexto de iniquidade social nem sequer de criar as condições políticas para a inclusão de setores expressivos da população nos quadros da cidadania formalmente regulada.¹⁰⁵ A democracia política e o direito positivo, idéias associadas ao advento da modernidade e diferenciadas pelo constitucionalismo, destaca CAMPILONGO, “com a globalização, acabam se sobrepondo de modo disforme e corrompido: os sistemas político e jurídico parecem se transformar em apêndices do sistema econômico e em mero reflexo do processo de acumulação”.¹⁰⁶

Diante desse quadro, resta evidente que essa ilusória democracia passa por crise profunda de legitimidade, seja porque a fé na democracia brasileira está abalada, seja porque não há acordo pacífico sobre quem é o ‘povo’. Seria a soma de todas as classes sociais? Ou a classe dos pobres em confronto com os ricos? Ou a massa, a grande maioria da população, contraposta à minoria, à elite? Ou seria o conjunto de massa e minoria? Como se conceber, pois, um Estado Democrático de

103 CAMPILONGO, **O Direito...**, p. 120

104 O Brasil continua a ter uma das piores distribuições de renda do mundo, superando apenas Serra Leoa, na África, segundo recente estudo divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)

105 CAMPILONGO, **O Direito...**, p. 56

106 Ibid., p. 126

Direito em circunstâncias tais?¹⁰⁷

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS ainda arrola, dentro deste panorama *tupiniquim*, a não-aplicação da lei, a sua aplicação seletiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a não-regulamentação de direitos constitucionais e a ausência de dotação de meios humanos e financeiros para a implantação de políticas públicas. Essa atuação do Estado, lembra ele, “implica a total desvalorização dos direitos sociais, da Constituição e do Estado Democrático de Direito”, ou seja, “é a ‘técnica informal’ que retira eficácia à lei”.¹⁰⁸

Enfim, é preciso reviver LYRA, para quem o “legislador não é responsável pelas tarefas do poder judiciário e do poder executivo, tanto vale dizer para a aplicação das normas e o aparelhamento carcerário e assistencial, quanto para a execução das penas e medidas de segurança¹⁰⁹”.

Ademais, é necessário ressaltar a lição de VON LISZT, no sentido de que sob “constituições diversas (Estado sacerdotal, Escola comercial, monarquia absoluta, república democrática etc.), muito diverso pode ser o valor do mesmo bem; e, de outro lado, que, quando não bastam os efeitos do direito privado em consequência da irreparabilidade do bem jurídico (vida, honra da mulher, etc.), a punição da lesão impõe-se com uma certa regularidade em diversos tempos e em diversos povos”.¹¹⁰

Como seria então possível propugnar por descriminalização ou, ao menos, por uma Política Criminal racional em uma democracia apenas aparente e em um Estado em que ‘Democrático de Direito’ é apenas um rótulo?

Como enxergar a racionalidade de um legislador constituinte que recebeu demandas típicas da modernidade sob a forma de programas a serem cumpridos pelo Estado e concomitantemente consagrou garantias e direitos fundamentais que foram usados como subterfúgio por delinquentes contumazes, perigosos e corruptos, aumentando a impunidade e fomentando a criminalidade?!

BONFIM, sobre este último aspecto, bem delineou a situação:

O Estado Brasileiro, fruto de todas as políticas, de todas as épocas, promulgador

107 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. *O Estado e a Sociedade em Portugal* (1974-1988); *Afrontamento* (1990), *apud* CAMPILONGO, *O Direito...*, p. 62

108 Id.

109 LYRA, *Direito Penal Normativo*, p. 56-57

110 VON LISZT, *Tratado...*, p. 303-304

de uma Constituição elaborada ainda sob o signo da dor (o regime de exceção é lembrança ainda presente), lastreada em feridas, cicatrizes e, sobretudo, dívidas, acabou não sabendo contabilizar, ele próprio, no balanço de todas as contradições sociais, os direitos/garantias de réus/vítimas, buscando equações com sua tutela a proteção da sociedade. Nesse sentido, acabou abrindo um imenso hiato, entre os valores da pessoa humana e a conveniência social, tantas vezes, confundindo-se tais valores como se houvesse o próprio direito à criminalidade, tamanha a complacência...¹¹¹

E não é só. A relação da economia com a política e as influências que ela sofre, criminalizando e descriminalizando primariamente, “acaba por proteger os delinquentes de colarinho branco e representando uma das principais responsáveis pela escassa presença desses delinquentes nas estatísticas da criminalidade”.¹¹²

Essa mesma ‘democracia de fachada’ e programática, além de ter um aparente significado de tutela de direitos e garantias fundamentais, também tem que conviver com novas demandas e objetivos em evidente paradoxo.

Tais demandas, por terem alto custo de implantação (saúde, fiscalização e proteção do meio ambiente, consumidores, idosos, pessoas portadoras de deficiência, infância e juventude, sistema financeiro etc.), foram encaminhadas à seara do Direito Penal, instrumento mais barato e mais ágil para acalantar temporariamente os corações receosos e inseguros da população.

É inegável, como afirma SÁNCHEZ que, ainda que se saiba que os novos bens difusos e coletivos devam ser tutelados, não há, todavia, consenso sobre quais são esses bens e em que medida devem ser tutelados. De qualquer forma, lembra ele, “fato é que ainda há espaço para uma ‘expansão razoável’ do Direito Penal, ainda que haja manifestações de uma ‘expansão desarrazoada’”.¹¹³

De outra parte, se de fato tem havido indiscutível hipertrofia da legislação penal, essa democracia ilusória representada por uma classe política pautada pelo fisiologismo e pela antiga política do “pão e circo”, inegavelmente, tem contribuído para acentuar a questão. Nesse diapasão, destaca CAMPILONGO:

Nossas instituições representativas caracterizam-se pela completa irresponsabilidade política. Fogem de todas formas de controle e prestação de contas. Sustentam um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o Executivo e de partidos oportunistas. Em última análise, a negação de todos os princípios republicanos. O correlato social dessa irresponsabilidade institucional é a ruptura de identidades. Nas palavras de O’DONNELL, temos uma ‘cidadania de

111 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 97

112 Ibid., p.195-196

113 SÁNCHEZ, **A expansão...**, p. 28

baixa intensidade', onde os direitos políticos são respeitados às custas do não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população.¹¹⁴

Um sistema representativo irresponsável, em um contexto de erosão das identidades populares coletivas, só faz alimentar a fragmentação do Estado e da sociedade.

O processo autofágico em referência tende a se agravar não só em razão do incremento dos conflitos sociais desta era de globalização, como também porque essa classe política brasileira, "levada pela urgência e pelo ineditismo das novas situações, não encontra outra resposta que não seja a conjuntural ('reação emocional legislativa'), que tende a ser de natureza 'penal', dependendo dos benefícios eleitorais que possa alcançar."¹¹⁵

Na correta percepção de BONFIM, esse "mundo cheio de insurgências, pleno de novidades, propõe ao operador do direito a mesma imagem que se propõe ao operador das flores, o jardineiro: 'pela manhã, a tesoura contém o ímpeto vegetal. À noite, rebentos zombam da poda'.¹¹⁶ Todas essas perspectivas, além de aumentarem o descrédito no Poder Público e em alternativas menos doloridas às liberdades individuais, criam inevitáveis 'Estados paralelos', que, com leis, regras e normas de conduta próprias, enfraquecem e deslegitimam em pouco tempo o ordenamento jurídico.

O descrédito nas instituições e na possibilidade de mudanças a curto prazo gera um fértil contexto para a proliferação da justiça pelas próprias mãos (linchamentos, grupos de extermínio, etc.), para a desmobilização dos movimentos sociais e para a desarticulação dos mecanismos de resistência à miséria.

São, pois, evidências de que o 'Estado Democrático de Direito' aparenta ser meramente norma programática que depende ainda de profunda 'regulamentação'.

Diante desse panorama pós-moderno, como dimensionar a intervenção mínima do processo de criminalização? Como fixar a subsidiariedade do Direito Penal quando os outros ramos do Direito também enfrentam séria crise de legitimidade e eficácia? Enfim, como propugnar, sem idealismo insensato e com vistas à realidade brasileira, por uma Política Criminal racional apta a enfrentar o

114 CAMPILONGO, **O Direito...**, p. 57-59

115 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 110

116 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 285

dilema de equacionar o aumento da criminalidade organizada e transnacional e limitar a hipertrofia legislativa pautando-se primordialmente pelo modelo penal clássico?

10. DILEMA DO DIREITO PENAL LIBERAL: AUMENTO DA CRIMINALIDADE DE MASSA E DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Entre outros fatores, a ausência de políticas públicas e uma política criminal irracional somadas à alta impunidade, por certo, representam fatores de aumento da criminalidade.

Enquanto nos países desenvolvidos a crescente criminalidade de rua e os novos bolsões de criminalidade têm resultado em movimentos, como o de ‘Lei e Ordem’,¹¹⁷ e na adoção de políticas criminais, como a da ‘Tolerância Zero’ ou ‘Broken Windows’,¹¹⁸ no Brasil adotou-se - de forma incongruente e desproporcional - critérios alternativos à pena privativa de liberdade.

Ademais, como bem acentua MORAES Jr., as pesquisas sobre vitimização indicam que o Brasil emerge como campeão da subnotificação, ou seja, somente ¼ (um quarto) dos crimes perpetrados são efetivamente cientificados aos Poderes Públicos e órgãos de repressão policial. Elas representam, pois, “o subproduto da impunidade que, aos olhos de gente ordeira, assume também a forma de punição insuficiente.”¹¹⁹

O aumento desse tipo de criminalidade, à qual o Direito Penal clássico já estava adaptado, por si só, vem ensejando novos brados para adoção de posturas legislativas e repressivas mais rigorosas. Imagine-se, agora, como se apresentam os clamores diante de uma realidade que o Direito Penal iluminista não está apto a

117 Movimento iniciado nos EUA que busca o endurecimento no trato das questões penais, indo desde a penalização severa de diversas condutas, com o agravamento das reprimendas, até a execução, em sistemas mais rígidos (v. neste sentido: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo – Aspectos, Sistema Penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 70; SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p.130-136; SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr., Alceu. **Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de Ciência Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141-142)

118 A ‘broken windows theory’ e a operação ‘tolerância zero’ idealizadas por James Q. Wilson and George Kelling (cf. estudo **The Police and Neighbourhood Safety**, publicado na revista *Atlantic Monthly*), sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Diante disso, seria necessária uma efetiva política pública de combate aos pequenos delitos com mínima tolerância.

119 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 119

enfrentar: narcotráfico internacional, crimes transnacionais econômicos e de *network*, lavagem de dinheiro, novas organizações criminosas etc.

Inicia-se, dentro de todo o contexto já traçado, a institucionalização de políticas públicas que divergem completamente do modelo clássico (pena de prisão com amplas garantias penais e processuais) e do modelo de Direito Penal de ‘segunda velocidade’ (mitigação de garantias penais e processuais, consensos, barganhas e penas alternativas à prisão). Começa, pois, a aparecer, silenciosamente, nas legislações e modernas políticas de combate a estas formas de criminalidade, o que GÜNTHER JAKOBS denominaria ‘Direito Penal do Inimigo’.

Trata-se do advento de um Direito de ‘terceira velocidade’ pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate dos ‘inimigos’.

DEL OLMO, nessa esteira, recorda que o discurso oficial ‘jurídico-transnacional’ surgiu na década de 70, mas progressivamente se converteu em discurso ‘geopolítico’. Já naquela época, segundo a autora, o discurso norte-americano se construía em torno do ‘inimigo externo dos EUA’, ao qual se batiza com o nome de ‘narcotráfico’, termo que se converte em um “*ut il comodín político – por su imprecisión semântica – y paso a paso em sinónimo del ‘Cartel de Medellín’.*”¹²⁰ Desde então, as políticas propostas passaram a girar em torno da militarização da política criminal.

Já na década de 80, segundo DEL OLMO, precisamente em 06 de março de 1981, o Presidente Ronald Reagan classificou o abuso de drogas como um dos mais graves problemas a ser enfrentado e que, sem um combate efetivo, implicaria no “risco de perder uma grande parte de toda uma geração”.¹²¹

Esse diagnóstico, feito pela Casa Branca e registrado na *Estratégia de 1984*, legitimaria o que seria a ‘guerra contra as drogas’ na administração Reagan. Mais tarde, a própria Casa Branca (1992), já diante da nova ordem global, passou a analisar o problema do tráfico de drogas como um desafio mundial, dada a natureza

120 DEL OLMO, Rosa. **Las Drogas Y Sus Discursos, Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, Coleção *JUS ETERNUN*, v. 5, Coord. José Enrique Pierangeli, 2003, p. 131

121 *Ibid.*, p. 129

multinacional da ameaça.

A partir de então, a comunidade política global passou a reconhecer que os agentes do tráfico de entorpecentes já não estão mais dedicados exclusivamente a uma atividade criminal: são agora empresas multinacionais que se ocupam do comércio de mercadorias ilícitas, cujas operações misturam-se com mercados legítimos já existentes. O discurso político passou a revelar uma preocupação fundamental com a economia, razão pela qual a questão passou a ser qualificada como 'econômico-transnacional' e como um 'inimigo global' a ser enfrentado.

Essa transnacionalização, segundo CERVINI, é o ponto alto da criminalidade organizada contemporânea, diante da qual os Estados, isoladamente, se vêem reduzidos à impotência. Ademais, destaca o autor que

llegados a este punto, debe resaltarse una paradoja cuya previa comprensión resulta fundamental. Ciertos procedimientos operativos de cobertura y transacciones ilícitas, entre ellas las de lavado de dinero, por su misma naturaleza, se desarrollan en circunstancias que excluyen muy frecuentemente una de las características esenciales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercâmbios. Por eso, para el delito transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar em determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto 'estándar de fiabilidad ilícita' para todos los miembros del circuito clandestino.¹²²

Essas novas figuras típicas, inegavelmente, colocaram à prova a soberania dos Estados. "Com maior evidência, os Direitos nacionais somente em algumas ocasiões apresentam semelhanças, e no mais das vezes expressam importantes divergências culturais ou de tradições jurídicas. Isso situa qualquer abordagem conjunta do problema da criminalidade da globalização ante importantes dificuldades adicionais".¹²³

Não é demasiado afirmar, portanto, que a era da globalização revelou-se, por excelência, a era da delinqüência organizada. Ninguém ignora que o crime organizado tem finalidade precipuamente econômica. Por isso, parece apropriado dizer que o crime organizado é o crime dos poderosos (*crimes of the powerful*). É o que acentua SÁNCHEZ ao tratar desse aspecto:

... sua delinqüência é predominantemente econômica, em sentido amplo, ou seja, tem por objeto de estudo delitos diversos do paradigma clássico (homicídio, crimes patrimoniais tradicionais etc) – *crimes of powerful*; além disso, a delinqüência dela

122 CERVINI, op. cit., p. 67

123 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 81

decorrente se concebe em termos punitivistas (evitação de hipotéticas lacunas). (...) Se a isso se adiciona o evidente déficit de aplicação (Vollzugsdefizit) da legislação penal em tais âmbitos, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da consequência jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter seletivo da repressão) se veja compensada com uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos simbólicos da sanção).¹²⁴

Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, GILSON DIPP, estima-se atualmente em US\$ 200.000.000.000,00 (duzentos bilhões de dólares) o dinheiro brasileiro oriundo de corrupção e criminalidade organizada depositado em paraísos fiscais. O despreparo dos órgãos de combate e a limitação do território (competência) permitem que o crime organizado se fortifique sem encontrar quaisquer fronteiras.¹²⁵

Além disso, condutas violadoras de barreiras e controles estatais à livre circulação passam de puníveis a não-puníveis,¹²⁶ enquanto surgem, por outro lado, novas formas delitivas, como fraudes orçamentárias, criminalidade alfandegária, fraude às subvenções, crimes de responsabilidade fiscal, normalmente decorrentes de exigências de tratados ou de organismos internacionais (FMI, MERCOSUL, ALCA, ONU etc.).

Para se ter uma noção da dificuldade de investigação e punição de tais crimes, por causa da falta de tecnologia e da velocidade de processamento das informações, CERVINI assevera que *“a efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que el 90% de los flujos financieros normales son meramente especulativos”*.¹²⁷

Repita-se: diante deste panorama, cresce a descriminalização dos crimes anti-globalização e acentua-se uma ‘globalização da política criminal’, sendo necessário o destaque de BONFIM no que se refere à “grande reivindicação hoje consistente na uniformização da reação contra os delitos que perturbam a ‘ordem internacional’, particularmente o crime organizado”.¹²⁸ Fala-se, portanto, insistentemente em harmonização das legislações contra a criminalidade

124 Ibid., p. 76-77

125 cf. palestra proferida na sede do Ministério Público do Estado de São Paulo, no seminário ‘A Ação Integrada do Estado no Combate ao Crime Organizado’, em 20 mai 2005

126 ZAFFARONI, *La Globalización...*, p. 22

127 CERVINI, op. cit., p. 72

128 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 210

transnacional.

A título ilustrativo, a ONU conta com inúmeros projetos de internacionalização das reações penais: lavagem de capitais¹³⁰, inspirada na Convenção de Viena (1988); combate à tortura,¹³¹ propugnada por diversos organismos internacionais; responsabilidade fiscal,¹³² exigência dos órgãos econômicos internacionais (FMI, ALCA, MERCOSUL etc.); crimes de *white collar*, perpetrados contra os bens e interesses difusos da coletividade (criminalidade ecológica, violações à qualidade de vida, evasões de impostos, fixação monopolista de preços, infrações à saúde pública, corrupção governamental, fraudes ao consumidor, formação de cartéis, infrações cambiárias, obtenção fraudulenta de fundos do Estado, *dumping* de produtos farmacêuticos, indústria de insolvências, agiotagem bancária e todas as formas de abuso de poder econômico e político.).¹³³

Tais imposições e as diretivas transnacionais, além de pressionar os países a legislar continuamente, também orientam a produção de leis especiais e sempre se fundam em um sentido repressivo exemplar, como bem salientam GOMES e BIANCHINI.¹³⁴

Firmadas as principais premissas – contexto da sociedade moderna e pós-industrial, novas demandas diante de novos sujeitos passivos, globalização econômica, sociedade de risco, aumento da criminalidade de massa e profissionalização das organizações criminosas, com o aumento inevitável da sensação coletiva de insegurança e o surgimento das novas figuras dos *crimes of powerful* -, em que deverá se pautar uma Política Criminal moderna, realista e racional?

O pragmatismo efficientista é a nota do Direito Criminal nessa era da globalização em que a velocidade da uniformização das legislações aparenta desprezar o aspecto sistemático e racional que deveria pautar o ordenamento jurídico-penal.

Segundo BATISTA, “as novas tendências do direito penal não se subordinam hoje, como nos tempos da polêmica causalismo-finalismo, apenas às

130 Lei n° 9.613/98

131 Lei n°9.455/97

132 Lei Complementar n° 101/00

133 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 174

134 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 64

marés das categorias jurídicas. Elas provêm dos reflexos e influência que os dados econômicos e sociais concernentes a questão criminal – recolhidos e trabalhados pela criminologia – e a luta das concepções político-criminais introduzem nas teorias da pena e do delito. Nossa torre de marfim caiu, e, cá entre nós, já era tempo”.¹³⁵

Nesse sentido, ainda seria realista um discurso que pregasse o respeito intransigente a Princípios de uma Constituição programática e de falsa democracia sem o congruente balanceamento de bens? Não seria conveniente e oportuno aceitar, com a devida delimitação e estrita legalidade, um modelo de Direito Penal e Processual diverso do modelo clássico-iluminista e apto ao eficaz combate da alta e hodierna criminalidade? Não seria hora de rigoristas e laxistas abandonarem o mero discurso acadêmico e sentarem-se à mesa para exigir uma pauta mínima a ser cumprida pelo Poder Público, de modo a não frustrar as expectativas com o limitado alcance do Direito Penal?

O paradigma do Direito Penal clássico é o homicídio com autor individual. Já o da globalização é o delito econômico organizado tanto na modalidade empresarial, como na macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada. Para esse tipo, conforme se aventará, ou se assinalam menos garantias pela menor gravidade das sanções ou, através de uma legislação ‘excepcional’, assinalam-se menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém.

Ainda tratando dessa transição do modelo clássico, GOMES e BIANCHINI destacam o simbolismo das tendências modernas, salientando que

na base do atual Direito penal, conseqüentemente, além de uma crise evidente, parece residir uma irrefutável contradição: por um lado, justamente porque se pretende que ele cumpra um papel (missão) de tutela de bens jurídicos para a manutenção da paz social, foi gradualmente transformando-se em um instrumento de prevenção político-social; por outro, quanto mais se incrementa essa função, mais a sociedade se dá conta da falta de operatividade do sistema e da ausência de uma verdadeira tutela dos bens jurídicos. Com isso, o que resulta de concreto é uma função puramente simbólica de proteção, que se caracteriza então não só pela flexibilização dos princípios jurídicos e das garantias, senão especialmente pela antecipação da intervenção penal.¹³⁶

Já ALFLEN DA SILVA acredita que efetivamente “as novas tendências revelam a total impenetrabilidade dos conceitos clássicos aos novos tempos”,¹³⁷

135 BATISTA, *Novas Tendências...*, p. 26

136 GOMES; BIANCHINI, *op. cit.*, p. 108-109

137 ALFLEN DA SILVA, *op. cit.*, p. 102

enquanto SÁNCHEZ assim delineia seu prognóstico: “... o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais”.¹³⁸

O panorama mundial também é traçado por HASSEMER, que observa que a idéia de prevenção se desprende de seu sabor terapêutico, social ou individual, estruturando-se como instrumento efetivo e altamente intervencionista na luta contra a violência e o delito. A partir dessa perspectiva, segundo ele, “há uma tendência do delinqüente a converter-se em inimigo, e o direito penal, em um direito penal para inimigo”. E continua:

Acontecendo isso, tem-se um retorno à velha visão da criminologia clássica, que concebia o delito como um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais – o Estado e o infrator -, os quais travam um maniqueísta conflito do bem contra o mal. Um personificava o lado bom da sociedade, sem máculas, perfeito, congregando os justos e pacíficos; o outro, o perigoso delinqüente, tumor a ser extirpado o mais rápido possível, com o fito de sanear novamente o corpo social.¹³⁹

Como se vê, é indubitável que esses novos paradigmas da modernidade fomentam a sensação do ‘terror’. Mas, tais paradigmas, por si sós, já conferem legitimidade a teorias como ‘O Direito Penal do Inimigo’ ou seria possível questionar a legitimidade de tal pensamento no atual contexto?

Para LUHMANN, o homem vive em num mundo constituído sensorialmente, que lhe apresenta uma multiplicidade de possibilidades de experiências e ações, contrapondo-se ao seu limitado potencial perceptivo de assimilação de informações e ação atual e consciente. Assim, cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes.¹⁴⁰

Esse número elevado de possibilidades complexas e contingentes, inegavelmente, dificulta a tomada de decisões e aumenta a sensação de insegurança. Seria, então, possível frear essa sensação e facilitar as escolhas do homem e do Estado?

138 SÁNCHEZ, *A expansão...*, p. 75

139 HASSEMER, *El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XV/183 e II (*apud* BONFIM, *Direito Penal...*, p. 113)

140 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, Tempo Brasileiro, 1983, passim

Antes de enfrentar tais questões, é preciso repisar: no debate acerca da legitimidade ou não de um direito repressor (ou 'do inimigo'), serão superficiais as análises formuladas sem a compreensão clara das mudanças de paradigmas sociais, sem o entendimento adequado das premissas utilizadas por GÜNTHER JAKOBS para reformular a Teoria da Pena.

Tais premissas, como se verá, foram pautadas na Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN que, elaborou uma teoria social com a finalidade de solucionar esse problema do Direito moderno: como diferenciar o Direito dos outros sistemas de modo a evidenciar que ele não pode operar adequadamente com demandas a que não está apto a atender.

Com a flexibilização dos conceitos jurídicos e a conseqüente criação de inevitável instabilidade interna do sistema jurídico, parece que a legitimação do Direito para novos conflitos vem sendo ignorada por boa parte dos pensadores do Direito Penal moderno.

A complexidade da sociedade, além de motivar novas demandas e conflitos penais, fatalmente vem desencadeando a instabilidade interna do sistema jurídico e insegurança ao meio, fomentando, pois, a crescente produção de legislações esdrúxulas e decisões judiciais alheias aos limites operacionais do Direito Penal. Proliferam as leis e o medo continua...

MORAES JÚNIOR e DIP, neste diapasão, advertem:

A hiperinflação de leis penais e, sobretudo – o que é seu conseqüente – a instabilidade da ordem jurídico-penal em concreto respondem, em parte, por um descrédito na segurança pública.
(...) Quando muita coisa se criminaliza normativamente, parece que o delito se trivializa na ordem concreta. Além disso, leis que se sucedem vertiginosamente são leis que sempre estão a exigir um tempo de ponderação, de amadurecimento, para que suas normas implícitas sejam compreendidas pelos juristas (e leigos) e, depois disso, interpretadas diante da ordem jurídica concreta: o interregno é um campo muito propício para a insegurança.¹⁴¹

A modernidade passou, portanto, a utilizar diferentes conceitos: 'Economia de Mercado Globalizada', 'Política' (ao invés de Estado) e 'Direito Moderno' com diferenciações operacionais gritantes e com linguagens díspares.

Em relação ao número, à diversidade e à interdependência das ações possíveis, a sociedade moderna é muito complexa e a complexidade e contingência

141 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 221

são elementos cada vez mais característicos da sociedade dita 'pós-industrial', desestruturando e dificultando os processos de tomada de decisão no sistema jurídico. Vale advertir, contudo, mais uma vez: no contexto de Estado de Bem-Estar Social, onde as dicotomias Estado-Sociedade, Política-Economia, Coletividade-Indivíduo foram relativizadas, muitas teorias passaram a apresentar o aspecto funcional do Direito de modo a tratá-lo como instrumento de transformação social.

Nesse diapasão, o próprio conceito de sanção penal deu lugar a conceitos como *sanção premial*; as próprias teorias da pena (a princípio voltadas para a simples retribuição) passaram a pensá-la como instrumento capaz de, com uma só tacada, acabar com a criminalidade e reeducar aquele que, v.g., já estava segregado socialmente.

Tais mudanças foram positivas? Esses avanços são operacionalmente tolerados pelo Direito Penal? O Direito é, enfim, capaz de prevenir o crime, diminuir a criminalidade e, concomitantemente, reeducar o preso?

Nesse contexto histórico-evolutivo, apareceram diversas correntes oriundas da Teoria das Penas, sempre permeadas por acalorados debates entre rigoristas e laxistas (absolutas ou retributivas; relativas, finalistas, utilitárias ou preventivas; mistas, ecléticas ou intermediárias). E todas, como assinala SANTORO FILHO, foram passíveis de severas críticas, pois não serviam ao principal objetivo que se propunham, ou seja, extinguir, ou mesmo, diminuir a criminalidade.¹⁴²

Diante das nuances dessas correntes de pensamento acerca da função da sanção penal, atualmente se questiona se o Direito de punir e, especificamente, a sanção penal buscam somente assegurar as expectativas da sociedade, ou também assegurar efeitos, seja com enfoque econômico, seja com enfoque sociológico?

O caráter utilitário da pena, desde BECCARIA, ROMAGNOSI e FEURBACH até BETHAM e GROLMAN, não é negado. Porém, pretender que o efeito seja a meta ou a finalidade da pena não seria demais para o Direito Penal?

Neste aspecto, BONFIM ilustra que o discurso da ressocialização do delinqüente desembocaria em um impedimento constante de punição dos criminosos. Seria o dilema sem resposta: "(...) se fosse pobre o réu, não haveria por que puni-lo para ressocializá-lo, porque se antes ele era um 'excluído', se nunca fora 'socializado', não se poderia falar em 'ressocialização'; se fosse rico, da mesma

142 SANTORO FILHO, op. cit., p. 53

sorte, seria inócuo, porque o rico é hiperssocializado....”¹⁴³

O mesmo autor continua, “(...) ressocializar pela prisão quem mata? Ressocializar pela prisão a professora que matou o marido? Explicar-lhe, pela pena, que não pode matar? Ressocializar pela prisão o dentista que matou o advogado, decapitando-o? Explicar-lhe, pela pena, que é muito grave o que cometeu, para que não faça mais isso, ‘reaprendendo’ a viver em sociedade e nela ‘reinserindo-se’ após o cumprimento da pena?”¹⁴⁴

É certo que a busca do conhecimento do direito de punir através das teorias multifatoriais, levando em conta as concausas para os fatores que levaram à eclosão do crime, por si só, não afeta a operacionalidade do Direito Penal.

Contudo, essa busca continua a ser o grande desafio da atualidade, cuja resposta poderá amparar ou descredenciar um pretense ‘Direito Penal do Inimigo’. Advertem, nesse diapasão, GOMES e BIANCHINI:

Impõe-se definir com toda a clareza para que serve o Direito penal. Esse sempre foi o grande desafio da ciência penal. Não se pode atribuir a ele papel que nunca conseguirá desempenhar.

Valendo-se da imagem do elefante e dos ratos, dá para dar uma idéia (bastante aproximada) do que vem ocorrendo com o tradicional Direito penal, que é, em termos de velocidade, um verdadeiro elefante (tendo em conta que se funda na pena de prisão e exige, conseqüentemente, o devido processo legal clássico: investigação burocratizada, denúncia, provas, instrução demorada, contraditório, ampla defesa, sentença, recursos, tribunais lentos e abarrotados etc.). A criminalidade da era pós-industrial e, agora, da globalização, por seu turno, é velocíssima (tanto quanto os ratos).

Ao longo do século XX, mas particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, acreditou-se que seria possível conter ou controlar (“combater”) os ratos com o elefante (com o Direito penal tradicional), desde que alguma mobilidade extra lhe fosse dada. O legislador, assim, começou a sua deformação, colocando algumas rodas mecânicas nas suas patas (leia-se: para fazer frente à criminalidade moderna, começou a transformar o Direito penal tradicional flexibilizando garantias, espiritualizando o conceito de bem jurídico, esvaziando o princípio da ofensividade – mediante a construção de tipos de perigo abstrato -, eliminando grande parcela da garantia da legalidade etc.).¹⁴⁵

E, como não poderia deixar de ser, a deformação do Direito Penal é ainda mais elevada em sociedades periféricas, isto é, em países subdesenvolvidos.

No Brasil, por exemplo, a ausência de fronteiras claras entre os diversos domínios de ação e de experiências prejudica a identidade e a autonomia do Direito em relação ao seu contexto social.

143 BONFIM, Discurso de Abertura do I Congresso Mundial do Ministério Público (2000). Disponível em: <<http://www.emougenotbonfim.com/portuguese/index.htm>> Acesso em: 02 mai.2005

144 Id.

145 GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 34

Costumeiramente em nosso país, o aumento de pena é visto como solução de problemas que, a rigor, não são da alçada do Direito. A Política não pode ter a pretensão de invadir o sistema jurídico, da forma que o faz a nossa irracional Política Criminal. Em vez de construir presídios, de investir em educação e de criar programas sociais, a Política invade o mundo do Direito, ora protagonizando decisões judiciais alheias ao código lícito/ilícito, ora fomentando legislações que afastam as penas privativas de liberdade, gerando a sensação de insegurança que, em um círculo vicioso, faz com que a sociedade reclame da ineficiência do Direito Penal e da Justiça Criminal.

O Direito Penal, que não se presta, por si só, a diminuir a criminalidade (futuro incerto) e não consegue reeducar os condenados (futuro incerto, agravado pela contingência e complexidade social), acaba gerando frustrações que, como já brevemente assinalado, ou ativam a produção de legislações esdrúxulas, ou formatam Magistrados ‘políticos’, ‘economistas’, ‘sociólogos’ e ‘benevolentes com a pobre situação do encarcerado’.

A mesma advertência foi feita por CAMPILONGO em artigo veiculado no Jornal “Folha de São Paulo”: “para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso devem estar protegidos contra pressões que procuram enfraquecer suas estruturas ou tentam processar questões que não se amoldam à técnica jurídica”.¹⁴⁶

Nélson HUNGRIA lembrou CARRARA para quem “sempre que a política entra pelas portas do templo da justiça, esta foge espavorida pela janela para livrar-se ao céu”.¹⁴⁷

Especialistas da ‘modernidade periférica’ ainda acentuam:

O problema das periferias está ligado a uma exposição tão grande e promíscua com o ambiente que, muitas vezes, podendo não decidir, o sistema jurídico acaba decidindo de modo que, sem comprometer o fechamento operativo do sistema, subtrai dos Tribunais um auto-isolamento cognitivo que, nos países centrais, é muito mais forte do que o isolamento do legislador ou daqueles que estipulam contratos (...).¹⁴⁸

Entender e questionar a legitimidade de um Direito Penal para o ‘inimigo da

146 CAMPILONGO, **A função política do STF**. Folha de São Paulo, 22 nov.1999, p. 3

147 HUNGRIA. **Comentários...**, v. 1, Tomo I, op.cit.

148 CAMPILONGO. **Política, Sistema...**, p. 172

sociedade' pressupõe, pois, entender o contexto da realidade do Direito Penal; pressupõe entender como o Direito vem sendo contaminado por idéias estranhas ao seu código operativo e como novas demandas decorrentes dos avanços tecnológicos, da globalização e da aceleração da comunicação vêm modificando o Direito Penal clássico.

Como, então, em um contexto de aparente Democracia na maior parte da civilização, surgem teorias como a do 'Direito Penal do Inimigo'? Um Direito excepcional que trata parte dos criminosos como inimigo, buscando positivar e legitimar a flexibilização de garantias típicas do Direito Penal de contorno iluminista, seria legítimo?

Certo está que a resposta a tais indagações carece, por completo, de substrato e fundamento se desacompanhadas da consciência do contexto histórico, da atual realidade e das novas demandas alçadas ao Direito Penal.

Neste último aspecto, vale destacar a lição de BONFIM:

O Brasil jurisdicionalizado transformou-se em um imenso e babélico cipóal ideológico, doutrinário, 'dogmático', configurando a grande 'colcha de retalhos' que é nosso ordenamento jurídico-penal, fruto de todos os traumas e de todas as não-soluções, onde testamos muito da doutrina importada – muitas sem eco sequer em seu País de origem – e lastreamo-nos em uma legislação muitas vezes misericordiosa, noutra 'de terror', acentuando a inaplicabilidade de um produto estranho, à uma realidade toda própria.¹⁴⁹

Como se vê, esta é a nova representação social: a frustração advinda com a implementação de um 'Direito Penal mágico' e a insatisfação com o suposto papel do Direito Penal em diminuir a criminalidade vêm desencadeando essa inversão de valores. Conforme se almeja demonstrar, a solução para tal inversão reside em parte na Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN que, paradoxalmente, constituiu o ponto de partida de JAKOBS para definir sua Teoria e seu conceito de finalidade da sanção penal até chegar à concepção do 'Direito Penal do Inimigo'.

Enfim, política criminal efetivista tendencialmente antigarantista, caos normativo, instrumentalização e simbolismo do Direito penal, excessiva antecipação da tutela penal, descodificação, flexibilização das garantias penais, processuais e executivas e explosão carcerária são questões a serem enfrentadas juntamente com o aumento da criminalidade de massa, com as modernas demandas penais e

149 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 161

com a criminalidade organizada e transnacional.

Os laxistas e os rigoristas têm pensado em uma solução razoável e realista para o Direito Penal? Mais que isso, o Direito Penal tem a função de controlar e transformar a sociedade ou a sua função é apenas promover a estabilização das expectativas normativas?

A Teoria Sociológica dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN, ponto de partida do funcionalismo sistêmico de GÜNTHER JAKOBS, tenta responder essas questões, ainda que com enfoque pré-paradigmático.

CAP. II – TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: O DIREITO COMO ESTABILIZAÇÃO CONGRUENTE DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS

“A elaboração de novas idéias depende da libertação das formas habituais de pensamento e expressão. A dificuldade não está nas novas idéias, mas em escapar das velhas, que se ramificam por todos os cantos da nossa mente.” (John Maynard Keynes)¹

1. INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE SOCIEDADE COMPLEXA

Com o advento da modernidade, a autonomia e a impermeabilidade do Direito sofreram um processo de fragmentação que expôs os seus tênues limites com a Política, a Economia e outros campos da ciência.

Até o final do século XIX e início do século XX, questionava-se o conceito de Direito, tema que, até então, KELSEN solucionara muito bem. Tradicionalmente, o Direito sempre foi estudado como instrumento de controle social. Contudo, os *upgrades* exigidos pela sociedade moderna e complexa têm distorcido os efetivos limites do Direito, sobretudo do Direito Penal, que passou a ser visto como instrumento apto a transformações sociais, com enfoques estranhos ao sistema jurídico.

Já nos meados do século XX, passou-se a questionar a função do Direito, iniciando-se, pois, o seu uso como instrumento irremediavelmente atrelado ao conectivo ‘e’: Direito e Economia, Direito e Sociedade, Direito e Política, etc.

A influência da Economia e da Política no sistema jurídico é cada vez mais marcante. O que se vê é um Direito Penal às voltas com a solução de problemas econômicos (ligados à maximização de riquezas do Estado e à eficiência econômica do Poder Político) e políticos (como o cumprimento de políticas públicas - responsabilidades típicas do Estado), confundindo ainda mais os seus limites já tão tênues.

No curto prazo, uma nova lei pode suprir as expectativas da sociedade. No

¹ *apud* VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistemico. O novo paradigma da ciência.** 3ª ed. Campinas: Papyrus, 2003, p. 11

médio prazo, porém, as frustrações vão se acumulando diante da ineficácia de tal lei e do Poder Judiciário em atender àquelas expectativas. Para suprir essas frustrações, recorre-se, então, a uma nova lei, instalando-se, assim, um círculo vicioso sem que o principal culpado, o Poder Político, assuma sua responsabilidade.

Assim, é inegável que a transição do modelo de Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social trouxe inevitáveis problemas, máxime porque no contexto de Estado de Bem-Estar Social, o Direito é profundamente prospectivo e sensível às conseqüências da sua aplicação.

CAVALCANTI, invocando ADAM SMITH, lembra que no modelo liberal clássico o Estado tinha três papéis determinados a cumprir: a) zelar pela segurança e policiamento, protegendo a sociedade da violência e invasão por outros Estados; b) cuidar da adequada administração da Justiça; c) realizar obras públicas e fornecer serviços públicos que não eram interessantes sob o ponto de vista econômico de particulares.² Isso evidencia que muitas atividades de interesse social eram assumidas pela própria sociedade, sendo até então tímida a intervenção estatal.

O advento do Estado de Bem-Estar Social transformou a visão procedimentalista do Direito em visão veementemente substancialista, promovendo o reconhecimento de inúmeras novas demandas juntamente com a legitimação do Direito para novos conflitos e com a flexibilização dos conceitos jurídicos. Disso resultaram a inevitável instabilidade interna do sistema jurídico e a insegurança dos destinatários das normas.

É certo que essa transição dos modelos estatais estruturados entre os séculos XVIII e XXI não se deu de forma linear e automática, ou seja, a transformação não se deu por estamentos, mas sim por cumulatividade de valores. Para melhor ilustrar a questão, é necessário apresentar um rascunho que, grosso modo, denote as principais transformações dos atores sociais, das estruturas normativas e das funções judiciais nos modelos de Estado Liberal, Social e do denominado 'pós-moderno' ou 'pós-social' (cf. ANEXO I).

Já no início do século XXI, acentuou-se o processo de inclusão de novas demandas, a legitimação do Direito para novos conflitos, a dinâmica e flexibilização dos conceitos, o Direito visto como instrumento para consecução de objetivos, gerando instabilidade interna e insegurança externa, conforme já mencionado no

² *apud* CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 111

capítulo anterior. O panorama já traçado, associado aos inerentes riscos da sociedade moderna, delinearam o conceito de “sociedade de risco” (*Weltrisikogesellschaft*).

LUHMANN salienta que *“todas estas reflexiones se pueden resumir en la fórmula final del riesgo. La sociedad moderna vive su futuro en la forma del riesgo de las decisiones”*.³

A própria transição do risco na mudança dos modelos de Estado é essencial para a compreensão do atual contexto. No Estado liberal, o risco assumia a forma de acidente, ou seja, “de um acontecimento exterior e imprevisto, de um acaso, golpe do destino, e é simultaneamente individual e repentino”⁴, embora perceptível pelos sentidos.

Na segunda fase, destaca ALFLEN DA SILVA, “surge a emergência da noção de prevenção, entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (...): cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança”. E arremata que atualmente, “na terceira fase da história do risco, fala-se do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que ‘frustra as nossas capacidades de prevenção e domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”.⁵

Essa transição se refletiu diretamente na sociedade: “enquanto na sociedade de classes o ideal é a igualdade, na sociedade do risco o ideal é a segurança, na medida em que nesta a ‘visão do medo’ marca a época”.⁶

O tema ‘sociedade de risco’ é, portanto, essencial para se compreender a metodologia empregada por NIKLAS LUHMANN.⁷ Na pós-modernidade, observa CAVALCANTI, “os riscos se acentuam devido, sobretudo, à incapacidade metodológica da Modernidade. A convincente relação causa e efeito desmanchou-se

3 LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: De la Unidad a la Diferencia**. Madri: Trotta, Trad. Jostexo Berian e José María García Blancop, 1998, p. 162

4 ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87-88

5 Id.

6 Ibid, p.92

7 NIKLAS LUHMANN é natural de Lüneburg, na baixa Saxônia, nascido em 08 de dezembro de 1927. Formou-se em na Universidade de Direito de Freiburg, onde ademais ocupou cargo na Administração Pública, assim como no Ministério da Cultura em Hannover. Em Harvard, em 1960, após ter contato com Habermas, segue o curso de Parsons, sociólogo de fama mundial, e, em consequência deste encontro, decide dedicar-se às ciências sociais. Em 1968 tornou-se professor de Sociologia na Universidade de Bielefeld. Autor de inúmeras obras e autor da moderna Teoria dos Sistemas autopoieticos, faleceu em 06 de novembro de 1998 (*apud* ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: José Maria Basch Editor, 1993, p. 11-14)

no ar e o que resta são apenas possibilidades. O desejo de segurança e de tranqüilidade, não mais suprido pela técnica cartesiana, abre espaço para o sentimento de insegurança e intranqüilidade, muitas vezes superior à própria realidade de insegurança e intranqüilidade sociais.”⁸

Em síntese, a causalidade e a segurança na tomada de decisões dão lugar à possibilidade, e até mesmo à necessidade, de se conviver com a insegurança. Assim, a diversidade e a interdependência das ações possíveis tornam a sociedade moderna muito complexa. Essa complexidade aliada à contingência são elementos cada vez mais presentes na sociedade dita ‘pós-industrial’ que desestruturam e dificultam os processos de tomada de decisão no sistema jurídico.

Assim, era inevitável que o Direito sofresse os impactos desses novos paradigmas e, em especial, o modelo clássico de Direito Penal. As novas demandas do Estado de Bem-Estar Social (direitos dos trabalhadores e das mulheres, proteção do meio ambiente, interesses das minorias, combate ao racismo e delitos do colarinho branco) seriam, irremediavelmente, novas demandas alçadas ao Direito Penal. E este quadro, conforme já assinalado, foi agravado pelos avanços tecnológicos e pela criminalidade organizada.

Diante deste panorama, lembra SÁNCHEZ,

somente uma firme persistência na necessidade de manter escrupulosamente as garantias político-criminais do Estado de Direito e as regras clássicas de imputação, também na luta contra a antipática ou inclusive odiosa macrocriminalidade, poderia evitar um dos elementos determinantes em maior medida de ‘expansão’ do Direito Penal. (...) Nisso influi, sem dúvida, a constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal (com seus princípios da taxatividade, imputação individual, presunção de inocência etc.) para combater fenômenos de macrocriminalidade.⁹

Seria, nesse diapasão, inevitável que as novas demandas e o combate à macrocriminalidade exigissem uma intervenção profilática que não esperasse a produção de lesões de direitos: “mediante responsabilidade coletiva, que renuncia a imputação individual; mediante inversão do ônus da prova e delitos de mera suspeita que desprezam a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*; mediante a dotação das instituições de persecução penal de competências análogas a dos

8 CAVALCANTI, op. cit., p. 151

9 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 68

serviços secretos, que somente podem ser controladas judicialmente de modo limitado”.¹⁰ Daí a desestruturação dos Códigos, o desenvolvimento de microsistemas jurídicos e a produção legislativa exarcebada.

Assim, é oportuno reiterar alguns dos questionamentos de CAVALCANTI:

O problema metodológico refere-se ao seguinte questionamento: podem-se estabelecer critérios objetivos para o legislador penal no momento do processo de criminalização? A problemática em questão demarca outras indagações: qual a relação entre a criminalização/descriminalização e o processo social, histórico e cultural de cada sociedade? Como se firma o processo de criminalização a partir dos primeiros passos da Modernidade? Como os desdobramentos contemporâneos do projeto inacabado da Modernidade, conhecido como Pós-Modernidade, interferem no processo de criminalização? Pois bem, delineada a passagem do Estado liberal ao Estado social, indaga-se: como essa transformação influiu para a exagerada corrida criminalizadora?¹¹

O Estado passou a ser visto como o próprio instrumento de mudança social, intervindo em todas as esferas consideradas essenciais à propulsão do bem comum. Em termos precisos, o Estado passou a ter a responsabilidade de criar empregos e não apenas distribuir riquezas, de gerenciar a economia e não apenas corrigir distorções, de fomentar a saúde, a educação, a cultura e a moradia. A mão invisível do mercado foi sendo substituída pela mão bem visível da providência do Estado. E como imaginar o Estado social sem a intervenção do Direito Penal?¹²

Ainda neste aspecto, SÁNCHEZ acha possível afirmar que o modelo público de Direito Penal se encontra no limite de sua eficácia preventivo-integradora. Segundo ele, para que a eficácia do Direito Penal seja preservada, é preciso que ele se mantenha público e formalizado, norteado por um conjunto de princípios gerais que impeça a sua aplicação arbitrária. Além disso, o Poder Judiciário deve guardar uma certa distância das tensões sociais.¹³

As respostas a tais dilemas de certa forma foram buscadas pela Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN, e a pretensão luhmanniana foi utilizada por GÜNTHER JAKOBS para justificar sua metodologia funcionalista e a finalidade preventivo-integradora da sanção penal: o Direito somente pode desempenhar a função garantidora de expectativas normativas.

10 Id.

11 CAVALCANTI, op. cit., prefácio

12 Ibid, p. 117

13 SÁNCHEZ, A **expansão...**, p. 72

2. TEORIA DOS SISTEMAS¹⁴

2.1. Apresentação

A sociologia jurídica surgiu na metade do século XIX e se confunde com o advento da própria sociologia. Inegavelmente, ela renovou o interesse científico no Direito, instituindo uma relação entre sociedade e Direito bem diversa daquela preservada pela antiga tradição europeia.

MAX WEBER, precursor da Teoria Social, já alertava para a impossibilidade de se fazer Teoria Social com a análise de indivíduos. Embora, para alguns, a Teoria dos Sistemas se encontre na mesma categoria 'inovadora' de outras teorias do Direito, será possível observar que ela partirá de pressupostos metodológicos diferentes para explicar o Direito e seus fundamentos.

Segundo a Teoria dos Sistemas é possível a adoção de ações individuais, contanto que seja de forma ideal, isto é, levando-se em conta a relação dos indivíduos entre si. Isso porque, tal concepção teórica está fundamentada no conceito de sociedade e, mais especificamente, no conceito de sociedade pós-moderna, que é marcada pela complexidade.

O ordenamento jurídico da atualidade é um edifício de estrutura complexa. Essa complexidade deve englobar, segundo LUHMANN, todas as possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido. No caso do Direito, essa relação de sentido significa não só considerar as ações legalmente permitidas, como também as legalmente proibidas, quando relacionadas ao Direito de modo direto.

A expansão da atividade legiferante, tanto do Legislativo quanto da Administração, em um ritmo de variação e de instabilidade, acaba por interferir também na qualidade da legislação. Fácil imaginar que essa multiplicidade de normas com qualidade variada passe a introduzir no sistema jurídico, além de incoerência, inconsistência e sobreposição normativa, uma série de questões que não se prestam facilmente à decisão jurídica.¹⁵

No dizer de CAMPILONGO, “o sistema político sobrecarrega o sistema jurídico e, com isso, aumentam a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da

¹⁴ A respeito da relação da teoria com o Direito Penal: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoria de Sistemas y Derecho Penal**. Madri: Editorial Comares, 2005

¹⁵ CAMPILONGO, **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91-92

lei. A diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações 'juridicizáveis' e os poderes do juiz. Numa palavra: 'politiza' a magistratura".¹⁶

Com essas premissas, a Teoria dos Sistemas - evidentemente pré-paradigmática – pretende, por exemplo, indicar os meios de se evitar a corrupção no sistema jurídico por meio de outro foco.

É certo que toda mudança de paradigmas constitui uma tarefa difícil e lenta, pois cambiar as premissas implica no colapso de toda uma estrutura de idéias. "Por isso, as mudanças de paradigmas só podem ocorrer por meio de vivências, de experiências, de evidências que nos coloquem frente a frente com os limites de nosso paradigma atual".¹⁷

O termo paradigma passou a ter uso corriqueiro a partir de 1962, com a obra "A estrutura das revoluções científicas" de THOMAS KUHN. Nessa obra, KUHN descreve uma experiência de percepção realizada por BRUNER e POSTMAN. Sobre o tema, manifesta-se VASCONCELLOS:

(...) Além de influir sobre nossas percepções, nossos paradigmas também influenciam nossas ações: fazem-nos acreditar que o jeito como fazemos as coisas é 'o certo' ou 'a única forma de fazer'. Assim costuma impedir-nos de aceitar idéias novas, tornando-nos pouco flexíveis e resistentes a mudanças.¹⁸

(...) A 'paralisia de paradigma' pode nos conduzir a não ver as oportunidades positivas que se encontram à nossa volta. Para reconhecê-las e usufruir delas, precisamos ser flexíveis e dispostos a visões diferentes daquelas a que estamos acostumados.¹⁹

MORIN, importante filósofo da ciência contemporânea, em seu livro "Introdução ao pensamento complexo" (1990), considera que os paradigmas são princípios 'supralógicos' de organização do pensamento, princípios ocultos que governam nossa visão de mundo, que controlam a lógica dos nossos discursos, que comandam nossa seleção de dados significativos e nossa recusa dos não significativos, sem que tenhamos consciência disso.²⁰

É exatamente esse o quadro da moderna dogmática penal: a transição do Direito Penal da 'sociedade industrial' para o Direito Penal da 'sociedade do risco' constitui o principal objeto das modernas teorias funcionalistas, ainda tidas como

16 Id.

17 VASCONCELOS, op. cit., p. 35

18 Ibid., p. 31

19 Ibid., p. 34

20 Id.

pré-paradigmáticas.

ALFLEN DA SILVA também reconhece a mudança, salientando:

O Direito Penal contemporâneo, tanto na teoria como na *práxis*, está passando da formalização e da vinculação aos princípios valorativos a uma tecnologia social, e paulatinamente vai se convertendo em um instrumento político de manobra social. Pode-se dizer que se trata de uma 'dialética da modernidade', (...) um Direito Penal inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco, em relação à qual se fala mais recentemente de uma *Risikostrafrecht* (Direito Penal do Risco).²¹

Para tal momento de transição, LUHMANN apresenta a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, cujas bases, conforme já dito, repousam no conceito de sociedade complexa.

Uma das principais mudanças foi a substituição do conceito sistema aberto/fechado pelo conceito de autopoiese. No caso do (sistema) Direito, LUHMANN diz que, sendo autopoiético, prevalece o código de referência lícito/ilícito como condição de sua autorreferência sistêmica. Isso quer dizer que a identidade operacional e a autonomia funcional do sistema jurídico, seus requisitos básicos são sustentados por aquele código binário, formando o que se pode chamar de núcleo ou cerne da autopoiese do Direito.²²

O próprio LUHMANN destacou o significado deste avanço metodológico:

El avance de teoría consiste en la afirmación de que para que el sistema construya su propia complejidad es necesaria la clausura de operación – frecuentemente esto se formula como condición para extraer 'orden del ruido'.

*La cerradura no deberá entenderse como aislamiento. Esta teoría no discute que existan relaciones causales entre el sistema y el entorno (aunque las afirma a su manera) y que las interdependencias causales sean necesarias estructuralmente para el sistema.*²³

Las comunicaciones jurídicas tienen, siempre, como operaciones del sistema del derecho una doble función: ser factores de producción y ser conservadores de las estructuras. Estas comunicaciones establecen condiciones de enlace para operaciones subsiguientes y con ello confirman o modifican, a la vez, las estructuras dadas. De esta manera los sistemas autopoiéticos son siempre sistemas históricos, que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado.

*No hay, con palabras, ninguna determinación estructural que provenga de fuera. Sólo el derecho puede decir lo que es derecho.*²⁴

21 ALFLEN DA SILVA, op. cit., p. 85

22 WINTER DE CARVALHO, Délton. **O Direito como um sistema social autopoiético: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do Direito**. Disponível em <<http://www.google.com/search?q=cache:xfiJbfJJS34J:www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf+D%C3%>>>, Acesso em: 03 mai 2005

23 LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade (Das Recht Der Gesellschaft)**. Barcelona, trad. provisória: Javier Torres Nafarrete, 2000, p. 28

24 Ibid, p. 33

Segundo esse mesmo autor, “*si la sociedad moderna puede ser descrita como un sistema social funcionalmente diferenciado, entonces nos encontramos ante una sociedad caracterizada tanto por la desigualdad como por la simetría en las relaciones entre sus sistemas parciales. Como consecuencias de ello, estos sistemas rechazan asumir como premisas de sus recíprocas relaciones todas aquellas que vinieran formuladas a nivel de la sociedad global*”,²⁵ e adverte que “*en su estadio moderno, por consiguiente, la sociedad no se puede seguir concibiendo como una ‘comunidad perfecta’, que proporciona a los seres humanos una autorrealización plena. La sociedad es, más bien, una muy diferenciada y abstracta red comunicativa, que proporciona poco más que unas muy laxas condiciones de compatibilidad social*”.²⁶

Nesse esteio, justamente porque complexidade e contingência são elementos cada vez mais característicos da sociedade pós-moderna, desestruturando e dificultando os processos de tomada de decisões no sistema jurídico, LUHMANN passou a buscar na Teoria Autopoiética, uma visão ampla e complexa do funcionamento do Direito. Apoiado na auto-observação do sistema jurídico, pretendeu alcançar as formas pelas quais o sistema oculta e neutraliza os ‘paradoxos da auto-referência’, dando continuidade à sua operacionalidade (fechada) e orientando sua funcionalidade específica de maneira cognitivamente aberta ao ambiente social.²⁷

No entanto, em se tratando de relações sociais, a escolha das possibilidades não depende somente de um indivíduo, mas também dos outros. Assim, o risco de frustrações aumenta e a estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua funcionalidade específica, reduzir a complexidade apresentada pela sociedade (ambiente do sistema do Direito) e caracterizar-se como uma generalização congruente de expectativas normativas.

Em suma, para LUHMANN o Direito “é um sistema especializado na generalização congruente de expectativas normativas”.²⁸

O sistema do Direito seria constituído, na concepção *luhmanniana*, com a função de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade, através da

25 LUHMANN, *Complejidad...*, p. 15

26 *Ibid*, p. 16

27 *Id*.

27 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. São Paulo: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, 1983, passim

generalização de expectativas normativas com vistas a manter o sistema estável.

LUHMANN entende, portanto, que o Direito não pode ter a pretensão de fazer uma reengenharia social, diante da interação constante com outros sistemas. Assim agindo, estaria trabalhando com códigos diversos de 'lícito/ilícito', perdendo o horizonte dos seus limites operativos e gerando inevitáveis frustrações.

Compreender a metodologia de NIKLAS LUHMANN supõe, entretanto, repisar que se trata de uma teoria pré-paradigmática com novas soluções para o estudo do Direito e da sociedade.

2.2. Metodologia

ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR lecionam que, como teórico da sociedade industrial avançada, "Luhmann considera que o ambiente é composto de subsistemas (humanos) cada vez mais diferenciados (fenômeno diverso daquele que ocorreria nas sociedades primitivas, tese originária de Durkheim), mas ao mesmo tempo mais necessitados de dependência. O progresso aumentaria a incompatibilidade e a dependência entre os seres humanos, exigindo uma permanente reelaboração do sistema para manter seu equilíbrio diante da crescente complexidade social".²⁹ E recordam esta complexidade, afirmando:

A complexidade que o ambiente opõe ao sistema é a multiplicidade de vivências dos humanos, que pluraliza expectativas díspares. Isso, porém, é complexo para o sistema, porque ele sente necessidade de harmonizá-las, a fim de estabilizar-se, de modo que será sempre o sistema aquele que determina o que é o complexo e o que dele deve ser selecionado e reduzido. Assim, o sistema vai selecionando seus próprios limites, bem como harmonizando as expectativas mediante uma simplificação daquelas selecionadas, com o estabelecimento de normas generalizantes e com crescente distribuição de papéis a serem desempenhados em relação às concretas expectativas dos humanos. Em síntese: toda a teoria se sustenta na necessidade de controle que se legitima por si mesma e age de acordo com um contínuo fortalecimento dos papéis. Surge aqui uma clara manifestação de organicismo extremo: as consciências – ou seja, as seleções individuais – devem subordinar-se aos papéis que as tornam funcionais para o sistema, assim como o equilíbrio.³⁰

TAVARES, neste mesmo sentido, salienta que a Teoria dos Sistemas

(...) é, no fundo, uma teoria estruturalista, pois busca fundar o método científico na

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 623-625

30 Id.

determinação das chamadas tipologias estruturais, que desempenhariam o papel de princípios unificadores da atividade especulativa. O elemento caracterizador dessa tipologia é representado pela noção de sistema, que simboliza a organização dentro de um processo de informação. A norma jurídica está situada dentro daquilo que se denominou círculo regulativo e funciona como uma operadora de informação do justo e do injusto, pela qual se devem orientar as decisões jurídicas.³¹

Essa mudança de paradigma, conforme se aventará, vem trazendo profundas alterações à Teoria do Delito, à concepção da finalidade da sanção penal e, por certo, será fundamental para a compreensão das premissas utilizadas por GÜNTHER JAKOBS para a formulação de seu “Direito Penal do Cidadão”, cuja exceção estará consubstanciada no ‘Direito Penal do Inimigo’.

Destarte, a concepção clássica do delito teve como fundamento o pensamento jurídico do positivismo científico; a concepção neoclássica do delito se baseava na teoria do conhecimento do neokantismo; o sistema finalista do delito fundamentou-se nas contribuições filosóficas de HANS WELZEL, e por fim, em época mais recente, os sistemas funcionalistas vêm se firmando em todo o mundo sob duas orientações: o funcionalismo estrutural de PARSONS (que no âmbito do Direito Penal identifica-se como um funcionalismo teleológico e denominado ‘moderado’) e o funcionalismo sistêmico de LUHMANN (que no âmbito do Direito Penal origina o funcionalismo estratégico e normativista, conhecido por ‘radical’).³²

A segunda orientação funcionalista, qualificada como ‘radical’ pela doutrina, tem como maior discípulo GÜNTHER JAKOBS que, por sua vez, baseou-se nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela Teoria dos Sistemas: trata-se do funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de NIKLAS LUHMANN.³³

O fundamento da análise sistêmica, leciona TAVARES, reside justamente no fato de que as ações se vêm regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondendo a diversas variáveis, das quais uma delas seria constituída pelas normas jurídicas. Conforme as variáveis existentes, sete enfoques sistêmicos diferenciados podem ser caracterizados: a) teoria geral dos sistemas; b) teoria cibernética dos sistemas; c) teoria do sistema político sob o aspecto do *input-output*; d) teoria da planificação e automação; e)

31 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 64

32 PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves Apontamentos sobre o Funcionalismo Penal**. Disponível em <<http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/penal/artigos/FUNCIONALISMO.PENAL.ROXIN.doc>>, Acesso em 24 jun.2005

33 Id.

teoria sistêmica de PARSONS ou estrutural-funcional; f) teoria de LUHMANN ou funcional estrutural; e g) teoria cibernética da regra jurídica.³⁴

Diferentemente da postura de PARSONS e da sociologia jurídica tradicional, que trabalha com métodos empíricos e os traslada ao Direito, entende LUHMANN que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social. Dessa forma, “na análise do Direito não entram em consideração as influências que sobre ele pode exercer a sociedade. O Direito é, assim, tomado desde logo como pré-constituído, ficando sem contestação ou sem formulação a questão de como ele se torna possível na sociedade. Essa conclusão é consequência da idéia de que a unidade de um sistema pode ser produzida e reproduzida tão somente através do próprio sistema e não através de fatores de seu ambiente”.³⁵

ALCOVER ao apresentar os aportes metodológicos de LUHMANN acentua:

La teoría de la sociedad luhmanniana se conoce con diversas denominaciones que proceden bien del marco teórico utilizado, bien de su enfoque metodológico. El propio Luhmann se refiere a ella tomando, indistintamente, el nombre de la teoría, el nombre del método o ambos conjuntamente.³⁶ La propuesta metodológica de Luhmann se centra en la redefinición del concepto de función y del análisis funcional. Propone Luhmann la elaboración de un concepto básico de función que permita superar la separación existente entre las ciencias matemáticas y las no matemáticas, es decir, intenta ofrecer un concepto riguroso que puede satisfacer a todos por igual. Este carácter de rigor cree hallarlo Luhmann en el que él denomina 'concepto lógico' de función.³⁷

2.2.1. Sistemas autopoieticos

LUHMANN interpreta a sociedade como um sistema, ou seja, ele a observa através da distinção entre sistema (interior) e meio (exterior). Sendo assim, cabe inicialmente recorrer aos instrumentos da Teoria Geral dos Sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas ocorridas nos anos 70 e 80 em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas. A teoria geral dos sistemas apresenta-se hoje como teoria de sistemas autopoieticos, auto-referenciais e operacionalmente fechados.

A extrema complexidade e contingência apresentadas pela sociedade pós-moderna exigiram um novo enfoque epistemológico com um caráter pragmático-

34 TAVARES, op. cit., p. 61-62

35 Ibid, p. 68-69

36 ALCOVER, op. cit., p. 35

37 Ibid, p. 48

sistêmico no sentido de suplantar as tradicionais matrizes epistemológicas do Direito. Para tanto, a Teoria Sistêmica de cunho autopoietico, possibilita a tomada de decisões por parte dos sistemas frente a ambientes amplamente complexos e contingentes.³⁸

Primeiramente, influenciado pela Teoria Estruturalista-Funcional de seu mestre TALCOTT PARSONS, NIKLAS LUHMANN traça todo um instrumental que caracteriza de forma bastante abrangente e complexa a estrutura que constitui o sistema do Direito. Esse instrumental teria a função de reduzir o grau de complexidade da sociedade através da generalização de expectativas normativas com vistas a manter o sistema estável.

CAMPILONGO destaca que, por trás dessa tentativa refinada de descrição do Direito como sistema, encontra-se uma crítica ao iluminismo racionalista:

O velho iluminismo estaria orientado por uma 'racionalidade da ação' assentada em pressupostos ontológicos, verdades, princípios e certezas. O novo iluminismo – o iluminismo sociológico de que fala LUHMANN – opta por uma 'racionalidade do sistema'. Princípios funcionais permitiriam compreender e reduzir a complexidade do mundo moderno. Passa-se de uma racionalidade do sujeito para uma racionalidade do sistema: a modernidade envolve múltiplas possibilidades de ação, escolha e eventos. São necessárias seleções que reduzam a totalidade dos comportamentos possíveis. Os sistemas diferenciados funcionalmente são produtos dessas seleções. Envolvem sempre uma 'redução de complexidade'.³⁹

A redução da complexidade dependeria da própria estrutura do sistema, ou daquilo que será denominado 'autopoiese'.

A partir dos anos oitenta, dois biólogos chilenos - HUMBERTO MATURANA e FRANCISCO VARELA -, revolucionam as Ciências Biológicas com sua Teoria Autopoietica⁴⁰ (*autopoiesis*, do grego *auto* - por si próprio e *poiesis* - criação).

Estes autores buscavam a resposta para um problema histórico da ciência e da filosofia: a vida. Através de pesquisas neurofisiológicas, os biólogos descobriram que todo sistema vivo apresenta no seu circuito interno uma interação fechada dos elementos que o constituem, o que possibilita a auto-organização e autoprodução

38 WINTER DE CARVALHO, op. cit.

39 CAMPILONGO, *Política...*, p. 20

40 Os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, em 'De Máquinas y Seres Vivos', de 1973, visando superar a tradicional antinomia entre os mecanicistas e os vitalistas, apontam uma terceira via de defesa de uma organização auto-referencial dos seres vivos, em que a respectiva ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e da auto-reprodução. A palavra autopoiesis vem do grego *auto* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção, poesia). O vocábulo sistema tem origem grega (*systema*) e significa reunião, conjunto, métodos, organização, totalidade. Pode-se definir sistema como um conjunto de dois ou mais elementos que satisfazem três condições: a) o comportamento de cada elemento afeta o comportamento do todo; b) o comportamento dos elementos e dos seus efeitos no todo são interdependentes; c) nenhum dos elementos tem um efeito autônomo.

desses elementos. Em adequada síntese de WINTER DE CARVALHO, tais circunstâncias acarretam uma autonomia do sistema, sem que haja inter-relações diretas com os demais sistemas.⁴¹

A partir de uma diferenciação (peculiar ao sistema), obtém-se a idéia de identidade/não identidade que estabelece os limites entre o sistema e o seu ambiente (o que está fora do sistema). Entretanto, o sistema interage com seu ambiente, mantendo um processo de acoplamento através de uma espécie de decodificação das irritações causadas pelo ambiente efetuada mediante a utilização de suas próprias interações internas, circularmente organizadas em resposta aos ruídos externos (*order from noise*) e operacionalmente fechados.⁴²

Este também é o paradoxo luhmanniano transportado para as ciências sociais: um método para redução da complexidade interna do sistema que, invariavelmente, aumentará a complexidade externa. Esse método não tem por objetivo alcançar um modelo ideal ou a perfeição, mas tão somente garantir as condições para a convivência racional com tal complexidade.

O que diferenciará o sistema jurídico será sua estrutura, ou o que LUHMANN denomina 'código operativo' – lícito/ilícito ou direito/não-direito. A identificação do código, como se verá, permitirá saber se uma informação transmitida por outro sistema, como o Político, é capaz de ser efetivamente processada pelo sistema jurídico e se essa percepção diminuirá as frustrações. Exemplificando: seria plausível alçar ao sistema do Direito Penal o fim de 'ressocialização das penas'? O Direito, com sua limitação estrutural (código lícito/ilícito), por si só, seria capaz de garantir a ressocialização de um criminoso ou isto seria tarefa de outro sistema como o Político (através da adoção de políticas públicas, penitenciárias etc.)?

Aí está, pois, uma importante virtude da Teoria que, delimitando os sistemas, aclara para o intérprete do Direito a função do sistema jurídico. De outra parte, limitam-se as frustrações, aclarando-se uma reivindicação racional, pois, os efetivos responsáveis passam a ser cobrados, evidenciando-se quais os sistemas estão aptos a processar determinadas demandas.

Entre as estruturas e as operações de cada sistema, segundo LUHMANN,

41 Id.

42 WINTER DE CARVALHO, op. cit.

subsiste uma relação circular, de tal modo que as estruturas só podem ser construídas e sofrer variações através dessas operações.

Como bem destaca TAVARES,

a teoria do sistema fechado de comunicações operativas é, assim, uma teoria abrangente da sociedade e se compreende também o sistema jurídico como um subsistema do sistema social, ficam excluídas as pretensões dominantes tanto pragmáticas quanto estruturais. O sistema se produz e se reproduz por ele mesmo. Tendo em vista esta circularidade do sistema, fica abstraída para a definição de seus elementos, qualquer relação de causalidade entre o sistema e o ambiente. Nisso assume particular importância o conceito de autopoiese, que justamente indica essa particularidade do sistema: um sistema operativamente fechado de normas se caracteriza pelo fato de que, para a produção de suas operações, se remete à rede de suas próprias operações e, nesse sentido, se reproduz. Considerando-se sua operatividade fechada, sua reprodução autopoietica e a autonomia do sistema jurídico, transparece a questão acerca de que comunicações trata esse sistema e onde se situam seus limites.⁴³

Portanto, será justamente a diferenciação funcional decorrente da delimitação do sistema jurídico (autopoiese) que, segundo LUHMANN, possibilitará à sociedade moderna e complexa escolhas racionais que diminuam suas frustrações.

2.2.2. Diferenciação funcional

Todas as questões ventiladas no capítulo anterior por certo refletem a complexidade da sociedade moderna. Para LUHMANN, a questão é tratada em termos comunicativos, ou seja, a complexidade determina a contínua existência de mais possibilidades do que o seu potencial de realização. Já a contingência, é o “perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos”.⁴⁴ Para a assimilação da complexidade e contingência em que estamos inseridos na modernidade, desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência com o objetivo de absorver e controlar ambas. Criam-se, assim, certas premissas da experimentação e do comportamento para possibilitar uma qualidade no processo seletivo. Como consequência, há uma estabilização relativa frente aos desapontamentos das expectativas.⁴⁵

Foram justamente esses aspectos que nortearam o funcionalismo de GÜNTHER JAKOBS.

43 TAVARES, op. cit., p. 69-71

44 LUHMANN, *Complejidad...*, p. 46

45 WINTER DE CARVALHO, op. cit.

Mas, pergunta-se: como deve se efetivar, segundo LUHMANN, a necessária diferenciação funcional no sistema jurídico para garantir a estabilização de expectativas normativas? Quais serão as conseqüências da inexistência de uma diferenciação funcional que atribui funções incabíveis ao Direito Penal como vem ocorrendo?

Historicamente, quatro formas de diferenciação são demonstráveis: a) diferenciação segmentária b) diferenciação através da diferença centro/periferia c) diferenciação estratificada; e d) diferenciação funcional, que começa a se formar no século XVI e se consolidou no século XX.

Diferenciação funcional significa que a sociedade se divide em subsistemas que assumem uma função específica na reprodução da sociedade e do seu meio. A diferenciação funcional corresponde, portanto, a um princípio geral da Teoria dos Sistemas segundo o qual o sistema reage internamente a um ambiente mais complexo através de um aumento da diferenciação funcional e admissão do conflito no sistema.

Em síntese, são estes os elementos identificadores da diferenciação funcional no caso do sistema jurídico: código binário lícito/ilícito; fechamento operativo do sistema (autopoiese) e abertura do sistema para aprendizado com o ambiente (evolução); distinção entre sistema e meio ambiente (através da análise do código e estrutura interna do sistema); e observação do ambiente a partir de suas seleções internas.

CAMPILONGO, sob tais premissas metodológicas, salienta que o Direito não extrai sua validade de um imaginário contrato social, de um idílico consenso comunicativo ou de uma suposta razão natural e,

como sistema auto-referencial – organizado com base num código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) – o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu funcionamento. O direito positivo não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seu código, programas e função.⁴⁶

E continua:

(...) Para LUHMANN, desconhecer este dado e introduzir elementos teleológicos, cálculos sobre as conseqüências, discricionariedade judicial, etc. significa bloquear

46 CAMPILONGO, *Política...*, p. 22

a função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizar a redução da complexidade alcançada com a divisão de tarefas entre o legislador e o aplicador das normas e questionar a autonomia do sistema face aos demais sistemas, como o político, o econômico, etc.⁴⁷

3. FUNÇÃO DO DIREITO

LUHMANN, a partir das premissas já indicadas, apresenta uma refinada função que o Direito é capaz de cumprir, embora para muitos idealistas seja uma função demasiadamente tímida.

TAVARES, salientando a pretensão luhmanniana, ressalta que

com base no sentido da comunicação, pode-se dizer que a função do direito está associada a um problema temporal, que é sempre levado em conta quando a comunicação não se basta a si mesma, mas consoante a extensão temporal de seu sentido, está orientada e se expressa por expectativas. Neste particular, tratando-se da possibilidade de comunicar acerca de expectativas e de tornar essa comunicação reconhecida, o importante não é orientar-se apenas pelo indivíduo, senão pela sociedade. Assim, por expectativas, se passa a entender não estado de consciência atual do indivíduo, senão um aspecto temporal do sentido da comunicação. Por isso mesmo, no sistema jurídico o que está em jogo é a comunicação sobre todas as formas de condutas englobadas e reguladas pelo direito e não a valoração da comunicação como tal.

A relação temporal do direito, que se reflete na função da norma jurídica, depende, porém, do período de vigência dessas normas e de sua historicidade. Como a norma jurídica tem como seu objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulação num futuro ainda desconhecido e incerto.⁴⁸

A função da norma jurídica, desse modo, está orientada para a redução das complexidades das relações vitais da sociedade mediante uma formulação abstrata e indeterminada que corresponde ao panorama simbolizante da sociedade pós-moderna.⁴⁹

CAVALCANTI, de outra parte, confirma que o Direito, segundo LUHMANN, é concebido funcional e seletivamente, ou seja,

não através da constância de uma dada qualidade original do 'dever ser', nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo a 'sanção estatal'. (...) O direito não é propriamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra-fática.⁵⁰

47 Id.

48 TAVARES, op. cit., p. 71-73

49 Id.

50 CAVALCANTI, op.cit., p. 229-230

O próprio LUHMANN visando facilitar a compreensão da finalidade que destaca ao Direito, assevera:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que não orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. (...) Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração.⁵¹

Em síntese, segundo LUHMANN, *o direito promove a generalização congruente de expectativas normativas*. ‘Generalização’ equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais, ocorre a ‘generalização’. Já ‘congruente’ significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização). ‘Expectativas normativas’, arremata CAMPILONGO, “são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de LUHMANN, não estão dispostas à aprendizagem”.⁵²

Para LUHMANN, portanto, o Direito aspira somente assegurar as expectativas. Em um mundo, que em princípio é incontrolável, têm-se ao menos duas certezas: as expectativas em relação ao Direito e as posturas que podem contar com consenso social. De uma parte, assevera LUHMANN, assegura-se algo que se pode esperar, indicando com seus elementos que não se deve aceitar um comportamento que provoca desilusão, mantendo, entretanto, a própria expectativa também contra o fato: de modo contrafactual. De outra parte, a norma autoriza a

51 LUHMANN, *Sociologia...*, p. 109-110

52 CAMPILONGO, *Política...*, p. 19

reagir com o interesse de se adequar uma realidade ao Direito - seja para prevenir um desvio, seja para reparar os efeitos de um dano.

Neste sentido, vale registrar sua própria ilustração:

Na medida em que o sentido da norma não sustenta mais a unidade da segurança das expectativas e do guia de comportamento, a sociedade reage com a diferenciação e a especificação da função. A pretensão do jurista concernente à função de engenharia social se demonstra como colocada apressadamente. A questão não é se o direito pode assumir a função de programação social e de guia de comportamento, mas como o direito pode se adequar ao fato de que estas funções devem ser desenvolvidas em medida crescente 'em outro âmbito da sociedade'.

(...) Quando o legislador se propõe a proteger um bosque, edita uma lei. Porém, se não se verificar os efeitos (direito, ou sociais) previstos, mas justamente os não previstos, quando a função de guia de comportamento não se realiza, esta situação é tomada como um efeito factual externo ao direito. Com isto o direito não se torna não direito ou injusto, e disto não decorre a invalidade da norma. Se confirma, na realidade, a função da normatividade: estabilizar em caso de desilusão e imunizar quanto as conseqüências (segurança de expectativas).⁵³

Sabendo, no entanto, que em se tratando de relações sociais, não temos uma contingência simples, mas sim uma dupla contingência (expectativas sobre expectativas), isto é, a seletividade das possibilidades não se baseia apenas na pessoa que faz a escolha, mas nas possibilidades que o mundo coloca à sua disposição, aumentando, assim, o risco de frustrações. A estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua funcionalidade específica de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade, caracterizar-se como uma generalização congruente de expectativas normativas.⁵⁴

Tais premissas metodológicas são evidentemente difíceis para qualquer estudioso da obra de NIKLAS LUHMANN, quanto mais para alguém que faça uma primeira leitura de forma desavisada. Tanto o conhecimento superficial da Teoria, quanto as radicais mudanças de paradigmas por ela sugeridas, geraram inevitáveis críticas.

4. CRÍTICAS À TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

O grande problema da teoria de LUHMANN, segundo seus críticos, é a sua despreocupação com os aspectos materiais dos conflitos de interesses que ocorrem

53 LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 81-101

54 LUHMANN, *O Direito...*, p. 102

no meio social e o seu desprezo pelas desigualdades materiais existentes entre os membros da coletividade. Além disso, segundo os críticos, LUHMANN partiria da premissa tida como equivocada de que os indivíduos aceitarão as decisões do aparelho estatal somente porque tiveram acesso ao procedimento.

Contanto, é justamente a visão externa do sistema operacionalmente fechado que permite à Teoria dos Sistemas definir os limites operativos do sistema jurídico e as distorções decorrentes do desrespeito a essa diferenciação funcional entre os sistemas. ALCOVER, refutando as referidas críticas, registra que

*el hombre de esta sociedad que trata los valores formal oportunista y no integrada no es, para Luhmann, un hombre alienado ni estandarizado como 'hombre-masa'. La sociedad moderna da al hombre mayor relevancia social y protección de la nunca alcanzada por otras sociedades. La indiferencia ante la persona que caracteriza a la mayoría de nuestras comunicaciones rutinarias de la vida diaria y la falta de tiempo que impide conocer las vidas de las innumerables personas con las que nos encontramos cada día no han de verse como impedimentos, sino que permiten romper las cadenas de la dependencia personal, crear un ámbito de libertad propia y potenciar la individualidad.*⁵⁵

De outro lado, aponta ZAFFARONI que as construções teóricas do Direito e, especificamente do Direito Penal na forma de sistemas fechados, “adiantam o que os científicos vislumbram como risco de a inteligência artificial na robótica do futuro e que chamam *rizos de retroalimentación que enloquecen el sistema*. Na mão do juiz, seria um robô de fabricar sentenças”.⁵⁶

CONDE, por sua vez, ressalta que a teoria sistêmica representa uma descrição asséptica e tecnocrática do modo de funcionamento do sistema, e não uma valoração ou uma crítica a esse sistema. Segundo ele,

a teoria sistêmica conduz para uma concepção preventiva integradora do direito penal em que o centro da gravidade da norma jurídico-penal em que passa da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema. (...) Quando desde a teoria sistêmica se fala em 'funcionalidade' da norma jurídico-penal, nada se diz sobre a forma específica de seu funcionamento nem sobre o sistema social para o qual a norma é funcional. Desde esta perspectiva, o conceito de função é demasiadamente neutro é realmente não serve para compreender a essência do fenômeno jurídico punitivo.

(...) Em última instância, a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de 'funcionalidade do sistema social' perdendo a ciência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo.⁵⁷

55 ALCOVER, op. cit., p. 339

56 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey. Coleção *JUS AETERNUN*, Coord. José Henrique Pierangeli, 2000, v. 1, p. 30

57 CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005, p. 13-15

Contudo, é preciso concordar com CAMPILONGO, segundo o qual este não é o único, mas um dos modos de enxergar a sociedade. Essa visão, inegavelmente, pode ser útil ao intérprete e aplicador do Direito, máxime pelas distorções que a hipertrofia legiferante tem causado ao Direito Penal, tanto sob a ótica rigorista, quanto laxista: “Como afirma o próprio Luhmann em diferentes trabalhos, a teoria dos sistemas talvez tenha a capacidade de observar coisas que outras teorias não vêem. A recíproca é verdadeira. (...) Não há, portanto, nenhuma pretensão hegemônica na opção aqui realizada ou, ainda menos, de desqualificação de outras propostas”.⁵⁸

5. CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS: A CORRUPÇÃO DOS CÓDIGOS E AS FRUSTRAÇÕES

A inicial dificuldade em compreender a metodologia luhmanniana é, por certo, compensada por uma de suas inegáveis virtudes. Ainda que pareça temerário endossar todas as idéias da Teoria dos Sistemas, sobretudo para a dogmática penal, parece evidente que a delimitação do subsistema do Direito Penal, ou seja, a fixação cristalina de seus limites operativos serve de importante fundamento para demonstrar a forma pela qual vêm lhe sendo alçadas demandas que não está apto a processar. Trata-se daquilo que na concepção luhmanniana denomina-se ‘corrupção dos códigos operativos’.

Neste diapasão, parafraseando WINTER DE CARVALHO, a teoria autopoietica, como forma de pesquisa teórica, é aquela que, indubitavelmente, tem despertado maior interesse e provocado maior repercussão interdisciplinar. Longe de atingir uma unanimidade, essa teoria tem despertado importantes reflexões críticas quando aplicada às Ciências Sociais, demonstrando como os sistemas se comportam internamente e na relação com o seu meio envolvente. “A Pós-Modernidade” - adverte o autor - “apresenta-se a nós com uma velocidade avassaladora, a qual desestabiliza a função intervencionista Estatal, visto que este demonstra uma grande dificuldade na agilidade e na transposição dos paradoxos apresentados e decorrentes da auto-referência do Direito, obstaculizando a tomada

58 CAMPILONGO, *Política...*, p. 17

de decisões”.⁵⁹

Dessa forma, a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos fornece um instrumental de valor mediante a observação da práxis jurídica para que o sistema mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específicas ante uma sociedade extremamente complexa e contingente como é a sociedade dita ‘pós-moderna’. A racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico inserido em um ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e de informações (complexidade), que aumenta desmesuradamente os riscos de desapontamento (contingência).⁶⁰

Nesse esteio, a Teoria dos Sistemas fornece um suporte que caracteriza de forma bastante abrangente e complexa a estrutura que sustenta o sistema do Direito, cuja função é reduzir a complexidade da sociedade através da generalização de expectativas normativas com vistas a manter a estabilidade do sistema. Qualquer pretensão além dessa extrapola a função do sistema jurídico.

Assim, na medida em que o sentido da norma não sustenta mais a unidade da segurança das expectativas e de guia de comportamentos, a sociedade reage com a diferenciação e com a especificação da função.

O que a Doutrina, de maneira geral, critica como hipertrofia legislativa, a ótica da Teoria dos Sistemas rebate com outro ponto de vista. A irracionalidade do legislador não é vista como um mero desrespeito aos Princípios Constitucionais muitas vezes implícitos (intervenção mínima etc.) e de difícil balanceamento (Proporcionalidade) diante do aumento da criminalidade de massa e da criminalidade organizada, bem como diante das novas demandas alçadas pela modernidade à seara penal.

A Teoria dos Sistemas pretende introduzir outro viés.

Partindo da premissa da diferenciação funcional, isto é, tornando as estruturas transparentes e definindo os limites operativos do sistema jurídico, ela pretende evidenciar as demandas que o Direito não consegue processar, deixando transparecer do outro lado o modo como se dá a ‘corrupção dos códigos’, que invariavelmente gera frustrações.

CAMPILONGO acentua as virtudes do pensamento sistêmico luhmanniano,

⁵⁹ WINTER DE CARVALHO, op.cit.

⁶⁰ Id.

máxime no atual contexto de mundo globalizado, ressaltando que:

Sem a estabilização de instituições políticas e legais (que continuam sendo importantes para as relações internacionais), o peso dos controles tecnológicos, informacionais e financeiros tende a esvaziar e confundir as distinções funcionais entre os sistemas políticos, jurídico e econômico. Os limites duramente fixados pelo constitucionalismo e pelos direitos fundamentais no plano interno não gozam da mesma operacionalidade, eficácia e 'vontade geral' nas relações internacionais. Ficam expostos a perigos também no plano nacional. Assim, partindo-se das premissas constatadas em nossa sociedade atual, máxime o alto grau de indeterminação da comunicação, o Direito não pode almejar eliminar tal perplexidade, mas tão somente estabilizar as expectativas. Assim, a norma jurídica, ainda que tenha certa previsibilidade, somente tem o condão de viabilizar escolhas, diminuir incertezas e riscos, satisfazendo as expectativas ao longo do tempo. Jamais, como pretende a teoria econômica, pode ter a função de orientar comportamentos.⁶¹

Enfim, para LUHMANN quando o Direito é usado como instrumento de guia de comportamento, ele age como um mágico e as frustrações daí advindas serão superiores às expectativas.

A inobservância dos limites do sistema irremediavelmente gera uma busca pela solução simplista do aumento de penas ou pelos recursos ao Direito Penal como forma de solucionar problemas que, a rigor, fogem de sua alçada.

De outra parte, a interferência indevida de outro sistema pode gerar frustrações incompatíveis com o sistema jurídico. A Política não pode ter a pretensão de invadir o sistema jurídico, da forma como faz muitas vezes a irracional Política Criminal brasileira que, em vez de se preocupar com a construção de presídios, investimento em educação e criação de programas sociais, invade a seara do Direito. Ora protagoniza decisões judiciais alheias ao código lícito/ilícito, ora fomenta legislações que afastam as penas privativas de liberdade, gerando a sensação de insegurança que alimenta um círculo vicioso. Para responder ao clamor de uma sociedade que não se conforma com a ineficiência do Direito Penal e da Justiça Criminal, vão-se criando legislações irracionais que, a curto prazo, desencadearão novas frustrações.

De outra parte, ZAFFARONI destaca a inegável e crescente impotência do sistema Político para resolver problemas sociais derivados da exclusão e da degradação dos serviços sociais, que incluem até mesmo a segurança pública:

La eclosión comunicacional produce un perfil de político por completo nervoso. Se trata de personas que hablan como si tuviessen poder, lanza sus escuetos slogans

61 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. Apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi, São Paulo: Max Limonad, 2000, p.127

*ante las câmaras, disimulan como pueden su impotência y prometen lo que saben que no tienen poder para hacer. (...) Las capacidades actoraes se agotan, crece la desconfianza de la opinión públicas hacia estos perfiles y toda la actividad política se desacredita (...), se transforma em pura comunicación sin contenido (...) La política criminal del Estado espectáculo no puede ser outra cosa que un espectáculo.*⁶²

No mesmo sentido, sentencia CAMPILONGO, “grande parte dos problemas de ‘judicialização da política’ e de ‘politização do direito’ decorre da falta de percepção dessa diferenciação funcional, sem a qual, por exemplo, o sistema político sobrecarrega o sistema jurídico e, com isso, aumenta a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da lei.”⁶³

A evidente tendência do processo de diferenciação funcional do Direito, que se processa simultaneamente às mudanças no quadro legislativo, político e econômico, é a crescente orientação da dogmática jurídica e da atividade judicial para as conseqüências das decisões. Contudo, um sistema jurídico voltado para o futuro, um Direito de ‘conseqüência’ pressupõe sua ampla abertura ao ambiente e uma suposta coerência nas relações inter-sistêmicas, “ensejando, pois, a desfiguração do próprio sistema jurídico que não mais reconhece seus limites internos nem as condições auto-referenciais dos demais sistemas”.⁶⁴

Esse quadro - repita-se - passa a exigir recursos cognitivos excessivos e inatingíveis, como ocorre no atual tema da ‘Teoria das Penas’. O Direito Penal que, por si só, não basta para diminuir a criminalidade (futuro incerto) e que, por si só, não consegue reeducar os condenados (futuro incerto, agravado pela contingência e complexidade sociais), acaba gerando frustrações que ativam a produção de legislações esdrúxulas ou formatam Magistrados ‘políticos’, ‘economistas’ e ‘sociólogos’.

E como, então, fugir da pretensão de buscar no Direito um guia de comportamentos?

A questão, segundo LUHMANN, não é se o Direito pode assumir a função de guia de comportamentos, mas como ele pode se adequar ao fato de que estas novas demandas e funções a ele alçadas devem ser desenvolvidas em medida crescente em outro sistema ou âmbito da sociedade.⁶⁵

62 ZAFFARONI, *La Globalización...*, p. 24

63 CAMPILONGO, *Política...*, p. 89

64 Id.

65 LUHMANN, *La Differenziazione...*, p. 81-101

CAMPILONGO sintetiza a função restrita apresentada por LUHMANN, aduzindo que “sua tarefa é a de garantir e manter expectativas quanto aos interesses tutelados pelo direito e oferecer respostas, claras e justificadas, no caso de conflito. Daí a definição luhmanniana de direito como ‘generalização congruente de expectativas normativas’. Com base em expectativas normativas estabilizadas, os programas do sistema jurídico implementam o valor do código do direito (lítico/ilícito)”.⁶⁶

É este o ponto de apoio em que se baseou JAKOBS para reescrever a sua ‘Teoria do Delito’ que, como se verá, está intimamente ligada à finalidade preventivo-integradora da sanção penal. Segundo ele próprio, “... o Direito da atualidade não garante tanto conteúdos fixos, mas, ao contrário, condições de funcionamento de uma sociedade pluralista.”⁶⁷

66 CAMPILONGO, *Política...*, p. 78-79

67 JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1., Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 27

* ANEXO I ⁽⁶⁸⁾

ATORES SOCIAIS

TIPOS DE ESTADO	TEORIA SOCIAL (ênfase)	TEORIA POLÍTICA (ênfase)	TEORIA ECONÔMICA (ênfase)	IDEAIS (Pontos de vista)
LIBERAL (séc. XIX)	(Proprietário) Valoriza o Indivíduo (sujeito de direito)	PARTIDO POLÍTICO	Mercado (dimensão privatista)	LIBERDADE Manutenção da Ordem (retrospectiva)
SOCIAL (séc. XX)	CLASSE SOCIAL (também preocupado com lucros)	SINDICATOS	ESTADO INTERVENCIONISTA (dimensão publicista)	IGUALDADE Modificação da Ordem (prospecção)
PÓS-SOCIAL (contemporâneo)	ORGANIZAÇÕES (novas agregações de interesses)	NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS	3º SETOR (entre o público e o privado)	SOLIDARIEDADE; SEGURANÇA

ESTRUTURAS NORMATIVAS

TIPOS DE ESTADO	TEORIA DO DIREITO	RACIONALIDADE JURÍDICA	SISTEMA JURÍDICO	DIREITO POSITIVO	HERMENÊUTICA
LIBERAL (séc. XIX)	Teoria da Norma Jurídica	FORMAL (meios)	Normativos hierarquizados de maneira formal	REGRAS	DE BLOQUEIO e limitação do Estado
SOCIAL (séc. XX)	Teoria do Ordenamento Jurídico (complexo)	MATERIAL (efeitos/fins)	Hierarquia funcional (ex: Lei Complementar - Ordinária)	PRINCÍPIOS	LEGITIMAÇÃO dos objetos do Estado
PÓS-SOCIAL (contemporâneo)	Teoria do Pluralismo dos Ordenamentos Jurídicos	REFLEXIVA; AUTOPOIÉTICA; ou RESPONSIVA	Sistemas normativos organizados de uma forma circular/rede	AUTOPOIÉTICOS	RESPONSIVA responder aos problemas particulares

FUNÇÕES JUDICIAIS

TIPOS DE ESTADO	OBJETIVO (Judiciário)	LITIGIOSIDADE	IDEOLOGIA (JUDICIAL)	PRIMADO (ênfase)	INTERPRETAÇÃO
LIBERAL (séc. XIX)	Adjudicação ou julgamento	Inter- individual	Fidelidade à Lei (juiz "boca da lei")	DIREITO PRIVADO	BLOQUEIO (de contenção do Estado)
SOCIAL (séc. XX)	Conciliação	Coletiva	Direito como instrumento de realização Política	DIREITO PÚBLICO	LEGITIMAÇÃO de objetivos políticos
PÓS-SOCIAL (contemporâneo)	Administração de Conflitos	Interesses Difusos	Desformalização e deslegitimação do Direito (delegação a outros órgãos)	AUTO- REGULAÇÃO (fragmentado e peculiar)	REFLEXIVA (ou responsiva)

(67) CAMPILONGO, Celso Fernandes. São Paulo: Aula Proferida no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2º sem. 2003

CAP. III – O FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: O ‘DIREITO PENAL DO CIDADÃO’

“... Sem juízos apriorísticos, sem manietamentos da inteligência a messiânicas e dogmáticas correntes filosóficas/penais. (...) e a história que está por vir não admite mais proprietários da verdade nem profetas do apocalipse, senão aglutinadores das inteligências, os verdadeiros democratas do espírito humano”. (Edilson Mougenot Bonfim)¹

1. ESCOLAS PENAIS

Compreender, sem juízos precipitados, as mudanças que vêm se anunciando na dogmática penal, pressupõe analisar brevemente as escolas penais e as teorias do delito. Como observa com justeza MEZGER, não é possível compreender ramo algum do Direito em sua situação atual sem conhecer o seu desenvolvimento histórico.³

BARROS dá o nome de ‘escolas penais’ ao pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal. Segundo o autor, é um equívoco considerar exclusivamente metafísica ou filosófica a discussão dos problemas do fundamento jurídico do direito de punir e dos fins da pena, uma vez que a matéria apresenta inquestionável interesse prático, influencia a configuração da pena nas legislações e direciona os sistemas penais.⁴

MARQUES, por sua vez, salienta que a possibilidade de discussão das ‘escolas penais’ tem sido objetivo de inúmeros estudos e que a preocupação de se encerrar a dialética também provocou a formação de correntes unitárias ou a adoção de postulados que, restringindo o âmbito da ciência jurídico-penal, afastassem as controvérsias metajurídicas.⁵

Certo é, contudo, que a discussão além de não ter se esgotado, ainda apresenta novos ingredientes que serão analisados a seguir: o funcionalismo penal e a teoria da prevenção geral positiva.

1 BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey, 1997, p. 92-93
3 *apud* BRUNO, **Direito Penal...**, v. 1, Tomo I, p. 53

4 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal - Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 08

5 MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1997, v. 1, p. 103-104

Analisando-se os períodos da evolução histórica do Direito Penal e, superado o período da vingança (tempos primitivos até o século XVIII), percebe-se, para fins didáticos, que as escolas que marcaram os períodos Humanitário (“o homem deve conhecer a Justiça”) e Científico ou Criminológico (“o Direito deve conhecer o homem”) retratam as profundas transformações e influências sofridas pela dogmática penal, seja no tocante à teoria do delito, seja nas concepções acerca das finalidades da pena.

O MARQUÊS DE BECCARIA, símbolo do movimento humanitário iniciado no século XVIII, combateu as penas cruéis, a tortura, o arbítrio judicial, o absurdo de certas incriminações e a desigualdade das penas determinada pela classe social do delinqüente. Baseando-se nos princípios do contrato social, do direito natural e do utilitarismo, BECCARIA inspirou-se na filosofia estrangeira, sobretudo em MONTESQUIEU, HUME e ROUSSEAU. Como alguns dos pensadores franceses da época, BECCARIA foi contratualista, igualitário, liberal, individualista, usou e abusou da dedução, sem procurar o contato com a realidade, o que muitas vezes o distanciara dos fatos e o levava a questionados exageros.⁶

Independentemente dos possíveis excessos, escrito em Milão no ano de 1764, o ‘grande pequeno livro’⁷, como acentua GARCIA, foi “o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito penal, que se encontrava em profundo atraso, assinalando-se pela crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas”.⁸

Desde então, a designação original – ‘Escola Jurídica Italiana’, foi substituída pela denominação ‘clássica’, como se tornou conhecida na Europa e no resto do mundo. FERRI, o criminalista de maior expressão da Escola Positiva, foi quem cunhou esse título – “Escola Clássica Criminal” - para a grande corrente científica que se propagou na Alemanha, França e em outros países.⁹

ASÚA assim condensa os postulados mais importantes dos clássicos:

- a) método essencialmente especulativo;
- b) imputabilidade baseada no livre-arbítrio e culpabilidade moral;
- c) delito como ente jurídico, segundo a fórmula de CARRARA;

6 FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 1999, p. 08

7 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Clarets, 2001

8 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I, p. 43-44

9 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 151

- d) pena como um mal e como meio de tutela jurídica (caráter retributivo)¹⁰;
- e) princípio da legalidade dos delitos e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*);
- f) definição detalhada e taxativa das circunstâncias modificativas do crime, notadamente as agravantes;
- g) mais atenção ao crime do que à pessoa do agente – “o juiz, conhecendo a maldade do fato, não pode considerar a maldade do homem”.¹¹

GARCIA, analisando tais características, salienta que “para se apreenderem os dados essenciais acerca da escola Clássica, é útil analisar a definição do delito que CARRARA propôs e que centraliza os postulados capitais dessa escola: ‘Delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso’.”¹²

Além de CARRARA, o movimento teve como precursores ROMAGNOSI (*Genesi del Diritto penale*) e ROSSI (*Tratato di Diritto Penale*), cuja orientação político-social fundamental, como observa DOTTI, constituiu “uma reação contra os excessos de uma justiça penal medieval e arbitrária, consubstanciadas na pesquisa e estabelecimento dos fundamentos e os limites do poder de punir do Estado; na reação contra as penas cruéis e infamantes, propugnando pela abolição da pena de morte e outras penas corporais; na reivindicação de um sistema de garantias para o acusado durante o processo e na fase de execução.”¹³

Já o período científico (criminológico) deu lugar à escola ‘Positiva’ fundada por LOMBROSO, GAROFALO e FERRI.¹⁴ Aproxima-os o método, os grandes princípios diretivos, mas cada um conserva a sua individualidade e, embora sem exclusivismo, escolhe campos de trabalho diversos. LOMBROSO é principalmente antropólogo, FERRI, sociólogo e GAROFALO, jurista; o primeiro estuda, de preferência, o homem delinqüente; o segundo, o crime como fato social; e o terceiro,

10 ASÚA, Jiménez de. *Las escuelas penales*, in *El criminalista*, vol. IV, p. 100 (*apud* MARQUES, *Tratado...*, v. 1, p. 105; BRUNO, *Direito Penal...*, Tomo I, p. 90-91)

11 BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*. Rio de Janeiro: Record, 1961, v. 1, p. 41

12 GARCIA, op. cit, p. 86

13 DOTTI, *Curso...*, p. 153

14 Entre os penalistas brasileiros do período em questão destacam-se: Raimundo Nina Rodrigues (1862 – 1906), Augusto Olympio Viveiros de Castro (1867 – 1927), Esmeraldino Olimpio Torres Bandeira (1865 – 1928), Candido Nazianzeno Nogueira da Motta (1870 – 1942), Antônio Moniz Sodré de Aragão (1881- 1941), João Vieira de Araujo (1844 - 1900), Astolfo Rezende (1870-1945) e ainda, Pedro Lessa, 1859-1929 (*apud* TÓRTIMA, Pedro. *Crime e Castigo para Além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. 28-29)

as aplicações da nova doutrina ao Direito.¹⁵

Para fins didáticos, os princípios fundamentais do positivismo criminológico são:

a) fazer o Direito Penal partir da consideração do homem criminoso, na sua realidade biológica e social (o criminoso, biológica ou psiquicamente, é um anormal);

b) tomar o crime como realidade fenomênica, fato do homem em sociedade, episódio de comportamento condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais, e basear sua concepção jurídica no aspecto biológico e sociológico, uma vez que o crime constitui sempre uma infração ao Direito;

c) basear a responsabilidade penal na responsabilidade social (FERRI), ou, conforme a mais recente orientação, na perigosidade criminal do agente. Esse critério não só se justifica, mas especializa a sanção oposta ao crime (a vontade do homem é determinada por influências de ordem física, psíquica e social, eliminando-se, assim, o livre-arbítrio);

d) fazer da sanção anticriminal, não castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência de retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajustes invencíveis.¹⁶

No campo político-social, a Escola Positiva afirmou a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado, pois, segundo FERRI, “se a Idade Média tinha visto somente o delinqüente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinqüente, não desconhecendo no delinqüente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinqüente”.¹⁷

A Escola Positiva, enfim, caracterizou-se pela ampliação do método indutivo de observação e de experiência das ciências físicas e naturais. Na medida em que a História, a Filosofia e a Economia deixaram de constituir as fontes centrais e muitas vezes exclusivas para o conhecimento do homem e suas circunstâncias, operou-se uma notável transformação nos métodos de estudo dos problemas jurídicos. A Sociologia, a Antropologia e a Psicologia viriam enriquecer os dados necessários às investigações, abrindo novos caminhos para rever conceitos e propostas de solução

15 FERRI, op. cit., p. 10-11

16 BRUNO, op.cit., v. 1, Tomo I, p. 105-106

17 FERRI, op. cit., p. 64-65

dos problemas humanos e sociais.¹⁸

Criando novos horizontes para o Direito Penal (*I Nuovi Orizzonti del Diritto e Della Procedura Penale* - 1884), FERRI, v. g., nega a existência do livre-arbítrio e concorda que o criminoso não é um ser normal, mas deve ser qualificado por suas anormalidades físicas e psíquicas, como tipo representativo de raças primitivas ou da que atualmente vive em estado selvagem. “A repressão deve atender, essencialmente, ao estado de periculosidade, que se afere não somente pelas circunstâncias da prática criminosa como também pelas características de anti-sociabilidade do agente. A pena é expressão de três finalidades principais – a eliminatória, a repressiva e a reparadora (cf. *Teoria dell’Imputazione e la Negazione del Libero Arbitrio* - 1876)”,¹⁹ embora possa sintetizar sua função essencial na defesa social.

GARCIA explica as divergências das escolas, aduzindo que enquanto a preocupação da Escola Clássica com a pessoa do criminoso é acidental e secundária, na escola Positiva ela é primordial. “A escola Clássica estuda o delito como uma entidade jurídica. A escola Positiva dá maior importância ao delinqüente que ao delito. Para ela, a periculosidade do delinqüente é dominante na fixação dos problemas relativos à prevenção e à repressão”.²⁰ Foi o que sintetizou LYRA: “os Clássicos consideram *crimes* e os positivistas *criminosos*. Os socialistas cuidam de *homens*”.²¹

A diferença marcante entre a Escola Clássica e a Escola Positiva não se encontra, contudo, nas conclusões particulares. A diferença profunda e decisiva, adverte FERRI, está no método: dedutivo e de lógica abstrata, para a escola Clássica e indutivo e de observação dos fatos, para a escola Positiva: “aquela tendo por objeto ‘o crime’ como entidade jurídica; esta, ao contrário, ‘o delinqüente’ como

18 DOTTI, *Curso...*, p. 153

19 BENTO DE FARIA, *op.cit.*, p. 42

20 GARCIA, *op.cit.*, v. 1, Tomo I, p. 79

21 LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 385. Ainda segundo LYRA, “O corpo de doutrina da escola socialista em Direito penal deve partir destes postulados: a) na sociedade dividida em classes, a ordem jurídico-penal baseia-se na defesa dos interesses individuais ou grupais dominantes; b) as causas próprias ditas da criminalidade relevante são sociais; c) a criminalidade relevante não provém do mau funcionamento da sociedade e sim da má organização dessa mesma sociedade (oficialização das injustiças sociais); d) a responsabilidade deve basear-se na periculosidade contra a sociedade e a humanidade; e) as sanções devem ser meios de defesa efetiva e direta da sociedade e da humanidade”. (LYRA, **Direito Penal Normativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 23); o mesmo LYRA lembrando VAN HAMEL assim distinguiu, em frase que ficou célebre, o papel da Escola Clássica e da Escola Positiva: “A Escola Positiva exorta a Justiça a conhecer os homens. Não há criminosos, mas crimes, disseram os clássicos (...)” (LYRA, **Novas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Est. Graph. Canton & Reile, 1936, p. 258)

pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado”.²²

HUNGRIA ao balancear as diferenças já antevia os movimentos mistos, influenciados concomitantemente por características tidas como positivas de ambas as escolas:

Ao excesso de objetivismo, substituía-se o excesso de subjetivismo. A escola clássica focalizava o crime e deixava na sombra o criminoso; a escola positiva invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retrocena. O classicismo fazia do crime uma entidade abstrata, e outra coisa não fazia do criminoso o positivismo, que, com a suas generalizações apressadas, achou de classificar aprioristicamente tipo de delinqüentes, na absurda tentativa de comprimir a infinita variedade do psiquismo humano dentro de quadros esquemáticos. Na ulterior evolução jurídica, entretanto, afirmou-se a tendência transacional. Nem a predominância do elemento objetivo, nem a do elemento subjetivo, mas a conjugação de ambos. A fórmula unitária foi assim fixada: retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.²³

As duas escolas mencionadas apregoam visões diferentes do fundamento da responsabilidade penal, e divergem quanto ao conceito de crime e finalidade da pena. Essas escolas deram origem a movimentos ecléticos como a “*terza scuola Italiana*” (escola técnico-jurídica) e a Escola Moderna Alemã.

A chamada *Terza Scuola* surgiu justamente com o propósito de unificar as principais tendências dos movimentos anteriores e teve como principais fundadores CARNEVALE (1861-1941) e ALIMENA (1861-1915).²⁴

Já para combater a abundância de doutrinas e os males que acarretariam ao sistema, surgiu da Itália a grande reação marcada historicamente pela conferência de ARTURO ROCCO na Universidade de Sassari, em 15 de janeiro de 1910. Esse novo movimento também se originou da crise gerada pela orientação dos positivistas italianos de subordinar o Direito Penal às investigações criminológicas: nascia assim, a escola Técnico-Jurídica.²⁵

Os adeptos da escola Técnico-Jurídica²⁶ rejeitavam a Filosofia e outras disciplinas de conhecimento do homem para se fixarem no estreito círculo do estudo

22 FERRI, op.cit., p.64

23 HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, Tomo 1º, p. 99

24 DOTTI, **Curso...**, p. 157

25 Além de ROCCO, tinha MANZINI (1872/1957) como um dos principais expoentes (*apud* DOTTI, **Curso...**, p. 158)

26 “Em torno da produção científica desse penalista: MARCELO FINZI, MANUEL CARNEVALE, el fundador de la ‘Terza Scuola’, em La Ley, Buenos Aires, 1948, vol. 52, p. 1.044; H. DONNEDIEU DE VABRES, Em lisant lê maitre carnevale, em La Giustizia Penale, Roma, 1933, parte 2ª, coluna 1.581; CAETANO CONTURSI LISI, L’opera scientifica di Emanuele Carnevale nelle scienze penali, em La Scuola Positiva, Milão, 1932, parte 1ª, p. 457.) Mais ou menos na mesma época, consolidou-se na França uma ramificação eclética com GARRAUD, GABRIEL TARDE e outros. Semelhante finalidade conciliadora apareceu, também, com a chamada Escola da Política Criminal, cujos vultos principais foram VON LISZT, VAN HAMEL, ADOLPHO PRINS e CARLOS STOOS”. (*apud* GARCIA, op.cit., v.1, Tomo I, p. 106)

do Direito Penal em função da exegese do direito positivo, reduzindo-o a um estéril verbalismo, segundo seus críticos. O movimento nasceu como reação à crise determinada pelo positivismo criminológico na Itália e nos demais países que receberam a sua influência. Por essa visão sectária, os representantes desse movimento foram chamados de “*meros gramáticos do Direito*”.²⁷

SANTORO FILHO registra, ainda, que a escola técnico-jurídica assemelha-se à escola Clássica, negando, no entanto, o livre-arbítrio como fundamento para a responsabilidade penal. Assume seu lugar a imputabilidade, que consiste na capacidade de entender e querer, assim como no método puramente dedutivo e lógico-abstrato, realçando a necessidade de construção de um método técnico jurídico, um sistema de princípios de Direito Penal.²⁸

Já em 1889, quase contemporaneamente à publicação do Código Zanardelli, surge a *terceira escola* (escola crítica) arrimada na concepção unitária ou integral do Direito, cuja fundação é atribuída a VON HAMEL, VON LISZT²⁹ e PRINS³⁰: tratava-se da moderna escola alemã, também chamada de ‘Escola Moderna’, ‘Positivismo Crítico’, ‘Escola Sociológica’³¹ e ‘Escola da Política Criminal’.³²

Essa corrente não representa um meio de conciliação entre as duas escolas anteriores, mas já institui um sistema eclético. Embora fundamentada no princípio da responsabilidade individual e na distinção entre responsáveis e irresponsáveis (Escola Clássica), aceita a gênese natural do delito e o determinismo psicológico em contraste com o princípio da liberdade (Escola Positiva).³³

Daí, no acertado dizer de BENTO DE FARIA, resultam os principais

27 DOTTI, *Curso...*, p. 160

28 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000, p.35-36

29 “Essa reação contra o classismo é que dá a nota especial do Tratado e assinalou o seu aparecimento como epochemachende. Na Alemanha, como em toda parte, era este o perigo a que estavam expostos os clássicos; os seus métodos esgotaram-se, estava acabado o edifício majestoso de suas idéias, ao passo que os resultados práticos do sistema penal em vigor acusavam o vício e a insuficiência dos meios empregados na luta contra criminalidade. Este pensamento fundamental, aplicado ao direito penal, impellio v. LISZT a abandonar toda theoria metaphysica, a considerar a penalidade sob o ponto de vista exclusivamente teleológico e, acompanhando o movimento de expansão das ciências naturais, a utilizar-se dos seus methodos no estudo da criminalidade e dos meios repressivos”. (HYGINO Duarte Pereira, José *in* VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, Trad. José Hygino Duarte Pereira, v. I, Tomo I, p. XXXII)

30 “Teve VON LISZT notáveis seguidores, como M. E. Mayer, Kohlarusch, Radbruch, Graf zu Dohna, Exner, Eberhard Schmidt, Kantorowicz e outros”. (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, v. 1, p. 40)

31 NORONHA, *op.cit.*, p. 40

32 “Sob a liderança de VON LISZT (1851-1919), surgiu na Alemanha, a partir de 1888, a Escola de Política Criminal. O evento coincidiu com a criação, em 1889, da União Internacional de Direito Penal, reunindo, além de Liszt, o belga Adolphe PRINS e o holandês Gerard van HAMEL” (*apud* DOTTI, *Curso...*, p. 157)

33 BENTO DE FARIA, *op.cit.*, p.43

fundamentos da referida Escola eclética: a) dirigibilidade dos atos do homem como base da imputabilidade; b) coação psicológica como determinante da natureza da pena; c) defesa social como objetivo da penalidade.³⁴

Segundo NORONHA, suas principais características são:

- a) método lógico-jurídico para o Direito Penal experimental para as ciências penais;
- b) distinção entre imputável e inimputável, sem se fundar, porém, no livre-arbítrio, e sim, na determinação normal do indivíduo;
- c) aceitação da existência do estado perigoso;
- d) crime como fato jurídico e também como fenômeno natural;
- e) luta contra o crime por meio não só da pena, mas também de medidas de segurança.³⁵

Cabe ainda destacar o movimento correicionalista fundado por ROEDER, em que o Direito passa a ser visto como um conjunto de condições dependentes da vontade livre, para cumprimento do destino do homem. No tocante à pena, revela-se uma novidade: “se o fim é corrigir a vontade má do delinqüente, deve ela durar o tempo necessário – nem mais, nem menos – para se alcançar esse objetivo. Será, pois, conseqüentemente indeterminada”.³⁶

SANTORO FILHO, no entanto, ressalva que o correicionalismo comporta, em verdade, duas escolas baseadas em proposições bastante distintas: a) a primeira fase, cujos maiores expoentes foram KRAUSE e ROEDER, assume os caracteres da escola clássica, na medida em que admite o livre arbítrio e a responsabilidade moral do autor do crime; o delito é fruto de uma vontade deformada e pervertida, que pode, assim, ser corrigida; b) a segunda fase tem como sua maior figura MONTERO que, aderindo às concepções positivistas, “adotou o determinismo, a responsabilidade social pelo delito. Ora, se não há responsabilidade pessoal, mas social, a sociedade deve propiciar ao delinqüente a sua melhora, correção, pois não há homens incorrigíveis, mas incorrigidos”.³⁷

Além destes movimentos, outras variações influenciaram as legislações, a dogmática penal e, sobretudo, a forma de se conceber as finalidades da pena.

34 Ibid., p.44

35 NORONHA, op.cit., p. 40

36 Ibid., p. 33

37 SANTORO FILHO, op.cit., p. 36-37

A chamada 'escola Humanista', fundada por VICENTE LANZA, foi uma dessas variações, que, no dizer de SANTORO FILHO, pregava que

o sentimento é o núcleo fundamental da conduta, o que implica a eleição da violação da consciência humana como critério principal para a incriminação de comportamentos. Com este postulado, subordina o direito penal à moral, pois tudo que lesiona nossos sentimentos morais deve ser considerado crime. (...) A pena, para a Escola Humanista, tem finalidade predominantemente educativa, pois, segundo LANZA, 'ou é educação ou não tem razão de ser', chegando a ponto de confundir os conceitos de imputabilidade e educabilidade: o ineducável é inimputável e, portanto, não merecedor de pena.³⁸

Já o 'idealismo', segundo o mesmo autor, originou-se da corrente filosófica contemporânea denominada idealismo romântico:

Trata-se de corrente de pensamento que tem por principais características ser transcendental, isto é, ligada ao ponto de vista Kantiano, que fizera do 'eu penso' o princípio geral do conhecimento, e absoluta, pois o 'eu' ou o 'espírito' é considerado o princípio de tudo, nada havendo fora dele. De acordo com estes postulados, a escola penal idealista entende que o ato humano pertence ao espírito do homem, é fruto deste espírito. Assim, o crime pertence a quem o praticou, independentemente de tratar-se de imputável ou inimputável, devendo por ele ser responsabilizado. A pena, para o idealismo, possui uma função unicamente educativa, devendo ser individualizada para cada caso, com duração indeterminada.³⁹

O percurso pelas escolas constitui premissa essencial para se aquilatar futuras assertivas: a) como ciclos de maior ou menor rigorismo se alternam, tendo sempre a finalidade da pena no papel principal; b) como institutos já utilizados no passado são retomados na concepção de um 'Direito Penal do Inimigo'; c) como a história do Direito Penal, por si só, é capaz de indicar acertos e desacertos para orientação de futuras políticas criminais.

BONFIM e CAPEZ, em uma alusão ao pensamento de MARQUES sobre as grandes correntes de pensamento e escolas penais, sintetizam os equívocos dos extremismos dos movimentos:

De um rápido balanço das escolas e correntes penais, a conclusão a que se chega é a de que três das mais importantes e significativas diretrizes penalistas pecaram por excessos e extremismos. Na escola clássica, houve a hipertrofia metafísica, visto que ela se preocupou apenas, com o homem abstrato, sujeito de direito, e elaborou suas construções com o método dedutivo do jusnaturalismo; na escola positiva, reponta a hipertrofia naturalista, uma vez que sua preocupação foi o estudo do homem como ser contingente, como elemento da vida cósmica sujeito às leis físicas que regem o universo, sem olhar para o princípio espiritual da pessoa humana; na escola técnico-jurídico, houve a hipertrofia dogmática, como estudo apenas de relações jurídicas secas e sem conteúdo, em função exclusivamente do

38 Ibid., p. 38

39 Ibid., p. 39

direito positivo e do *jus scriptum*.⁴⁰

Afora os equívocos e extremismos, o fato é que tais movimentos influenciaram profundamente a teoria do delito. Nesse aspecto, NORONHA salienta que “se fala em Neoclassicismo, abrangendo a chamada Escola Humanista e, para muitos, a Técnico-Jurídica; em Neopositivismo, com as denominadas Escolas Constitucionalista italiana, Socialista, Pragmática e do Idealismo Atualismo, sendo duvidosa a exatidão da situação dessas correntes, que, aliás, apresentam diferenças de vulto, tal seja o representante invocado”.⁴¹

2. TEORIAS DO DELITO: CAUSALISMO, NEOKANTISMO, FINALISMO E FUNCIONALISMO PENAL

2.1. Introdução: do causalismo ao finalismo

A Ciência Penal tem construído seus fundamentos sob a nítida influência das diversas fases do desenvolvimento histórico do Direito Penal e suas respectivas escolas. Com a teoria do delito não poderia ter sido diferente.

A teoria causal da ação (ou naturalista), desenvolvida por VON LISZT, postula que ação é modificação do mundo exterior tendo como causa a vontade humana, ou seja, “causação do resultado por um ato de vontade, entendido como movimento corpóreo voluntário, isto é, com tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica, mas por idéias ou representações e efetuadas pela intervenção dos nervos”.⁴²

O sistema naturalista (também denominado causalista ou clássico), afirma GRECO, já fora construído sob a influência do positivismo, para o qual a ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável: “valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por *conceitos avalorados*, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia”.⁴³

40 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.101

41 NORONHA, op.cit., p. 41

42 VON LISZT, op. cit., op. cit., p.198

43 GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’ de Roxin**, Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto076.doc>>, Acesso em: 21 jul. 2005 e publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC)*, n. 32, out./dez. 2000, p. 136 e 137

O conceito de ação surge “como o *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime”.⁴⁴ É um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo.⁴⁵ O sistema acaba com a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. “O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente o fato”.⁴⁶

Por fim, sintetiza ROXIN, “o sistema ‘clássico’ do delito de VON LISZT e BELING, dominante no início do século, ainda hoje bastante influente no exterior, e cujas categorias permanecem correntes na atual dogmática alemã, partia do pressuposto de que injusto e culpabilidade se relacionavam um ao outro como o lado externo e interno do delito”.⁴⁷

Ainda segundo ROXIN, o colapso dessa concepção especialmente clara e simples de crime teve seu início com o sistema neoclássico: “começou-se uma reestruturação das categorias do delito, por causa de se ter reconhecido que o injusto nem sempre poderia ser explicado unicamente com base em elementos objetivos e que, por outro lado, a culpabilidade não se compunha exclusivamente de elementos subjetivos”.⁴⁸

O sistema neokantiano ou neoclássico do delito é, portanto, fruto da superação do paradigma positivista-naturalista dentro do Direito. “Com a filosofia de valores do sudoeste alemão (WINDELBAND, RICKERT), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores”.⁴⁹

Substitui-se, portanto, a dogmática formalista - classificatória do naturalismo

44 RADBRUCH, Der Handlungsbegriff. *in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, reedição de 1967 da obra 1904, p. 71-72 (*apud* GRECO, *op. cit.*)

45 VON LISZT, *op.cit.*, p. 193; também adotam o conceito de VON LISZT: BRUNO (*op.cit.*, p. 296) e ASÚA (**Tratado de Derecho Penal**. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1965, Tomo III, p. 331)

46 GRECO, *op. cit.*

47 ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar. Trad. Luís Greco, 2002, p. 198

48 *Ibid.*, p. 198-199

49 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 92 et seq.

por um sistema teleológico ligado a valores. “Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível”.⁵⁰

O tipo, assim, é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva e antijurídica. O tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, uma antijuridicidade tipificada,⁵¹ que também comporta elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores⁵² a teoria dos elementos negativos do tipo, que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade.

A antijuridicidade deixa de ser formal, ou uma contrariedade à norma, para tornar-se material: lesividade social.⁵³ “Com isso abriu-se espaço para a sistematização teleológica das causas de justificação e para a busca de seu fundamento, que era buscado em teorias que consideravam lícito o fato que fosse um justo meio, para um justo fim”,⁵⁴ ou aquelas ações “mais úteis que danosas”.⁵⁵ A culpabilidade torna-se, então, culpabilidade normativa: juízo de reprovação pela prática do ilícito típico, florescendo as discussões em torno do conceito de exigibilidade.

O já festejado ROXIN aduz que

a chamada teoria finalista, que dominou a discussão dogmática penal das primeiras duas décadas do pós-guerra, chega, por sua vez, a um novo sistema do Direito Penal. Seu ponto de partida é um conceito de ação diverso das antigas concepções sistemáticas, consideravelmente mais rico de conteúdo. Para ela, a ‘essência’ da ação que determina a totalidade de estrutura do sistema, encontra-se no fato de que o homem através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, ‘supradeterminando-o finalisticamente’.⁵⁶

50 GRECO, op. cit.

51 MEZGER (*Tratado de Derecho Penal*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, Trad. Rodriguez Muñoz, 1955, p. 364) e SAUER (*Derecho Penal - Parte General*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, Trad. Juan del Rosal e José Cerezo, 1956, p. 111) assim denominam: “tipicidad es antijuridicidad tipificada”

52 GRECO, op.cit.

53 Id.

54 Id.

55 Id.

56 ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 200

HASSEMER, de sua parte, adverte que é evidente a ligação da teoria finalista da ação, assim como toda a dogmática penal do início da República Federal da Alemanha, com o ideário nazista:

Isto é bastante compreensível, já que as bases da teoria remontam aos anos 30 e também ela sofreu os influxos do tempo em que se desenvolveu. Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas anti-liberais da era nazista, resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e de anti-juridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no 'Direito penal da vontade', elaborado pelo pensamento penal nazista.⁵⁷

HASSEMER, no tocante à mudança de paradigmas, salienta que os alicerces 'reais' da teoria tradicional sucumbem facilmente a indagações, acabando, segundo ele, em ridículo. Assim descrevera tal transição:

É certo que, sobretudo na assim chamada 'polêmica das escolas penais', na virada do século, muito já se debatera sobre os justos fins das penas, inclusive com o emprego de teoremas filosóficos inspirados nas ciências da natureza. Não menos certo é que, Franz Von LISZT, em seu "Programa de Marburgo", já esboçara os contornos de uma 'ciência penal total', e com isto já teria abordado o sistema jurídico-penal de fora. Certo é também que os neo-kantianos e os neo-hegelianos tentaram emprestar ao Direito Penal suas próprias tradições filosóficas. Tudo isto, porém, diante das pretensões da teoria finalista, não passava de meros estilhaços.⁵⁸

Em síntese, como observa GRECO, o sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: "o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: a lógica da coisa (*Sachlogik*). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade".⁵⁹

A primeira dessas estruturas que importam para o Direito, cuja lógica intrínseca ele deve respeitar é a natureza finalista do agir humano.⁶⁰ "O homem só age finalisticamente; logo, se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas".⁶¹ Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre essa

57 HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 20-21

58 Ibid., p. 20-21

59 GRECO, op. cit.

60 Id.

61 KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 144

estrutura lógico-real quando dirigida à realização de um tipo.

É sobre o conceito de ação que se edifica todo o sistema. “A teoria da ação agora desenvolvida é a própria teoria do delito”. Todas as categorias do delito referem-se a conceitos pré-jurídicos obtidos por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular.⁶²

“O tipo torna-se a descrição de uma ação proibida – deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição (*Verbotsmaterie*)”.⁶³ Como só se podem proibir ações finais, o dolo integra o tipo. Da mesma forma que os tipos são vistos formalmente como meras normas proibitivas, também as causas de justificação não passam de tipos permissivos que, por terem nas ações finalistas seu objeto, exigem o elemento subjetivo de justificação.

“O ilícito, materialmente, deixa de centrar-se no dano social, ou ao bem jurídico, para configurar um ilícito pessoal (*personales Unrecht*)”,⁶⁴ consubstanciado fundamentalmente no desvalor da ação cujo núcleo, por sua vez, é a finalidade. A culpabilidade, portanto, torna-se juízo de reprovação calcado na estrutura lógico-real do livre arbítrio, do poder agir de outra maneira.⁶⁵ O homem, por ser capaz de comportar-se de acordo com o Direito, passa a ser responsável quando não age desta forma.

Em síntese, para a teoria final da ação - criação de HANS WELZEL - a conduta humana é o exercício de uma finalidade e, por isso, a ação é um acontecer final, e não apenas causal.

2.2. Apresentação do sistema funcionalista

HASSEMER recorda que o caminho seguido pelas ciências penais no período posterior à II Guerra teve conseqüências que em breve seriam percebidas: “duas delas foram particularmente marcantes, a saber, o desinteresse pelos efeitos

62 WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Romana. Trad. Afonso Celso Rezende, 2004, p.79-84

63 Id.

64 Daí a famosa frase de WELZEL (**Strafrecht...**, p. 62): “O ilícito é ilícito pessoal, referido a um autor” (“*Unrecht ist taterbezogenes, personales Unrecht*”); veja-se, no mesmo sentido: KAUFMANN (op. cit., p. 145) e GRECO (op.cit.)

65 Escreve WELZEL: “A culpabilidade... fundamenta a reprovação pessoal contra o autor, por não ter deixado de praticar a ação antijurídica, apesar de tal lhe ser possível.” (**Strafrecht...**, p. 138). Na doutrina nacional, necessário destacar BITTENCOURT (**Manual...**, p. 345) e ZAFFARONI; PIERANGELI (**Manual...**, ns. 349 et seq.)

práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética (JAKOBS e ROXIN).⁶⁶

Não somente as ciências penais, mas principalmente elas, viram-se expostas nesses anos a fortes pressões de legitimação e mudança. Antes mesmo do início da década de setenta, já se delineavam novas tendências na sociedade da República Federal da Alemanha.⁶⁷

Partindo da concepção sociológica, GÜNTHER JAKOBS revela-se como um dos adeptos da nova escola do Direito Penal: a funcionalista.

Nos últimos anos, a concepção clássica do delito (CARRARA), a concepção neoclássica do delito (neokantismo) e o sistema finalista do delito (WELZEL), passaram a dialogar com a escola funcionalista dividida basicamente entre as seguintes orientações: o funcionalismo estrutural de PARSONS (no Direito Penal identificado como teleológico, valorativo e ‘moderado’, adotado por ROXIN) e o funcionalismo sistêmico de LUHMANN (no Direito Penal identificado como estratégico, normativista e ‘radical’, adotado por JAKOBS).⁶⁸

A princípio, pode-se imaginar que a nomenclatura *funcionalismo penal* represente uma novidade para a moderna dogmática penal. Tal assertiva não corresponde integralmente à verdade, vez que o funcionalismo, ao menos na Europa, já vem sendo debatido e estudado ao longo de vários anos, ocupando atualmente um lugar de destaque nas doutrinas alemã⁶⁹ e espanhola.⁷⁰

Aliás, considerável doutrina afirma que TOBIAS BARRETO foi o primeiro funcionalista brasileiro⁷¹, sendo forçoso reconhecer que a doutrina pátria que

66 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 16-17

67 *Ibid.*, p. 27-28

68 CONDE enfatiza que o principal representante desta tendência é efetivamente o penalista GÜNTHER JAKOBS, que “tem renovado o arsenal conceitual e terminológico da dogmática jurídico-penal alemã com uma linguagem hermética e às vezes de difícil compreensão. Esse teórico fundamenta-se no planejamento funcionalista sistêmico, dentre outros, do sociólogo e teórico do Direito, NIKLAS LUMANN” (CONDE, Francisco Muñoz. *De nuevo sobre el ‘Derecho Penal del enemigo’*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 15)

69 Neste sentido: Claus Roxin, Wolfgang Frisch, Hans-Ludwig Günther, Harro Otto, Bernd Schünemann, Günther Jakobs, dentre outros (*apud* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Breves Apontamentos sobre o Funcionalismo Penal*. Disponível em <<http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/penal/artigos/FUNCIONALISMO.PENAL.ROXIN.doc>>, Acesso em 24 jun.2005)

70 Diego Manuel Luzón Peña, Santiago Mir Puig, Margarita Martínez Escamilla etc. (*apud* PEREIRA, op. cit.)

71 ZAFFARONI, neste aspecto, destaca: “Mais de um século antes dos modernos ‘sistêmicos’, Tobias Barreto escreveu o seguinte parágrafo, que parece tirado literalmente de Luhmann: “Todo sistema de forças vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive uma contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os mais rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena” (ZAFFARONI, *Elementos para uma leitura de Tobias Barreto*, artigo publicado em ‘Ciência e Política Criminal em

endossa tal pensamento já não é mais tímida.

O próprio ROXIN destaca que o funcionalismo, a rigor, insere-se em um contexto metodológico ainda mais amplo, o da chamada jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*): “esta pode ser entendida como o método segundo o qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades. Toda jurisprudência dos valores tem, portanto, uma questão fundamental a resolver: de onde se retiram os valores sobre os quais se edificará o sistema?”.⁷²

Segundo ROXIN, “desde aproximadamente 1970 se vêm empenhando esforços bastante discutidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico-penal ‘teleológico-racional’ ou ‘funcional’.”⁷³ Aliás, no ano de 1970, ROXIN, v.g., publicou na Alemanha a obra “*Política criminal e sistema jurídico-penal*”,⁷⁴ marco histórico na dogmática penal, vez que a partir de então, deu-se uma verdadeira transformação na ciência do Direito Penal. O sistema jurídico-penal, diante do referido estudo, presenciou o nascimento de uma corrente doutrinária denominada funcionalista ou teleológico-racional: “esta nova concepção desenvolvida pelo mestre alemão sustenta a idéia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais”.⁷⁵

Trata-se de uma metodologia que, marcada pela preocupação pragmática e tida como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo, pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a.

Buscando tecer um marco diferencial entre o modelo finalista e o funcional-teleológico, GRECO ilustra a hipótese da notória diferença entre o método finalista e o funcionalista:

A definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. WELZEL resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é a vontade da realização; como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as conseqüências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que

Honra de Heleno Fragoso’, Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, org.: João Marcello Araújo Junior, diversos autores. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 183-184)

72 ROXIN, **Funcionalismo...**, p. 62-63

73 Ibid., p. 205

74 ROXIN, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

75 PEREIRA, op.cit.

agora seja chamada de dolo.⁷⁶

Já o método funcionalista, segundo GRECO, formula a sua pergunta de modo distinto:

Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos.⁷⁷

Em síntese, arremata GRECO: “o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano - falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal”.⁷⁸

Assim, de acordo com os funcionalistas, “são várias interpretações possíveis da realidade”, o que vem confirmar os aspectos de complexidade e contingência da sociedade (variedade de escolhas) descritos por LUHMANN.

Tal assertiva revela o retrato da mudança de paradigmas: a questão ‘o que é o Direito?’ deu lugar ao dilema ‘para que serve o Direito?’. Logicamente, essa transformação também se deu no Direito Penal, que passou a ter seus objetivos na busca da eficácia e eficiência. Como efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito Penal da ‘normalidade’ ou da descrição do ‘Direito Penal do Cidadão’, segundo a concepção de JAKOBS.

Nesse esteio, o funcionalismo no Direito Penal tem como premissa básica o fato de que o Direito e, em especial o Direito Penal, é instrumento que se destina a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas.

Mas como e com que norte se dará o uso deste instrumento?

As diferentes respostas importam em diversos modelos funcionalistas. As estruturas dessa corrente dogmática residem na teoria do consenso de HABERMAS

76 GRECO, op. cit.

77 Id.

78 Id.

e na teoria sistêmica de LUHMANN (v. capítulo II), ambas arraigadas em MERTON e PARSONS. No âmbito do Direito Penal, essas respostas dividem-se em três linhas básicas:

a) funcionalismo moderado, voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal (ROXIN);

b) funcionalismo limitado, segundo o qual, o Direito Penal justifica-se por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites - exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade⁷⁹ (MIR PUIG);

c) funcionalismo radical ou sistêmico, representado pelo funcionalismo sociológico inspirado na Teoria dos Sistemas de LUHMANN (JAKOBS).⁸⁰

A terceira orientação funcionalista, que interessa à pretensão metodológica do presente trabalho e que é chamada 'radical' pela doutrina, procede de GÜNTHER JAKOBS que, por sua vez, buscou suas bases nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela teoria dos Sistemas de LUHMANN.

2.3. O funcionalismo penal de GÜNTHER JAKOBS

Para melhor compreender a transição que afeta a dogmática penal, ao menos na Europa, são necessárias algumas considerações prévias.

Como observa JIMÉNEZ, desde o início dos anos setenta até o presente momento, a dogmática jurídico-penal revela uma nova tendência denominada funcionalista ou final-racional, cujo denominador comum se define por uma orientação na sistematização dos diversos conceitos e princípios do Direito Penal voltados para critérios de política criminal ou derivados dos fins próprios da pena, em especial, a prevenção geral.⁸¹

ROXIN, um dos ícones do funcionalismo, assinala que os defensores deste movimento concordam - apesar das muitas divergências - em pelo menos um ponto: a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos

79 Id.

80 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: JM Bosch Editor S.A., 1992, p. 68 et seq.

81 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del delito en Alemania, Italia y Espana*. Disponível em <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02_Rosario.pdf>, Acesso em 21 jul. 2005

(ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do Direito Penal.⁸²

A concepção funcionalista, como já assinalado, apresenta diversas tendências. Uma delas é representada pela obra de GÜNTHER JAKOBS⁸³ que, pautado em categorias sociológicas e orientado por critérios de prevenção geral, apresenta uma metodologia fortemente influenciada pelo instrumental da teoria dos Sistemas Sociais de NIKLAS LUHMANN.

Afirma JIMÉNEZ que com esta concepção como ponto de partida, define-se *“todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social. En este contexto, el autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción”*.⁸⁴

Deste modo, JAKOBS irá adotar um novo conceito de ação: *“la acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias”*.⁸⁵

No dizer de CORSI, ESPOSITO e BARALDI, o funcionalismo ou análise funcionalista sistêmica seria, portanto, o método científico que permite tomar cada fenômeno dado como contingente e como confrontável com outros. *“O conhecimento se constrói através da confrontação do dado conhecido com as possíveis alternativas”*.⁸⁷ Em outros termos:

En el análisis funcionalista, todo fenómeno se convierte un problema que abre diversas posibilidades de unión. El análisis la describe la relación entre los problemas y sus posibles soluciones: los datos son problemas de dónde partir y las soluciones ofrecimientos para ellos son contingentes, pueden ser también diferentes. La función es, entonces, un esquema de confrontación entre varias soluciones a problemas, soluciones que aparecen como intercambiables en cuanto

82 ROXIN, **Funcionalismo...**, passim

83 GÜNTHER JAKOBS é professor catedrático de Direito Penal e Filosofia Penal na Universidade de Bonn, Alemanha.

84 JIMÉNEZ, op.cit.

85 JAKOBS, Günter: **El concepto jurídico-penal de acción**. Conferência realizada em Madri, mai. 1992, Trad. Manuel Cancio Melía, p. 14 (*apud* GRECO, op. cit.)

87 CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, Universidad Iberoamericana**, Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Tradução: Miguel Romero Pérez e Calros Villalobos, Coordenação: Javier Torres Nafarrete, 1996, p. 86

*que son equivalentes con respecto a la función misma. El análisis consiste en tomar en consideración las soluciones funciones equivalentes con respecto al problema en cuestión.*⁸⁸

Qual a idéia de JAKOBS e qual o contexto que justificava a procura de um novo suporte metodológico?

O próprio JAKOBS responde, asseverando que depois das perversões do Direito ocorridas na Alemanha durante a época nacional-socialista e das experiências socialistas na República Democrática da Alemanha, seria pertinente que perante o Direito se adotasse “uma atitude isenta de ilusões, pois para qualquer outra atitude, o Direito, junto com sua ciência, tem sido comprometido com a política de modo demasiadamente evidente”.⁸⁹

De outra parte, CORNEJO e DALMA destacam a influência do funcionalismo no atual contexto europeu. Segundo eles, essa corrente vem rompendo em definitivo com a até então predominante corrente finalista. Ilustram a transição com a questão do dolo, segundo o tratamento dado pelos funcionalistas:

*...estos autores entienden que el concepto de dolo, por tomar un elemento de la infracción punible, no es algo que pertenece a la naturaleza de las cosas, sino que para delinear el concepto de dolo tenemos que ver qué pretendemos conseguir castigando los delitos dolosos, ¿Por qué castigamos a los delitos dolosos con penas más severas que los delitos imprudentes? ¿Por qué nos disgustan los delitos dolosos más que los imprudentes? Todas estas ponderaciones, de necesidad de pena y de eficacia del derecho penal, son las que debemos utilizar para definir los conceptos que componen el sistema.*⁹⁰

No entanto, como se deu tal mudança de paradigmas? Havia espaço e contexto que permitissem a aceitação de transformações tão drásticas na dogmática penal?

Além das considerações já tecidas neste trabalho no tocante ao contexto de sociedade pós-moderna (cf. Introdução e capítulos anteriores), assinala HASSEMER que o modelo tradicional é insuficiente para resolver os atuais conflitos e demandas alçadas ao Direito Penal: “ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais”. O equipamento reputado como ‘obsoleto’, segundo ele, pode ser assim enumerado:

88 Id.

89 JAKOBS, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 2

90 CORNEJO, Juan José Cernusco; DALMA, Gustavo Alfredo. **Principales Enfoques del Funcionalismo Sistémico en la Interpretación de la Norma Penal**. Disponível em <<http://derechonatural.tripod.com/ponencias/cernuscodalma.htm>>, Acesso em 21 jul. 2005

Os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim 'modernizado', são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre 'funções', sobre 'grandes perturbações aos sistemas', conjuntos de múltiplos riscos); os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato); os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir); o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões); é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras); diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna, torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).⁹¹

Como em toda fase de transição, é natural que surjam críticas e que haja relutância em aceitar as anunciadas transformações. ALCOVER, de outra parte, citando LUHMANN para justificar esta transição, ataca a concepção causalista:

En primer lugar acusa al causalismo de un cierto determinismo ontológico. Intentar explicar un fenómeno social en base a sus efectos presupone, para Luhmann, una concepción determinista y metafísica del orden social. El mono-causalismo no existe en la realidad y, en el ámbito de lo social, diversas causas sociales pueden producir el mismo efecto, de la misma manera que un único bloque de causas puede producir diversos efectos.

*Para superar la crisis del funcionalismo Luhmann propone redefinir el concepto de función en términos no causalísticos y en consecuencia tratar las causas y los efectos como simples variables, fungibles e intercambiables, y no como estructuras ontológicas.*⁹²

Repisando GRECO, são, portanto, inequívocas as divergências entre o método finalista e o funcionalista. Enquanto o finalismo resolve a questão do dolo/culpa consciente através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal, o funcionalismo formula a sua pergunta de modo distinto: “não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico e normativo...”⁹³

91 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 56

92 ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: José Maria Basch Editor, 1993, p.50-53

93 GRECO, op. cit.

Em outras palavras, o finalismo, como doutrina ontologista, considera o ser capaz de prejudicar o problema valorativo; já o funcionalismo, como doutrina teleológica, é orientado para a realização de certos valores (ROXIN) ou para a reafirmação do próprio Direito (JAKOBS).

A linha defendida por JAKOBS revela, na acertada análise de CAVALCANTI, duas inegáveis marcas do pensamento luhmmaniano: a) o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação; b) a noção de bem jurídico-penal.

Quanto ao primeiro aspecto, o próprio JAKOBS assinala que “o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim”.⁹⁴ O delito será, portanto, “falha de comunicação”, enquanto a pena “é a própria manutenção da identidade social”.⁹⁵

Quanto ao segundo aspecto, valendo-se do suporte metodológico de LUHMANN, o qual define o Direito como ‘generalização congruente de expectativas normativas’ (v. capítulo anterior), JAKOBS retira qualquer substancialidade da idéia de bem jurídico-penal e qualquer dimensão axiológica. Para ele, bem jurídico-penal corresponde à ínsita necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas.⁹⁶

JAKOBS aduz que a constituição da sociedade se dá por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados e bens (ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente, através das normas).⁹⁸

Portanto, no âmbito de uma perspectiva funcional-social, o Direito Penal só garante uma coisa: que se contradiga toda expressão de sentido (provada num procedimento próprio de Estado de Direito) que revele a carência de validade da norma, ou seja, “do ponto de vista específico do Direito Penal, tão-somente existe a

94 JAKOBS, *Sociedade, Norma...*, p. 44/45

95 *Ibid.*, p. 3-4

96 *Id.*

98 JAKOBS, *Sociedade, Norma...*, p.11-13

expectativa de que não haja culpabilidade.”⁹⁹

O próprio jurista alemão ilustra a importância da manutenção das expectativas normativas:

Si se considera, por ejemplo, la norma primaria "no matarás", y se añade la norma secundaria "y si lo haces, serás castigado", no bastará, en caso de que haya homicidios en masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse homicidios masivos si se quiere que la realidad del Derecho no se vea afectada. Dicho sea de paso, no es posible llevar a cabo puniciones masivas ya por el hecho de que la coacción estatal es un recurso que no puede incrementarse indefinidamente. Por lo tanto, si la norma primaria sufre erosión, su vigencia acabó por una doble razón: nadie puede seguir tomando en serio la expectativa normativa, y no habrá sanción regular.¹⁰⁰

BACIGALUPO ressalta, desta forma, a vantagem da perspectiva do *funcionalismo sistêmico*, salientando que a função do Direito Penal não é a consolidação de um estado de coisas, mas, sim, a configuração da identidade da sociedade. “O importante são as regras que estabelecem esta identidade, e não os bens ou situações”.¹⁰¹ Por isso, segundo ele, o Direito Penal tem a missão específica de garantir normas. “As normas, por sua vez, autorizam a lesão a bens ou a modificação de situações quando isso se torna necessário para o desenvolvimento da sociedade: permite-se a produção de certos perigos com o tráfico automotor e a conversão de tais perigos em danos não se imputa ao autor que se manteve dentro dos limites do risco permitido”.¹⁰²

Trata-se, como se vê, de uma corrente doutrinária que atribui ao Direito Penal a função de estabilização da sociedade e que individualiza o fenômeno delitivo como uma *disfunção social*. É justamente o setor mais radical desse funcionalismo, segundo HASSEMER,¹⁰³ que defende a idéia segundo a qual o Direito Penal protege exclusivamente a vigência das normas, e que danoso socialmente não é o fato que ofende o bem jurídico, senão o que contraria a

99 Ibid., p. 41-42

100 JAKOBS, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001

101 BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Malheiros. Trad. André Stefam, Rev. Edilson Mogenot Bonfim, 2005, p. 35-36

102 Id.

103 “A absolutização do método funcional por Jakobs, sem as limitações do ontológico, levou Silva Sanches a caracterizar esta teoria como funcional radical. Esta radicalização se encontra apoiada na missão do direito penal, diferente do funcionalismo moderado de Roxin, pois este orienta as categorias do sistema de direito penal a finalidades político-criminalista, enquanto Jakobs vê importância somente nas necessidades sistêmicas dirigidas para a função prevenção-integração, onde a violação de uma norma é disfuncional ao sistema, não porque cause dano a um bem jurídico, mas porque contradiz o modelo de orientação da norma. Esta contradição é um problema de imputação, em especial da imputação do comportamento típico e antijurídico” (*apud* BONFIM; CAPEZ, op. cit., p. 282)

validade da norma.

A estrutura social de normas, isto é, o sentido social da normatividade, é mais complexa que a representação lingüística – formulada em forma de imperativos – da norma de comportamento.¹⁰⁴

Desde a perspectiva da Teoria dos Sistemas, a normatividade é um aspecto da necessária estruturação do sistema social; o símbolo do ‘dever’ significa a generalização temporal e social de expectativas: as expectativas normativas, ao contrário das cognitivas, são mantidas em caso de defraudação de maneira contrafática e a efeitos demonstrativos “as expectativas cognitivas (...) se caracterizam por uma disposição – não necessariamente consciente, ao contrário, pela decisão de não aprender das defraudações. Desde logo, a distinção entre expectativas cognitivas e normativas depende completamente do meio social”.¹⁰⁵

Toda essa formulação funcionalista da teoria do delito, em que as distintas categorias se completam a partir do ponto de vista de sua funcionalidade para o sistema social de convivência, tem JAKOBS como seu principal representante. Entendem, por exemplo, BITENCOURT e CONDE que

... em seu Tratado de 1984 expõe uma visão puramente tecnocrática do Direito penal e da Teoria do Delito, em que o caráter conflitivo da convivência social fica convertido num problema que tem que ser reduzido e resolvido na categorias jurídicas, de forma puramente funcional. Desde esta perspectiva o delito se define como a frustração de expectativas normativas e a pena como a confirmação contrafática da vigência das normas infringidas.¹⁰⁶

O tom crítico, conforme se detalhará oportunamente, revela-se, sobretudo, na alegada indiferença quanto ao funcionamento do sistema em um Estado democrático ou em um Estado totalitário.¹⁰⁷

Neste momento, abstraindo-se as críticas, imperioso reconhecer com BONFIM e CAPEZ, que “mais importante do que situar o dolo e a culpa no fato típico ou na culpabilidade é resolver com justiça a situação concreta e executar um plano de atuação jurídico-penal visando a propiciar melhor convivência entre os membros da sociedade”. Por isso, a dogmática e o tecnicismo jurídico passaram a ceder

104 MÜSSIG, Berdn. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, 2001, p. 35

105 Ibid., p. 39

106 BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito.** São Paulo: Saraiva, 2000, p.11-12

107 Id.

espaço para os fins superiores do Direito Penal e suas funções de incentivar e regular os comportamentos sociais: “as regras jurídicas passam a disputar sua antiga preponderância com a sociologia. Daí o nome ‘teoria funcional’”.¹⁰⁸

Na concepção de JAKOBS - funcionalista extrema ou radical -, a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade) que, por sua vez, deriva da função da pena. Primeiro deve-se estabelecer quem deve ser punido por contrariar a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e de forma culpável. Para os funcionalistas, a imposição de pena terá, assim, o caráter de reestabilizar a norma, uma vez que sua função é justamente garantir essas expectativas. A pena terá a função de garantir a norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta, essa expectativa.

É exatamente isso o que assevera JAKOBS: “... o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”.¹⁰⁹

Em síntese, todas as vertentes do funcionalismo, através de sua doutrina racional-final, buscam despertar a idéia de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se à realidade ontológica pregada pelo finalismo, devendo, de outra parte, guiar-se pelas finalidades do Direito Penal.¹¹⁰

JAKOBS - especificamente partindo da premissa de que a função da pena é (re)afirmar a vigência da norma em favor da estabilização do sistema social - considera que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”, justificando, pois, a imposição da pena. Assim, o autor de um fato antijurídico, afirma o jurista alemão, tem culpabilidade quando tal atuação antijurídica não só indica uma falta de motivação jurídica dominante – por isso é antijurídica -, como também quando o autor é responsável por essa falta.

BONFIM e CAPEZ ainda realçam que o fim do Direito, segundo JAKOBS, será a sua afirmação como padrão correto de comportamento, pois existe uma expectativa de que as instituições funcionem ordenadamente, e a quebra dessa expectativa conduziria à instabilidade social. Afinal se a infração a um dever de

108 BONFIM; CAPEZ, op.cit., p. 277-279

109 JAKOBS, *Sociedade, Norma...*, p. 1

110 Id.

112 BONFIM; CAPEZ, op.cit., p. 310

conduta não for punida na forma da lei, perde-se o parâmetro do que é permitido fazer.¹¹²

Entende QUEIROZ que, ao adotar semelhante perspectiva, JAKOBS acaba, em verdade, por substituir o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral.¹¹³

Por outro lado, além das críticas já referidas, parte da doutrina questiona severamente a concepção de JAKOBS, salientando que a culpabilidade, por não depender de circunstâncias específicas do sujeito, carece de um critério de limitação do poder punitivo do Estado. Neste sentido, acentua JIMÉNEZ: *“la culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general”*.¹¹⁴

JAKOBS e seus seguidores têm diluído tal crítica, salientando que em um Estado Democrático as normas são ditadas pelo legislador, representante eleito pelo povo.¹¹⁵

Outrossim, CORNEJO e DALMA criticam que *“hacer dogmática sin política criminal, como nos sugiere JAKOBS, es muy difícil. Pues, cuando uno interpreta el derecho penal actual, difícilmente va a poder hacer una interpretación aséptica, sin que indefectiblemente introduzca, aunque sea ocultamente, sus propias valoraciones y juicios de valor, sobre lo que es derecho penal.”*¹¹⁶

Com efeito, ao que parece, toda a obra de JAKOBS, tal qual ocorrera com LUHMANN, é frequentemente questionada, sobretudo pelo rígido e abstrato modelo metodológico usado. Não será diferente, como se aventará, no caso da finalidade primordial da pena por ele defendida (prevenção geral positiva) e do seu modelo de Direito Penal de terceira velocidade (o ‘Direito Penal do Inimigo’), que representará justamente a exceção do seu modelo funcionalista.

De qualquer forma, são inegáveis os méritos da sua teoria.

ROXIN, principal opositor de JAKOBS na atualidade, acentua que “como avaliação genérica, pode-se dizer que a teoria da imputação de JAKOBS

113 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.121

114 JIMÉNEZ, op.cit.

115 CORNEJO e DALMA, op.cit.

116 Id.

impressiona por sua sólida fundamentação filosófico-sociológica. A verdadeira beleza do sistema de JAKOBS está não só em sua teoria da imputação objetiva, mas nos reflexos que essa teoria provoca no restante da teoria do crime, e na precisão e harmonia com que cada problema é resolvido, sempre se levando em conta tais efeitos colaterais”.¹¹⁷ E acrescenta:

A especial originalidade metódica de sua concepção de sistema consiste em estruturar a dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias da teoria de sistemas sociais (em especial a de LUHMANN). No que toca ao conteúdo, a mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar JAKOBS a culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com sua teoria dos fins da pena. (...) Para JAKOBS, a culpabilidade não é algo objetivamente dado, mas simplesmente ‘adscrito’ ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o ‘exercício de fidelidade ao direito’.¹¹⁸

BATISTA também o elogia, aduzindo tratar-se de “uma elaboração teórica de altíssimo nível”, ressaltando, contudo, que “poderá fazer sucesso nos países centrais, ricos, com baixa conflitividade social”, uma vez que essa teoria seria de difícil aplicabilidade em países periféricos.¹¹⁹

No que pese a ressalva de BATISTA, imprescindível, ao menos para fomentar a reflexão, transcrever a observação de HASSEMER:

Se o Direito Penal, funcional, ocupa seu lugar entre os instrumentos de solução de conflitos, adaptado e ajustado aos demais fins políticos; se sua produção científica atual se dedica a produzir setores funcionais ao sistema e a eliminar as disfunções, então, tudo isto só faz sentido em estrita conformidade com as funções do sistema e dos respectivos subsistemas relevantes. De outra forma não pode ser, pois somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema. Desde modo, a tradicional concepção do Direito Penal, que (ainda?) desconhece a diferença entre “função” e “fim”, chega à temática dos fins da pena.¹²⁰

117 ROXIN, **Funcionalismo...**, p. 130

118 Ibid., p. 209

119 BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20

120 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 52-53

Certamente, acentua o mesmo autor, não se pode sustentar que o Direito Penal funcional tenha cumprido integralmente seu programa teórico ao realizar os fins da pena. Todavia, duas poderosas correntes da atualidade eliminam quaisquer dúvidas sobre a direção final almejada: a teoria funcional da culpa e a teoria da prevenção integrativa.¹²¹

A segunda – também chamada de ‘Teoria da Prevenção Geral Positiva’ – tem relação íntima com a construção metodológica de JAKOBS pautada no funcionalismo sistêmico que, por sua vez, fundamenta-se em premissas de LUHMANN.

Demonstrando aquilo que vem se sedimentando na doutrina pátria e estrangeira, BONFIM e CAPEZ salientam que modernamente há quem pense que o Direito Penal deva ser ensinado com base na teoria da pena, e não na teoria do delito:

Assim, possibilitar-se-ia a identificação da pena correta a ser aplicada em determinada circunstância, amoldando-se, depois, a correta teoria do delito justificadora da aplicação dessa pena. Em verdade, toda a discussão centra-se na moderna concepção do Estado Democrático de Direito, que despiu a pena de uma função exclusivamente retributiva, vislumbrável, referencialmente pela teoria absolutista de Kant. É que, atualmente, propugna-se uma finalidade à pena: por que punir? Para que punir? Estabelecer o que e de que forma punir. É a visão utilitária da pena e seu caráter preventivo.

(...) A teoria dos fins da pena adquire, portanto, valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua conseqüência, e os fins desta.¹²²

GRECO¹²³, MOLINA¹²⁴ e QUEIROZ, dentre outros também compartilham dessa opinião. Este último - a título ilustrativo - verifica acertadamente que “o funcionalismo pretende, assim, unir a teoria do delito à teoria da pena ou, ainda, integrar a política criminal à dogmática penal, temas tradicionalmente tratados de forma separada, como se nenhuma relação mantivessem entre si”.¹²⁵

Assim, a análise das teorias das penas até a concepção de JAKOBS, intimamente ligada à própria teoria do delito, revelará premissas fundamentais para se aferir como, por quê e em que circunstâncias ele denunciou e posteriormente defendeu a legitimidade de um modelo diferente e excepcional de Direito Penal – ‘o Direito Penal do Inimigo’.

121 Ibid., p. 53-54

122 BONFIM; CAPEZ, op.cit., p. 630

123 GRECO, op. cit.

124 MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho Penal – Introducción**. Madri: Universidad Complutense Madrid, 2000, p. 498

125 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p.87

CAP. IV – DAS CLÁSSICAS TEORIAS DA PENA À PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

“A solução do problema da criminalidade não vai ser encontrada nunca, pelo menos, nunca a tempo. Mas no momento presente, em uma sociedade avançada, pós-industrial e pós-moderna, devemos buscar um ponto de equilíbrio, provisoriamente satisfatório, entre o eterno conflito entre prevenção especial, entre sociedade e indivíduo, entre os legítimos desejos de funcionalidade e eficácia dos instrumentos jurídicos sancionatórios e da salvaguarda da liberdade e dignidade das pessoas”. (Francisco Muñoz Conde).¹

Já disse o maior penalista do Império - TOBIAS BARRETO -, que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar o fundamento jurídico da guerra, de modo que a pena, antes de jurídico, é um conceito político”.²

No que pese tal reflexão, lembra WELZEL que o homem tem meditado sobre o sentido e a finalidade da pena desde que a filosofia passou a fazer parte da sua existência.³ CARRARA, no mesmo sentido, afirma que “procurar a *origem da pena* é fórmula escolástica, mas vazia de sentido, quando se considera a pena de um ponto de vista abstrato e especulativo. Tanto valeria procurar a origem da vida do homem, como se este, conservando sua natureza, pudesse ter existido um instante sem possuir a vida”.⁴

De outra parte, é inegável que o direito punitivo se debate com um problema crucial, o referente ao seu fundamento jurídico e ao fim da pena, conforme observa BRUNO:

Não é um problema simplesmente metafísico ou filosófico, como à primeira vista poderia parecer, mas de imenso interesse prático, porque dele depende a configuração da pena nas legislações e a orientação total dos sistemas penais. Um tema sempre apaixonante, que ainda hoje, como diz PREISER, é a questão inicial de toda consideração do Direito punitivo, e a sua problemática, observa

1 CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005, p. 111

2 BARRETO, Tobias. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Record; Brasília: Instituto Nacional do Livro / Ministério da Cultura, Org. Luíz Antônio Barreto, 1991, v.1 p. 149-151 (o trabalho data de 1886, sendo publicado como apêndice à 2ª ed. de *Menores e Loucos*; a 1ª ed., Rio de Janeiro, 1884, não o inclui). Sobre o festejado autor vale destacar: LYRA, Roberto (*Direito Penal Científico*, p. 29; *Tobias Barreto. O homem pêndulo*) COSTA Jr., Heitor (*Tobias Barreto, in RDP*, n° 31, p. 97); MERCADANTE, Paulo Paim (*Tobias Barreto na cultura brasileira. Uma reavaliação*) LOSANO, Mario G. (*Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 370); SILVEIRA, Junot (*O romance de Tobias Barreto*) (*apud* CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Revan, Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005, p. 111-112)

3 WELZEL, Hans. *Direito Penal*. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Romana. Trad. Afonso Celso Rezende, 2004, p. 329-330

4 CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*. Campinas: LZN, 2002, v. II, p. 13-14

MAURACH, nada perdeu da sua importância. Essa questão, não a do método, é que marca as distâncias entre as posições dos penalistas, e dentro das escolas é que ela é formulada e diversamente resolvida.⁵

Daí a preferência por uma prévia  cursão, ainda que singela, pelas diferentes escolas e dogmáticas penais antes de se adentrar ao tema que configura o ponto de partida de JAKOBS para sua teoria do delito intimamente ligada à finalidade da pena: a teoria da prevenção geral positiva.

Segundo CARRARA, a palavra *pena* tem três significados distintos: 1º - em sentido *geral*, exprime qualquer dor, ou mal que ocasione dor; 2º - em sentido *especial*, designa um mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais; 3º - em sentido *especialíssimo*, indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado.⁶

GARCIA, por sua vez, apresenta os verbos que, na diversidade das opiniões, indicam as finalidades possíveis do direito de punir e, através delas, as razões da sua existência: castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender. Para precisar essas finalidades, segundo ele, elaboraram-se doutrinas que reuniram maior ou menor número de adeptos. “E algumas tiveram irradiação tão ampla, que passaram a constituir escolas, as quais intentaram delimitar-se pela fixação de toda uma série de idéias centrais sobre as mais graves questões da nossa matéria”.⁷

CARRARA ressalva ser talvez impossível enumerar todos os sistemas imaginados, *v.g.* pelos publicistas, para dar ao direito de punir o seu princípio fundamental, mas ainda assim, de forma didática, aponta os seguintes:⁸

a) *vingança* (admitiram que uma paixão perversa pudesse converter-se em direito exigível - HUME, PAGANO, VECCHIONI, BRUCKNER, RAFFAELLI, ROMANO etc.); b) *vingança purificada* (a sociedade pune, a fim de que o ofendido não se vingue - LUDEN); c) *represália* (fórmula de FRANCIS LIEBER, em estudo publicado em 1838 na cidade de Filadélfia que, em essência, representa mero disfarce da vingança); d) *aceitação* (promulgada a lei cominadora da pena, o cidadão que cometer o delito, sabendo ser daquele modo punido, voluntariamente se terá sujeitado a ela e não terá razão de queixar-se); e) *convenção* (ROUSSEAU, MONTESQUIEU, BURLAMAQUI, BLACKSTONE, VATTEL, BECCARIA, MABLY, PASTORET, BRISSOT DE WARVILLE) ou a cessão à sociedade do direito privado de defesa direta; f) *associação* (a constituição da sociedade desenvolve o direito

5 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.1, Tomo I, p. 78-79

6 CARRARA, op.cit., p. 43

7 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I, p. 66

8 CARRARA, op.cit., p. 53-57

punitivo em razão da própria união - PUFFENDORF); g) *reparação* (quem causou um dano deve repará-lo - KLEIN, SCHNEIDER, WELCKER); h) *conservação* (SCHULZE, BUSATTI, MARTIN), ou pela da defesa social indireta (ROMAGNOSI, COMTE, RAUTER, GIULIANI), ou *necessidade política* (FEUERBACH, KRUG, BAVER, CARMIGNANI), na qual com o punir, exerce a sociedade o direito, inerente a todo ser, de se conservar; i) *utilidade* (princípio assentado no postulado de que a utilidade dá o sumo do princípio do bem moral e o fundamento bastante do direito - HOBBS, BENTHAM); j) *correção* (a sociedade tem direito de punir o culpado para emendá-lo - ROEDER, FERREIRA, MAZZOLENI, MARQUET-VASSELOT); l) *expição* (é princípio de absoluta justiça que expie a sua falta, sofrendo um mal, quem produzia um mal - KANT, MENCHE, PACHECO).

Não obstante tais sistemas, forçoso reconhecer, com amparo em BRUNO, que as idéias modernas sobre a natureza e as causas do crime e a exigência de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas destinadas não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível. Trata-se das chamadas medidas de segurança.⁹

As inovações, os novos sistemas de punição (seja com penas, seja com medidas de segurança) e, enfim, a forma de se ver o direito de punir, conforme já salientado, foram influenciados por diversos movimentos e metodologias de escolas penais¹⁰ e, naturalmente, vêm se alterando com a concepção funcionalista - puro retrato do mundo contemporâneo.

Certo é, de qualquer forma, que, embora o Direito Penal não tenha conseguido eximir a pena da eiva de castigo, são inegáveis as suas múltiplas utilidades, segundo lição de GARCIA:

Nestas duas fórmulas – prevenção geral e prevenção especial cabem as vantagens da pena. Sob o lema da prevenção especial, tem-se em apreço a pessoa do delinqüente, sobre o qual se exerce a medida repressiva. Conquanto destinada à repressão, a pena realiza uma função preventiva, quando afasta o indivíduo do meio social, impedindo-o de delinqüir, e quando visa criar estímulos para que não torne a praticar crimes, quer infundindo-lhe o temor do castigo, quer procurando corrigi-lo, para que ele, melhorando moralmente, se sinta propenso a uma conduta compatível com a vida em sociedade.¹¹

Esse pequeno traçado até a concepção da proposta integradora de JAKOBS pode ser resumido em a) absolutas: não peque (*punitur quia peccatum est*); b) relativas ou utilitárias: pune-se porque pecou e para que não peque (*punitur ut ne peccetur*) e c) mistas: pune-se para que não peque (*punitur quia peccatum est*

9 BRUNO, *Direito Penal...*, v. 1, Tomo I, p. 03-04

10 Neste sentido: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004, Tomo I, p. 257-263

11 GARCIA, *op.cit.*, v. 1, Tomo II, p. 406

et ne peccetur).

1. TEORIAS ABSOLUTAS

A *teoria absoluta* considera a pena intrinsecamente justa, inculcando-a como remédio para o mal acontecido, sendo o seu fundamento o princípio moral – *punitur quia peccatum est*. São consideradas absolutas todas as teorias que vêem o Direito Penal (e a pena) como um fim em si mesmo, cuja justificativa não depende de razão utilitária ou preventiva.¹²

A teoria em apreço, lembra GARCIA, também chamada ‘da retribuição ou da expiação’, exerceu enorme influência entre os juristas da escola Clássica. Foram inúmeros os vultos que a professaram, muitas vezes com modificações, como o fez o insigne PESSINA (*Elementi di Diritto Penale* - 1882).¹³

Como bem observou WELZEL, as teorias absolutas vêem na retribuição justa não somente a pena justificada, mas também a garantia da sua realidade e o esgotamento do seu conteúdo. Ele assim elenca suas características:

- a) A necessidade moral da pena garante – assim dizem estas teorias – também sua realidade, seja em virtude da identidade de razão e realidade (Hegel), seja por obra de um imperativo categórico (Kant), ou em virtude de uma necessidade religiosa (Stahl).
- b) Segundo a teoria absoluta, está esgotado o conteúdo da pena com a realização de uma retribuição justa. Todas as outras conseqüências (intimidação, melhoramento) são, no melhor dos casos, efeitos favoráveis secundários que não tem nada a ver com a natureza da pena (novamente, com particular claridade, Kant no livro citado).¹⁴

Dentre as concepções absolutas, merecem destaque, máxime para os fins do presente trabalho, os posicionamentos de KANT (1724-1804) e de HEGEL (1770-1831).

Para KANT a pena é um imperativo categórico: “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra”. Este imperativo categórico, segundo KANT, implica dizer que mesmo havendo apenas um criminoso e a sociedade estando em vias de desaparecimento, ainda assim o criminoso deve ser punido. Enfim, exigem-na a razão e a justiça: é simples conseqüência do delito,

12 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45

13 GARCIA, op.cit., v.1, Tomo I, p. 76

14 WELZEL, op.cit., p. 330-331

explicando-se plenamente pela *retribuição* jurídica. Ao mal do crime, o mal da pena, imperando entre eles a igualdade. “Só o que é igual é justo. Alega-se, destarte, que, sob certo aspecto, o *talião* seria a expressão mais fiel dessa corrente”.¹⁵

HIRECHE, também fazendo alusão a KANT, ressalta sua divergência frontal da ‘instrumentalização do homem’, isto é, que se aplique uma pena para que sirva de exemplo para os outros indivíduos. “A pena jurídica, *poena forensis*, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real”.¹⁶

HEGEL é outro expoente da teoria retribucionista.

Ao desenvolver sua argumentação, HEGEL estabelece um método dialético, em que a pena representaria, ao final, a reafirmação do Direito. Pode-se observar na concepção hegeliana que “como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito”.¹⁷

A pena, em HEGEL é, pois, uma necessidade lógica, ou ainda, como já o disse GARCIA, “o direito é manifestação da vontade racional. A pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional, servindo a pena para restaurar uma idéia, precisamente para restaurar a razão do delito”.¹⁸

Aliás, o Papa Pio XII, com a mesma concepção, salientou que a “culpa é o golpe, a pena, o contra-golpe. A pena restaura o que o delito destruiu”.¹⁹ DIP, com o mesmo raciocínio, salienta:

A pena é a reação exigida pelo direito e a justiça frente à culpa; são como o golpe e

15 BRUNO, **Direito Penal...**, v. 1, Tomo I, p. 94-95

16 HIRECHE, Gamil Föppel El. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16-17

17 HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia Do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, Trad. Orlando Vitorino, 1997, p. 87

18 GARCIA, op.cit., v. I. Tomo I, p. 73

19 **La culpa y la pena en sus mutuas conexiones**, exposição realizada em 05 dez. 1954 e 25. fev. 1955 no VI Congresso Nacional da União de Juristas Católicos Italianos; **Come rappresentanti. La ayuda cristiana al encarcelado**, último discurso sobre o Direito Penal, pronunciado no dia 26.05.1957, dianet da União de Juristas Católicos Italianos. (*apud*. BONASTRE, Gerardo Damián. **Fundamento, esencia y funciones de la pena en el magisterio de Pío XII**, Disponível em <<http://www.carlosparma.com.ar/Bonastre.htm>>, Acesso em 22 jul. 2005)

o contra-golpe. Por isso, a ordem violada com o fato culpável exige a reintegração e o restabelecimento do equilíbrio turbado. (...) A pena propriamente dita não pode, pois, ter outro sentido e finalidade que aquele que foi indicado, reinstalar novamente na ordem do dever o violador do direito, que se havia apartado dela.²⁰

Tal concepção - forçoso reconhecer - imprime à pena a finalidade de restabelecimento do próprio ordenamento jurídico atingido por uma violação, o que, dirão muitos, seria a retomada e a semente da concepção de JAKOBS ao apresentar sua 'teoria da prevenção geral positiva', base de seu 'Direito Penal do Cidadão'.

Ainda que a prevenção seja genuinamente denominada corrente utilitária e, portanto, relativa, NORONHA, ao sintetizar a análise das teorias absolutas, registra que em geral elas negam fins utilitários à pena, que se explica tão somente pela satisfação do imperativo de justiça. "É ela um mal justo, oposto ao mal injusto do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*)".²¹

Esse paradoxo é criticado pelos censores de JAKOBS, que lhe atribuem a criação de uma teoria supostamente utilitária, com feição absoluta. Ademais, a crítica que se faz a tais idéias, tal qual se faz hodiernamente ao próprio JAKOBS, refere-se ao seu conceito absoluto de Estado, de Justiça, de Moral e de Direito, que se mostram incompatíveis com o perfil dos Estados modernos – Estados funcionais (ou instrumentais) – diante de limites constitucionais intransponíveis, em especial a dignidade da pessoa humana.²²

2. TEORIAS RELATIVAS

Os adeptos da *teoria relativa*, por sua vez, emprestam à pena finalidade política e de utilidade, considerando-a como instrumento de prevenção de outros delitos: *punitur ne peccatur*.

FERRAJOLI destaca que a concepção da pena enquanto meio, e não como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, englobando as que pregam a emenda e a defesa social, a intimidação

20 DIP, Ricardo; MORAES Jr.; Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 242

21 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, v. 1, p. 28

22 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 47

geral, a neutralização do delinqüente e a integração dos outros cidadãos. O utilitarismo, segundo ele,

não fosse pelo fato de que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. Aliás, não é por acaso que constitui um elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal, tendo desenvolvimento como doutrina política e jurídica – excluídas as suas remotas ascendências em Platão, em Aristóteles e em Epicuro – em razão do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, implementador do Estado de direito penal moderno. ‘A finalidade da lei, para a qual orienta as suas disposições e sanções’, afirma Francis Bacon, ‘não é outra que a felicidade dos cidadãos’.²³

QUEIROZ, por sua vez, assinala que em oposição às absolutas, “as teorias relativas (ou teorias da prevenção) são marcadamente teorias finalistas, por verem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente. Fim da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos, daí por que são também conhecidas como teorias da prevenção”.²⁴

As formas de prevenção convergem, na realidade, para o momento em que se inicia a preocupação em evitar a ocorrência dos delitos, adotando enfoques que vão desde as causas da delinqüência até a necessidade de se evitar a reincidência.²⁵ Trata-se, no dizer de FERRAJOLI, “da ambivalência a ser enfrentada pelo utilitarismo jurídico: o objetivo da máxima segurança e aquele da mínima aflição”.²⁶

Com efeito, ressalta o próprio FERRAJOLI que, combinados os critérios das finalidades preventivas comumente indicadas pelas teorias relativas, afiguram-se quatro tipos de doutrinas utilitaristas:

a) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; b) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; c) doutrina da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; d) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.²⁷

23 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, p. 208-209

24 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 48

25 HIRECHE, op.cit., p. 21-22

26 FERRAJOLI, op.cit., p. 212

27 Ibid., p. 212-213

GOMES e CERVINI enumeram as espécies de prevenção em três momentos distintos, destacando: a) *prevenção primária* (atua na origem do problema da criminalidade, procurando solucioná-lo pela base – políticas públicas); b) *prevenção secundária* (atua não mais sobre a coletividade, mas sobre determinado número de pessoas, que, pelas circunstâncias, estariam mais propensas a cometer delitos); c) *prevenção terciária* (ação estatal sobre as pessoas que já cometeram crimes, com o propósito de evitar a reincidência).²⁸

Nessa última hipótese, defende-se uma espécie de ressocialização no curso da execução penal, de modo a impedir que o criminoso voltasse a delinquir: trata-se, na verdade, da prevenção especial.

2.1. Prevenção especial

Segundo a teoria da prevenção especial (ou prevenção individual), a norma penal se dirigiria a apenas uma parte da sociedade: aos indivíduos que, tendo cometido um ilícito, seriam compelidos a não mais delinquir.

VON LISZT, considerado o maior expoente desta teoria,²⁹ salientava que a “função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinqüente, com a finalidade de evitar futuros delitos”.³⁰

Sobre o propósito de uma tríplice função da prevenção especial – inocuidade, intimidação e correção – classifica-se a prevenção especial em positiva e negativa, divisão que não ganhou a mesma notoriedade em relação à prevenção geral: “a prevenção especial positiva seria representada pela advertência ou ressocialização, enquanto a prevenção especial negativa estaria a ocorrer com a inocuidade, temporária ou indeterminada”.³¹

Ademais, para os teóricos desta corrente, “a intervenção penal serve à neutralização dos ‘impulsos criminosos’ de quem já incidiu na prática de crime, o delinqüente, impedindo-o de praticar novos delitos. Dito mais claramente: fim da

28 GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado. Enfoques Criminológico, Jurídico e Político-Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44-46

29 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 55

30 HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, p. 27-29

31 *Ibid.*, p. 29

pena é evitar a reincidência. A prevenção de futuros delitos já não se dirige, portanto, à generalidade das pessoas, mas ao infrator da norma em especial”.³²

Na feliz síntese de GARCIA, “o direito penal pretende, assim, a conversão do criminoso em homem de bem”.³³

Além da moderna escola alemã de VON LISZT, necessário repisar com o auxílio de QUEIROZ, que diversas correntes de pensamento advogaram, ou ainda advogam, essa forma de justificação do direito de punir, mesmo que com outras roupagens: o *correcionalismo espanhol* (DORADO MONTERO, CONCEPCIÓN ARENAL); o *positivismo italiano* (LOMBROSO, FERRI, GAROFALO) e, mais recentemente, o *movimento de defesa social* (FILIPPO GRAMÁTICA e MARC ANCEL), dentre outros.³⁴

Em sua versão mais radical, a teoria da prevenção especial pretende a substituição da Justiça Penal por uma ‘medida social’, cuja tarefa é o saneamento social pela aplicação de medidas terapêuticas, que visam tornar o delinqüente que o torne, por assim dizer, dócil. Tais medidas englobam a segregação provisória ou definitiva e o tratamento ressocializador que lhe anule as tendências criminosas.³⁵

Pode-se identificar aqui a relevância da idéia de medida de segurança.

LEVORIN, nesse diapasão, destaca que “a medida de segurança parece ganhar destaque dentro dos ordenamentos jurídicos nas diversas legislações considerando que ‘na prática as penas privativas de liberdade, inclusive severas, não resultaram suficientemente eficazes contra os multirreincidentes; aparece como imprescindível – salvaguardando o princípio da dignidade da pessoa humana e as exigências de legalidade no sentido mais amplo do termo – a aplicação de uma medida de segurança”.³⁶

Segundo o autor, atendendo a finalidades de defesa social ligada à prevenção especial, seja sob a forma de pura segurança, seja sob a forma de ressocialização,

o destaque das medidas de segurança surgem no momento em que se frustra o conceito de ressocialização da pena e identificam-se várias violências aos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade. Em decorrência da

32 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p. 53-54

33 GARCIA, op.cit., v. I, Tomo I, p. 72

34 Ibid., p. 53

35 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p. 53-54

36 LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da Legalidade na Medida de Segurança. Determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 161

falência da pena, a medida de segurança emerge como substitutivo daquela, devendo se pulverizar, porém deve manter um jugo profundo com as exigências do princípio da legalidade e dos seus corolários.³⁷

No mesmo esteio, adverte JAKOBS que

una breve consideración de las estadísticas de reincidencia desde finales del siglo pasado hasta el día de hoy enseña que – al menos en el Derecho penal de adultos – no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en el cárcel.³⁸

A teoria, contudo, não passou incólume a críticas.

HASSEMER, v.g., salienta que o problema dessa concepção é que, em determinados casos, poderá se chegar à obtenção de penas indefinidas e indeterminadas, uma vez que enquanto não estiver apto ao retorno à sociedade, o delinqüente dela ficará afastado.³⁹

Ainda segundo HASSEMER, apesar da feição suave e discreta da teoria da ressocialização, as justas críticas à ‘prevenção especial’, começam pela indagação sobre o fim a ser atingido: “uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme ao Direito Penal?), uma ‘conversão’ também interna, uma ‘cura’, um consentimento com as normas sociais/jurídicas/penais de nossa sociedade?”⁴⁰ E conclui:

Como meio utilizado pelo Direito Penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatá-lo não apenas no corpo, mas também na alma e mais: almeja exorcizar seu estilo de vida e seus modelos de comportamento específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que respeitáveis representantes da idéia da ressocialização acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias da socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade), de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo panorama que se descortina sobre pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou imune a era do Direito Penal voltado para as conseqüências.⁴¹

QUEIROZ, por sua vez, ressalta que uma primeira observação a fazer acerca dessas teorias refere-se aos seus limites. Para ele, “elas já pressupõem a

37 Id.

38 JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Cuadernos de Conferencias y artículos nº 16, Univesidad Externado de Colômbia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Trad. Manuel Cancio Meliá, 1998, p. 13-14

39 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 29

40 Ibid., p. 39-40

41 Id.

existência de normas penais vigentes e, mais ainda, a infração dessas normas por alguém em particular. Portanto, a prevenção especial não pode operar como a geral, no momento da cominação penal, mas só na execução da pena (...) Por isso é que não são propriamente teorias do *direito penal*, mas mais exatamente, teorias da *execução penal*.”⁴²

Ainda sob o mesmo aspecto, QUEIROZ exemplifica que o autor de furtos sucessivos (reincidente), embora de pouca importância social, poderia ser submetido a uma longa medida de segurança (ou pena) por ser considerado perigoso, ao passo que um homicida ocasional poderia sofrer uma pena mínima (ou nenhuma pena), face a sua não-perigosidade. Afinal, “para essa teoria, decisivo não é o fato em si, mas o seu autor, uma vez que o fato é sintoma da temibilidade do agente”.⁴³

Ademais, segundo HASSEMER,

enquanto apenas se especula sobre esses efeitos e continuamente se lança mão do surrado argumento ‘nada funciona’, a idéia da ressocialização se transforma em moeda de troca de qualquer política de segurança pública e da respectiva ideologia. Na Escandinávia, nos Estados Unidos, menos espetacularmente também entre nós, ela primeiro se apresenta como panacéia, um verdadeiro salvo-conduto para a solução de todos os problemas da criminalidade e, pouco depois, converte-se no charlatão, que subtraiu dos presos e da sociedade tempo de vida e dinheiro.⁴⁴

SÁNCHEZ, com o mesmo tom crítico, faz a seguinte reflexão:

Na verdade, se não é possível diferenciar o sujeito delinqüente do não-delinqüente por razões de personalidade e de ambiente, senão apenas que o primeiro comete o delito porque o complexo de motivos determina que essa seja a solução mais vantajosa para ele, então a ressocialização – que parte da idéia de que o autor do delito mostra uma conduta desviada e algum gênero de patologia – evidentemente não tem sentido. Se o tem, ao contrário, teria sentido a inculpação (*incapacitation*), como vantagem adicional da imposição da pena, uma vez que o delinqüente fica impedido, durante o tempo que a sofre, de cometer delitos (ao menos fora da prisão).⁴⁵

A prevenção especial tornou-se, portanto, a bandeira do positivismo criminológico, “daquelas tendências que negando ou prescindindo de um enfoque ético da personalidade humana, examinaram somente os fatos naturalísticos do crime com a conclusão de que é sempre a expressão de uma personalidade ‘anormal’; que deve ser possivelmente corrigida pela sanção a fim de que se chegue

42 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p. 53-54

43 *Ibid.*, p. 56

44 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 39-40

45 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Eficiência e Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2004, p. 49-50

à recuperação do réu com o benefício, não apenas individual, mas também social”.⁴⁶

O campo da prevenção especial é o da periculosidade, não o da culpabilidade e, portanto, “atua onde se possa deduzir, de um complexo de condições subjetivas, que um indivíduo poderá ser causa de crimes, mas não se encontra onde impera a exigência da retribuição que pretende fazer sentir ao réu o que significa violar a lei”.⁴⁷

É necessário registrar, desde já, que JAKOBS descreverá sua teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ com uma feição assemelhada ao positivismo, ao ‘Direito Penal do autor’ e à finalidade de prevenção especial negativa da pena (inocuidade). Segundo seus críticos, essa teoria representará a retomada de elementos do Direito Penal do autor e da adoção de critérios da prevenção especial para justificar o tratamento diferenciado daquele que se porta como ‘inimigo da sociedade’.

Contudo, para chegar a esta construção, JAKOBS parte do funcionalismo sistêmico, uma reconstrução da teoria do delito intimamente ligada à teoria da pena por ele preconizada: a ‘prevenção geral positiva’.

2.2. Prevenção geral

Assinala FERRI, de forma bastante didática que

a sanção ou pena que, para BECCARIA era ‘um motivo psicológico oposto ao crime’, para ROMAGNOSI ‘a contra-impulsão penal à impulsão criminosa”, para FEUERBACH uma ‘coação psicológica’ ou, para um outro, ‘coação psicossocial’ compreende-se, na realidade da vida social, não só como cominatória escrita na lei, mas também como *aplicação* judiciária a cada caso e como execução coercitiva de toda a decisão judiciária. E a sanção pode assumir forma preventiva ou reparadora, ou repressiva ou eliminatória.⁴⁸

Em contraposição às teorias absolutas da pena, exclusivamente retributivas, surgiu, tal qual assinalado à prevenção especial, a concepção da pena fundada no contrato social e, portanto, no Estado Liberal que lhe conferia não um caráter meramente repressivo, mas essencialmente a função utilitária de proteção da sociedade: a de prevenção de delitos.

Essa teoria da pena, embora não tenha possuído a mesma amplitude e

46 BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 656

47 Ibid., p. 657

48 FERRI, op.cit., p. 140

relevância da teoria da retribuição, foi adotada, dentre outros, por BECCARIA e pela maior parte da doutrina clássica alemã.

A pena - lembra SANTORO FILHO - passaria a possuir como maior função inculcar o medo do castigo nos integrantes da sociedade, não somente a partir da previsão legal da sanção para os tipos de crimes, como também pelo exemplo conferido com a aplicação e execução desta sanção aos que praticam tais condutas: “através do medo, evita-se que crimes sejam cometidos, pois cria-se a certeza da punição como conseqüência lógica da ação desvalorada, suprimindo-se, assim, a força dos impulsos criminosos como fatores dominantes da conduta”.⁴⁹

No mesmo sentido, ressalta BETTIOL que a doutrina da prevenção geral parte da consideração de que

o fim único das penas é afastar os delitos da sociedade, em razão do que através da ameaça, deve-se considerar presente na aplicação e na execução da pena a idéia de que a generalidade dos cidadãos é colocada na condição psicológica de não cair no delito. A sociedade defende-se de melhor modo contra o crime quando, através da ameaça da pena em geral e sua aplicação ou execução em particular, suscita nos cidadãos inibições capazes de frustrar aquelas forças psicológicas que podem existir no ânimo dos cidadãos como determinantes do crime.⁵⁰

MORAES Jr., de outra parte, adverte que, pela ótica da prevenção geral, a punição “nem há de ser tão rápida que o delinqüente virtual considere positiva a relação custo/benefício – se a pena é insuficiente, o risco sempre vale a pena -, nem tão longa que o criminoso potencial nela veja menos uma ameaça a temer e mais um desafio a enfrentar (o peso e a régua)”.⁵¹

BENTHAM, FEUERBACH e ROMAGNOSI são grandes vultos da teoria da prevenção geral.⁵²

NORONHA, ao ressaltar o caráter utilitário da obra de ROMAGNOSI (*Genesis del diritto penale*), registra que se depois do primeiro delito houvesse certeza moral de que não se seguiria outro, a sociedade não teria direito de castigá-lo. Para ROMAGNOSI o Direito Penal é “um direito de defesa contra a ameaça permanente do crime. (...) A pena não é vingança, mas deve inculcar temor no criminoso, para que não torne a delinqüir. A sua medida regular-se-á pela qualidade e intensidade do impulso delituoso (*spinta criminosa*); ela é a *controsinta*. Deve,

49 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000, p.50

50 BETTIOL, op.cit., p. 653-654

51 DIP; MORAES Jr., p. 24

52 v. a respeito: HASSMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. **Principales Problemas de la Prevención General**. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, 2004

entretanto, ser empregada em último caso, cedendo lugar aos meios preventivos”.⁵³

Ainda que ROMAGNOSI seja lembrado como grande vulto dessa teoria, certo é que a idéia e o mecanismo processador da ‘prevenção geral’ como fundamento do direito de punir tiveram em BENTHAM e FEURBACH os expoentes máximos.

BENTHAM (1748-1832) considerava que o fim principal da pena era prevenir delitos futuros, pois o que já passou não representa mais ameaça, mas sim a violência incógnita que ainda está por vir. Segundo ele, as leis devem ter uma base racional visando conciliar o egoísmo individual com a utilidade coletiva.

A palavra pena ou precisamente ‘castigo’, para BENTHAN, representa um mal que deve recair acompanhado de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem cometido algum ato prejudicial, proibido por lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro: “entram nesta definição três circunstâncias, que não entravam na definição abstrata: o direito de punir – o fim da pena, - restringir o castigo o mais que for possível, de sorte que se não possa estender além do réu”.⁵⁴

Com FEUERBACH (1775-1833), e sob forte influência dos ideais iluministas, o Direito Penal ganhou novo impulso, assumindo os primeiros contornos que o levariam mais tarde à moderna concepção garantística. Não sem razão, FEUERBACH é considerado por alguns como o ‘pai do Direito Penal moderno’ e por outros como precursor do ‘Positivismo Penal’. Para ele, a finalidade do Estado é a convivência humana em conformidade com o Direito. Sendo o crime a violação do Direito, o Estado está na obrigação de impedi-lo. Tal função é conseguida mediante coação psíquica e física imposta pela pena.

O fim dessa teoria, recorda NORONHA, seria “a intimidação de todos para que não cometam crimes: é a ameaça legal. (...) A essência da doutrina de Feuerbach é, portanto, a intimidação da coletividade, através da coação psicológica, conseguida por meio da pena, cominada em abstrato na lei, e executada quando a cominação não foi suficiente. Deve-se a ele a formulação do famoso princípio *nulla sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legale*, sintetizado

53 NORONHA, op.cit., p. 29-30

54 BENTHAN, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme/SP: Edijur, 2002, p. 20

depois para *nullum crimen, nulla poena sine lege*".⁵⁵

Em síntese, na concepção mais difundida, "considera-se, então, que a existência da norma penal infundiria nas pessoas um temor que, em sendo violados os preceitos legislativos, sobre elas recairia uma pena e este amedrontamento as impediria de cometer ilícitos".⁵⁶

Aliás, segundo entende parte da doutrina, a primeira e mais conhecida formulação da teoria da prevenção geral, em sua versão *negativa*, deve-se a FEUERBACH, uma vez que, segundo ele,

todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a *sensualidade*, na medida em que a concupiscência do homem é que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso, pois, da sensualidade opõe-se um contra-impulso – *spinta criminosa e contra spinta penale*, segundo a expressão de Romagnosi (impulso criminoso e contra-impulso penal) - que é a certeza da aplicação da pena. Função, pois, da pena é a prevenção geral de novos delitos por meio de uma "coação psicológica" exercitada sobre a comunidade, a intimidar ou (contra) motivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige, distinguindo-se dois momentos da pena: o da cominação e o da sua efetiva aplicação.⁵⁷

2.2.1. Teorias ecléticas: breves contornos

Antes da detida análise do modelo utilizado por JAKOBS em seu funcionalismo sistêmico ('prevenção geral positiva'), afigura-se relevante, para fins didáticos, um célere registro de algumas posições conciliatórias. Repetindo mais uma vez a lição de LYRA: "no Direito Penal, primeiro historiar, depois conceituar, porque os conceitos básicos evoluíram com a história, em função dela".⁵⁸

Dizem-se unitárias (mistas ou ecléticas) todas as teorias que, desejando superar as antinomias entre as diversas formulações teóricas apresentadas (absolutas e relativas), pretenderam combiná-las ou unificá-las ordenadamente.⁵⁹

É inegável, como registra LUISI, que a pena tem um caráter 'polifuncional', sendo certo que seus fins principais são o de retribuir o mal do crime e o da prevenção. E em caráter secundário, bem observa, "a pena pode servir para educar ou reeducar o delinqüente. Mas isto só é eventualmente viável, dependendo de uma série de circunstâncias conjunturais, principalmente da decisão política de aplicar os

55 NORONHA, op.cit., p. 28-29

56 HIRECHE, op.cit., p. 33-34

57 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p. 48-49

58 58 LYRA, Roberto. *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 17

59 HIRECHE, op.cit., p. 57

recursos necessários para que se torne possível o objetivo em causa”.⁶⁰

Dentre as teorias mistas atuais que buscam a conciliação ou a ‘polifuncionalidade’, merecem destaque a teoria dialética unificadora de ROXIN e o Direito Penal mínimo e garantista (*garantismo neoclássico*) de FERRAJOLI.

Para ROXIN, a finalidade básica do Direito Penal é a prevenção geral subsidiária de delitos (prevenção positiva-negativa), ou seja, visa dissuadir as pessoas do cometimento de delitos e somente deve ser aplicado quando fracassem outras formas de prevenção e controle sociais. No entanto, segundo ROXIN, cabe ao Direito Penal, não apenas a prevenção negativa, mas também o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, que passaria a intervir positivamente.

Já o garantismo de FERRAJOLI prega que a única função capaz de legitimar a intervenção penal é exclusivamente a prevenção geral negativa, não apenas com o intuito de prevenir futuros delitos, mas de prevenir, sobretudo, reações informais públicas ou privadas arbitrárias: “a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe *só ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias”.⁶¹

Merecem ainda destaque as teorias ditas ‘deslegitimadoras’, representadas, em essência, pelo abolicionismo penal (HULSMAN) e pelo minimalismo radical (BARATTA, ZAFFARON) e minimalismo moderado (GARCÍA-PABLOS, LARRAURI, HASSEMER, SCHEERER e NAUCKE), que têm em comum o fato de se insurgirem contra a existência do próprio Direito Penal: “recusam legitimação ao Estado para exercitar o poder punitivo, pondo em destaque, principalmente, a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que os resolver, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos estéreis e inúteis”.⁶²

Diante de toda essa divergência, a única certeza é, como leciona LUISI, o caráter ‘polifuncional’ da sanção penal. Contudo, seja pela pretensão lógica do presente trabalho, seja para se conhecer efetivamente a obra e as pretensões de GÜNTHER JAKOBS, faz-se necessário compreender as características de seu

60 LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p.186

61 HIRECHE, op.cit., p. 59

62 Ibid., p. 60-61

modelo, assim como os fundamentos por ele utilizados para tomar a prevenção geral positiva como função primordial do direito de punir.

2.2.2. Prevenção geral positiva: a finalidade da pena para GÜNTHER JAKOBS

Acertadamente, DIETER afirma que “a inexistência ou incapacidade absoluta das instituições responsáveis pelo cumprimento da pena evidencia uma crise de legitimação da pena tradicionalmente fundada na retribuição e prevenção, conceitos construídos a partir da ideologia oficial e determinados pelo centro do poder econômico”.⁶³ Em busca de novas hipóteses de legitimação para a pena, a doutrina alemã tenta resgatar a função de prevenção geral positiva, fundada na necessidade de manutenção de expectativas comportamentais normativas.

Registre-se, contudo, que ao tratar da finalidade da pena, CARRARA já antecipara o conceito de prevenção geral positiva por meio da integração, inclusive rechaçando alguns críticos da época:

Dizem também os nossos opositores que se escarnece de toda lei moral quando se pretende permanecer firme na idéia de que a base e fim da pena é a justiça ou a reafirmação da ordem jurídica, ou outras semelhantes, mesmo sem outra destinação mais determinada e sustentável do que a subentendida por essas expressões, sendo que, de tais palavras imprecisas e geral nada se pode extrair de útil ao direito penal. Mas essa reprovação encontra, de nossa parte, antes do mais, peremptória resposta que freqüentemente deveremos repetir: a de que essa reprovação não nos atinge.⁶⁴

Aliás, RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, parafraseando o próprio CARRARA, afirmam:

*El fin de la pena no es que se haga justicia; ni que el ofendido sea vengado; ni que sea resarcido el dano por él padecido; ni que el delincuente expie su delito; ni que se obtenga su enmienda. Todas estas cosas – advierte Carrara, em la misma línea que ahora Jakobs – pueden ser consecuencias acesorias de la pena y pueden ser algunas de ellas deseadas; pero la pena sería también incriticable aunque todos estos resultados faltasen. El fin primário de la pena sería, más bien, el restablecimiento del orden externo de la sociedad.*⁶⁵

Ainda sob o mesmo prisma, os referidos autores salientam que a

63 DIETER, Maurício Stegemann Dieter. **Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs: aportes a partir da obra de Juarez Cirino dos Santos.** Disponível em <http://www.apmppr.com.br/congresso/trabalhos/UmaCritFunPrevGerPositPena.doc>, Acesso em 19 jul. 2005

64 CARRARA, op.cit., p. 25-26

65 RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.1999, p. 31-33

coincidência com JAKOBS é praticamente completa: “*la pena está destinada a actuar más sobre los otros que sobre el culpable (...) para tranquilizarlos tanto respecto del delincuente mismo, como respecto de sus temidos imitadores.*”⁶⁶

GÜNTHER JAKOBS foi, no entanto, discípulo de WELZEL, ainda que tenha construído sua teoria do crime intimamente ligada à teoria das penas, fugindo da concepção finalista⁶⁷. De qualquer forma, são evidentes os pontos de apoio em que se baseou JAKOBS para a criação de seu suporte teórico.

WELZEL asseverava que “é missão do direito penal amparar os valores elementares da vida da comunidade”.⁶⁸ Esses bens são a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade e outros (os chamados bens jurídicos). A lesão a eles determina conseqüências jurídicas (o desvalor do resultado). Assim, o Direito Penal teria por missão central

assegurar a valia inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de pena para as ações que se apartam de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais no atuar humano. (...) Sem embargo, a missão primária do direito penal não é o amparo presente dos bens jurídicos; isto é, o amparo da pessoa individual, da propriedade e outros, pois é ali, precisamente, aonde, por regra geral, chega sua ação tarde demais. Principalmente do amparo dos bens jurídicos individuais concretos está a missão de assegurar a real validade (a observância) dos valores do atuar ou agir segundo o pensamento jurídico.⁶⁹

Segundo o próprio JAKOBS, a pena – como confirmação da configuração da sociedade – tem pontos de estreito contato com uma teoria recente, segundo a qual a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que quem confia em uma norma deve ser confirmado como pessoa. Trata-se da ‘prevenção geral positiva’, não intimidatória, apenas confirmatória, ou seja, trata-se de uma confirmação frente a todos. Ela não carece de antecessores, senão que é próxima à doutrina de WELZEL, segundo a qual o Direito Penal tem uma função ‘ético-social’. Tal função demonstraria a vigência inquebrável dos valores “*de acto de la actitud conforme a Derecho, que forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su permanente actitud favorable al Derecho*”.⁷⁰

RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, ressaltando, porém, as divergências,

66 Ibid., p. 33-34

67 Nesse sentido: VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. Madrid: Revista de derecho penal y criminología, nº 15, 2005, p. 197-220

68 WELZEL, op.cit., p. 27

69 Ibid., p. 28-29

70 JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría...**, p. 32-33

assinalam:

... sin rechazar por completo la influencia de Welzel, su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente diferentes a los del finalismo. Como advierte el próprio Jakobs em el prólogo a la primera edición de sua Tratado, pese a la coincidencia de principio em que el Derecho penal há de asegurar la vigencia de los 'valores positivos de acción de carácter ético-social', sus respectivos caminos se separan desde ese punto por completo: en lugar de la dogmática ontologicista de Welzel, Jakobs propugna una normtización de los conceptos jurídico-penales com el propósito de orientarlos a la función que corresponde al Derecho penal.⁷¹

Divergirá JAKOBS, sobretudo, no tocante à reafirmação dos valores, salientando que a missão do Direito Penal será a reafirmação do próprio Direito Penal (ordenamento jurídico).

Formulada entre as décadas de setenta e oitenta, a teoria de JAKOBS se aproxima inquestionavelmente do funcionalismo sistêmico 

Nesse aspecto, acentua QUEIROZ que, dentre as teorias da prevenção geral positiva, merece especial referência a formulação de JAKOBS. Inspirada na teoria dos sistemas de LUHMANN, parte da perspectiva da funcionalidade do Direito Penal para o sistema social: “a pena, ou, mais precisamente, a norma penal, apresenta-se como necessidade funcional, ou, ainda, como necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Esse novo enfoque utiliza, enfim, a concepção *luhmanniana* do direito como instrumento de estabilidade social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas”.⁷²

É necessário, contudo, o registro feito por RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ no sentido de que

la mecánica correlación que em general se establece entre la construcción de la teoría de la prevención general positiva por parte de Jakobs y la teoría de sistemas, resulta ya inexacta por el hecho de que la sociología del derecho de Luhmann es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca há sido negada por Jakobs, pero como él mismo se ha encargado recientemente de señalar, es más limitada de lo que generalmente se supone.⁷³

De qualquer sorte, relembando as considerações contidas em capítulos anteriores do presente trabalho, LUHMANN confere ao Direito uma tarefa

71 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 17-18

72 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 50-51

73 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 30

específica:

... a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática (...) e podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais  nativa.⁷⁴

Dessa forma, seguindo, ainda que em parte, a teoria *luhmanniana*, JAKOBS entende que os contatos e interações geram naturalmente expectativas das mais diversas, asseguradas como condição de subsistência da ordem social, preservando o sistema social. Essas expectativas, observa BARATTA retratando o pensamento de JAKOBS,

podem ser desestabilizadas em face da decepção ou do conflito entre os que participam da interação social, são normatizadas, assegurando a confiança e a fidelidade das interações interindividuais ou sistêmicas. A pena, por sua vez, protege as condições de tal interação, e tem, portanto, função preventiva, pois assegura a validade da norma. Para a perspectiva sistêmica, por conseguinte, a reação punitiva (a pena) tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma (seu descumprimento) produz para a estabilidade do sistema e para a integração social.⁷⁵

MORSELLI, ainda sob o mesmo prisma, destaca a importância da finalidade da pena na teoria de JAKOBS, salientando que “a pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade (...). Para os seus partidários, a função da pena supera a motivação de condutas em conformidade com o direito, dissuadindo da prática de crimes”.⁷⁶

Com a prevenção geral positiva propõe-se, portanto, solidificar os valores sociais, garantindo que a sociedade continue a funcionar como um todo orgânico. Este é, pois, o ponto de encontro de WELZEL com seu discípulo. Sob a mesma ótica, assim discorre GRECO: “a chamada prevenção geral positiva (...) busca fortalecer seu sentimento de confiança no ordenamento jurídico e seu respeito pelos

74 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, Tempo Brasileiro, 1983, p. 116

75 BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Buenos Aires: *Doctrina Penal*, ano 8, n. 29, 1985, p. 81

76 MORSELLI, Elio. **A Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, vol. 19, 1997, p. 45-46

bens jurídicos fundamentais para o convívio em sociedade...”.⁷⁷

A pena tem, neste sentido, a função de confirmar as normas que tenham sido violadas, e, desta maneira, reforçar a confiança geral nelas mesmas. Tal confiança, ressalta BACIGALUPO, não consiste na crença de que nunca mais se cometerão fatos semelhantes: “Com esta formulação do problema evitam-se, de certo, as objeções que, em geral, têm invalidado outras teorias da pena, na medida em que estas faziam referência a certas conseqüências que exigiam uma verificação empírica”.⁷⁸

O próprio JAKOBS, ao apresentar sua teoria, justifica não ser possível “dar uma resposta somente com as idéias que se tem desenvolvido até o momento”, eis que, segundo ele, elas “se limitam ainda a condições puramente abstratas da juridicidade: as normas se infringem de maneira imputável, e a vigência da norma é confirmada pela pena: uma relação meramente formal”.⁷⁹

Explicitando a concepção do jurista alemão, QUEIROZ acentua: “a pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável cuja função é, portanto, afirmar positivamente a sua validade, que é a estabilização da norma lesionada, como réplica que tem lugar frente ao questionamento da norma”.⁸⁰

Portanto, a pena já não se presta, segundo essa perspectiva, à prevenção geral negativa, ou seja, à mera dissuasão de comportamentos delituosos, ou ainda à prevenção especial destinada a demover os potenciais infratores. Isto porque, conforme lição de JAKOBS, “destinatários da norma não são primariamente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todas, dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar”.⁸¹

Depreende-se do conceito, que o delito passa a ser uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto constitui a expressão simbólica da falta de fidelidade ao Direito. Dessa forma, JAKOBS trata o Direito Penal a partir da configuração da sociedade, e a expressão simbólica referida fará estremecer a

77 GRECO, Luís. **A Pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal**. Texto Inédito (*apud* HIRECHE, op.cit., p.38-39)

78 BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, Trad. André Stefam; Ver. Edilson Mogenot Bonfim, 2005, p. 31

79 JAKOBS, Günther. **Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijóo Sánchez, 2004, p. 45

80 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 51

81 Id.

confiança institucional, sendo a pena, por sua vez, uma expressão simbólica oposta à representada pelo crime.⁸²

TAVARES, de outro lado, registra que a pena, ou mais precisamente a norma penal, aparecerá na concepção de JAKOBS “como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas”. O autor destaca ainda que este novo enfoque utiliza a concepção luhmanniana do Direito como instrumento de estabilização social, orientação das ações e institucionalização de expectativas.⁸³

GÜNTHER JAKOBS, aliás, acentua que, consciente dos riscos, a sociedade passa a se conduzir de modo a exigir que a imposição de penas seja perceptivelmente preventiva. Essa mesma sociedade consciente dos riscos vê a necessidade de um balanceamento constante entre juridicidade e efetividade. Segundo JAKOBS, é justamente a incompatibilidade entre elas que configura o problema central do Direito Penal moderno.

Para ele, um fato típico penal não pode se configurar como lesão a bens jurídicos, senão somente como lesão à juridicidade. “A violação da norma é o elemento decisivo do fato penal, como nos ensina a punibilidade da tentativa”.⁸⁴

A pena deve ser entendida como a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa, e com ela sempre se alcançará essa finalidade. Portanto, a prevenção geral positiva reapresentará, segundo JAKOBS, a função manifesta da pena, e a distinção entre funções latentes e manifestas será de suma importância, eis que cada uma das suas funções se dirige a um tipo de destinatário.

DIP, ao tratar dos efeitos imediatos e mediatos da pena, assevera, no mesmo sentido, que “(...) a pena não assegura bens jurídicos, e muito menos ainda os repara, senão que assegura a vigência da norma. A proteção de bens jurídicos em todo caso se obterá como resultado mediato”.⁸⁵

O que DIP chama de imediato, JAKOBS denominará de ‘função manifesta’:

A função manifesta da pena de confirmar a identidade da sociedade não exclui o aceitar como função latente uma direção e uma motivação: a reiterada marginalização do ato e a confirmação da estabilidade social excluem formas de comportamento criminoso do repertório das sugestões internas; em outras

82 Id.

83 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 61-75

84 JAKOBS, Günther. **La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Trad. Teresa Manso Porto, 2000, p. 27-28

85 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 51

palavras, no planejamento normal cotidiano não se fazem reflexões a priori acerca da possibilidade de um procedimento criminoso. Esta é a denominada prevenção geral positiva como função latente da pena. A ela também se pode adicionar um efeito intimidatório, vale dizer, uma prevenção negativa, além de outros.⁸⁶ Habituar-se à fidelidade jurídica ou até mesmo sentir medo não são reações pessoais. As pessoas não precisam de habitualidade ou intimidação, pois, como já se disse, são apresentadas unicamente como partícipes da comunicação dispostos juridicamente. Somente deve ser dirigido mediante habitualidade ou intimidação aquele que por si mesmo carece de disposição jurídica, novamente na linguagem kantiana, o *homo phaenomenon*, o indivíduo que se debate entre a apetência e a inapetência.⁸⁷

O efeito confirmatório (retributivo) é, pois, destinado a pessoas, ou seja, a partícipes da comunicação. Já o ‘habituar-se à fidelidade jurídica ou intimidar-se’ não representa reações pessoais, pois as pessoas, segundo JAKOBS, ‘são simplesmente partícipes da comunicação dispostos juridicamente’.

Diante de tal concepção, apareceram as primeiras críticas, consubstanciadas na seguinte questão: a teoria da prevenção geral positiva não poderia, com suas premissas, contribuir para justificar ordenamentos jurídicos tanto de regimes que respeitam garantias próprias do Estado de Direito, como de regimes injustos, autoritários ou ditatoriais? JAKOBS parece não se preocupar em enfrentar diretamente a questão.⁸⁸

FERRAJOLI, antecipando as críticas, acentua que “nem mesmo tais doutrinas são totalmente novas”. Segundo ele, é possível

identificar seus antecessores, mais do que nas perversões ético-formalistas do positivismo jurídico alemão da primeira metade do século XX nas já recordadas doutrinas “expressivas” ou “denunciatórias” da pena de James F. Stephen e de Lord Devlin, bem como, e principalmente, na doutrina “realista” de Gabriel Tarde, que, no final do século passado, fundou o utilitarismo penal exatamente com base na valorização social dos fatores irracionais da indignação e do ódio provocados pelo direito e satisfeitos por intermédio da pena. No plano sociológico, de outra parte, a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescenta à teoria da deviança de Émile Durkheim, que, no mesmo diapasão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social ‘destinado, sobretudo, a agir sobre as pessoas honestas’, reafirmando-lhe os sentimentos coletivos e solidificando-lhes a solidariedade contra os desviantes.⁸⁹

No mesmo esteio, aliás, poder-se-ia reiterar que HEGEL já definia ‘crime como negação do direito e pena como negação da negação’ e, portanto, como reafirmação do direito – uma antecipação de dois séculos da prevenção geral

86 JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 51-52

87 *Ibid.*, p. 52-53

88 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, *op.cit.*, p. 35-36

89 FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 222

positiva de JAKOBS, uma prévia da pena como afirmação da validade da norma.⁹⁰

BETTIOL, sob este prisma, afirma que HEGEL concebia a pena retributiva sob um aspecto dialético como a negação de uma negação e, portanto, como reafirmação do Direito: se realmente o delito nega o Direito, a pena, ao negar o delito, reafirma o Direito.⁹¹

A pretensão deste trabalho é antes delinear e depois valorar a metodologia de modo a se compreender como, no contexto da sociedade pós-industrial, JAKOBS pretendeu reescrever a teoria do delito intimamente ligada à finalidade preventivo-integradora da pena, chegando ao 'Direito Penal do Inimigo'. Desse modo, a análise crítica será feita no momento oportuno, depois de apresentado o suporte utilizado pelo autor em questão.

Nesse diapasão, com arrimo em RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, faz-se necessário repisar que *“en la concepción de Jakobs el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad), frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación em el contrato social.”*⁹²

A pena como confirmação da realidade das normas - objetivo de JAKOBS – requer o seu reconhecimento como algo que existe para caracterizar o delito como delito. Ao indicar uma função latente, para muitos, modesta e perigosa, JAKOBS questionará 'por que a sociedade vai se entregar à ilusão de que a pena, por si só, previne delitos?' E dirá criticamente: *“lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente”*.⁹³

Dessa forma, ressaltam RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, *“... al gravar la pena el comportamiento defectuoso con consecuencias desfavorables, se incrementan las posibilidades de que dicho comportamiento sea aprendido por la generalidad como una alternativa inaceptable de conducta...”*⁹⁴

90 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 4-5

91 BETTIOL, op.cit., p. 643-644

92 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 19

93 JAKOBS, **Sobre la teoría...**, p. 15-16

94 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 20-23

Se por um lado a pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas, no que pese a sua ocasional violação, em um segundo momento, a pena se orienta ao “*ejercicio en la fidelidad hacia al Derecho*”, além de permitir, com sua imposição, que se aprenda “*la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales*”.⁹⁵

Assim, é forçoso reconhecer que, para JAKOBS, a pena não se destina principalmente a influir sobre os potenciais autores de futuras infrações, senão que tem por destinatários a todos os membros da sociedade enquanto potenciais vítimas. Em outros termos:

*El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, em constituir um desencadenante de procesos causales nocivos, sino em su capacidad para expresar um determinado sentido: al sujeto que actúa de um modo contrario a la norma mediante uma conducta evitable se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible com aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación em el contacto social. El quebrantamiento de la norma consiste pues, em esta contradicción com lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva.*⁹⁶

Pensando assim, a norma infringida continuará sendo, ainda que violada, a regra de comportamento em que se pode continuar confiando. Depreende-se disto que JAKOBS pretende desvincular da missão do Direito Penal a função de proteção de bens jurídicos. E essa desvinculação se produz mediante a distinção que o autor efetua entre bem jurídico (objeto de proteção) e bem jurídico penal (asseguramento das expectativas normativas essenciais frente aos defraudadores).⁹⁷

HIRECHE mencionando a significativa lição de MIR PUIG, aduz:

Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo a sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade e de forma cara para o infrator que a sua conduta não impede a manutenção, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva, na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

Partindo-se, então, dessas premissas, pode-se questionar, antes de se adentrar nos aspectos críticos da teoria, se a prevenção geral positiva seria efetivamente uma corrente relativa ou utilitarista, ou simplesmente uma “nova leitura

95 Id.

96 Ibid., p. 25

97 Ibid., p. 26

da teoria absoluta hegeliana, em que se punia para reafirmar a justiça”.⁹⁸

2.2.3. Críticas à teoria da prevenção geral positiva⁹⁹

Adverte CONDE que “o problema do atual Direito Penal se encontra no conflito existente entre prevenção especial e prevenção geral que traduz o eterno conflito entre indivíduo e sociedade. Este dilema é de algum modo imanente ao próprio Direito Penal e causa de sua disfuncionalidade. (...) A tensão dialética entre um e o outro extremo não é fácil de ser resolvida em uma sociedade injusta, cujas próprias falhas estruturais são, muitas vezes, causas imediatas da delinquência”.¹⁰⁰

O dilema se resolve quase sempre em favor da prevenção geral, não só porque a sociedade é mais forte que o indivíduo, mas também porque o Direito Penal, como todos os sistemas de controle social, está a serviço da proteção do interesse social e todas as suas instituições procuram cumprir esta tarefa.¹⁰¹

Contudo, o meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, pela via exemplificativa, é possível chegar-se à repressão intimidatória e, por último, à vingança, no entender de ZAFFARONI e PIERANGELI. Quando se elege o caminho da prevenção geral, o limite entre a repressão exemplar e a vingança é muito tênue e muito difícil de se identificar. A prevenção geral opera, pois, baseada nos mecanismos inconscientes da multidão anônima, que são os mesmos mecanismos com que opera a “Lei de Lynch”.¹⁰²

Poderia o Direito Penal perseguir seus fins por tais meios? Poderia o Direito Penal ser o instrumento da vingança da multidão anônima? Poderia o Direito Penal assim agir sob a pretensão de conseguir o controle social?

A resposta a essas perguntas depende do atual contexto histórico-social (retratados nos capítulos anteriores) e do modelo de Direito Penal mais propício para esses novos tempos.

ZAFFARONI e PIERANGELI entendem “que o direito penal do Estado

98 HIRECHE, op.cit., p. 41-43

99 V. especificamente sobre o tema: SCHÜENEMANN, Bernd. Bernd. **Sobre la Crítica a la teoría de la prevención general positiva**. Barcelona: Silva-Sánchez (ed), Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Tradução: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 1997, p. 89-100

100 CONDE, **Direito Penal...**, p. 108-109

101 Id.

102 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 105-106

autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de pôr de manifesto todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão”.¹⁰³

Os mesmos autores também advertem que o “erro de todos os autoritarismos é precisamente querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, o que leva a um aumento desmesurado da mesma. A prevenção geral em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado nem tomado em consideração por um legislador racional”.¹⁰⁴

Outrossim, de forma menos extrema, HASSEMER acentua que os seguidores da teoria da prevenção geral integradora aprenderam a lição da crítica à prevenção por intimidação:

Nada se sabe faticamente sobre os efeitos de um Direito Penal que se baseia na intimidação, razão pela qual um tal Direito Penal não é normativamente tolerável. Ou seja, as arestas foram polidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram. A partir de então, o Direito Penal não deve apenas intimidar as pessoas propensas à prática de crimes através da previsão abstrata de penas e de sua aplicação àquele que seja colhido em suas malhas, mas sim, já pela sua mera existência atuante, reafirmar eficazmente frente a todos nós os mandamentos e proibições fundamentais que ele encerra. Com isto se consegue – ao lado da neutralização de toda trincheira metodológica – que a “funcionalização” produza seus efeitos não apenas frente ao delinqüente singular, mas se estenda sobre o sistema penal em sua totalidade.¹⁰⁵

BACIGALUPO, por sua, vez, ressalta que a teoria da prevenção geral positiva também tem sido criticada por se considerar que ela nega a ideologia da ressocialização. Ele próprio, contudo, assevera:

Esta crítica, de qualquer maneira, não leva em conta que a teoria da prevenção geral positiva não impede, ainda, que se exija um desenvolvimento na fase de execução penal. De outra parte, a teoria da prevenção geral positiva tem o mérito de não gerar falsos otimismo em relação às possibilidades de execução da pena privativa de liberdade e, desse modo, origina, necessariamente, uma discussão sobre as alternativas reais a esta pena.¹⁰⁶

Em outro extremo, FERRAJOLI acentua, também criticamente, que as recentes doutrinas da prevenção geral denominada positiva,

103 Id.

104 Id.

105 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 54

106 BACIGALUPO, *Direito Penal...*, p. 31

seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva”, até a recente doutrina de Günther Jakobs, que, inspirando-se nas idéias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.¹⁰⁷

DIETER, por sua vez, traça alguns juízos de valor acerca da concepção de JAKOBS, aduzindo que “não é função do Direito Penal fazer a manutenção das instituições do Estado através da manutenção de expectativas normativas, pois possui como funções próprias a função ético-social e a preventiva, já mencionadas”.

Em segundo lugar, diz ele, “um Direito Penal cuja função é a manutenção das expectativas normativas leva inevitavelmente ao desrespeito do devido processo legal, pois se faz um pré-julgamento do réu, que já foi condenado antes mesmo de ser julgado. Por conseguinte, a não evidente ilegalidade de alguns crimes em contraponto àqueles que integram notadamente a psique social não estabiliza, pelo contrário, desestabiliza a ordem social em uma volta ao medievo”.¹⁰⁸

E, finalmente, conclui que em última análise o Direito Penal como instrumento para manutenção dessas expectativas torna-se retributivo e injusto, situação em que os princípios perdem para o imediatismo da sanção penal.¹⁰⁹

RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, estudiosos da obra de JAKOBS, assinalam que a metodologia abstrata com pouco juízo valorativo e, precisamente, “*la escasez, de criterios normativos que orienten firmemente esa elección es decir, de critérios que indiquen por qué y cuándo es necesaria precisamente una sanción de las características de la pena y em qué circunstancias se puede o se debe prescindir de ella y realizar um tratamiento diferente del conflicto*”, representam as principais falhas da concepção do jurista alemão.¹¹⁰

Ademais, segundo eles,

... la argumentación de Baratta se orientaba a tratar de demostrar que en la concepción de la prevención positiva de Jakobs, se hallarían reunidos e incluso

107 FERRAJOLI, op.cit., p. 221-222

108 DIETER, op.cit.

109 Id.

110 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 42-44

*acentuadas todos los defectos que, a su juicio, afectan a la teoría de sistemas de Luhmann. Estaríamos, pues, ante una concepción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, 'funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal' y promotora de 'la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes' y, em particular, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación. Ello se manifestaría, ante todo, en la 'sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva' que habría tenido lugar no sólo em la obra de Jakobs, em cuanto representante para el Derecho penal de la teoría de Luhmann, sino em los restantes autores que se pronuncian em favor de la prevención general de orientación positiva o integradora.*¹¹¹

Os próprios autores, com arrimo em PÉREZ MANZO e KARL SCHUMANN, ressaltam, ainda, que *“la tesis de Jakobs sólo sirve para fundamentar que la frustración de una expectativa debe seguir ‘una’ consecuencia jurídica, pero no dice nada ni sobre el tipo ni sobre la intensidad de la consecuencia”*.¹¹²

JAKOBS, rebatendo parte dessas críticas, assevera, de outro lado, que por vezes se objeta o ponto de vista de que “o Direito Penal cria um ‘mundo artificial’ a partir da lesão da vigência da norma, um mundo menos imediato que o mundo da segurança de bens, por exemplo, que deve ser garantida pelo direito de polícia”. No entanto, segundo ele, “este ‘mundo artificial’, enquanto mundo da comunicação, é o único mundo social, e neste a segurança dos bens só pode aparecer de maneira mediata”. E sintetiza:

(...) num sistema de imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade.
As críticas que frequentemente se formulam à concepção aqui exposta, no sentido que com ela se instrumentaliza o cidadão que irá ser submetido a uma pena, provavelmente não percebiam que somente se trata da descrição das condições de funcionamento de toda a sociedade; uma descrição não instrumentaliza, e sim em todo caso descobre instrumentalizações existentes há muito tempo.¹¹³

HIRECHE ainda resalta, de forma diametralmente oposta, que o “ponto mais questionável da teoria da prevenção geral positiva é que, com a proposta de reafirmar o ordenamento jurídico, em sua perspectiva notoriamente normativa, a teoria termina por violar direitos humanos, fato, inclusive, reconhecido até mesmo por aqueles que com ela são simpatizantes, como DIAS.”¹¹⁴

111 Ibid., p. 27-28

112 Ibid., p. 30

113 JAKOBS, **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Trad. André Luís Callegari, 2003, p. 37 (nota 31)

114 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 101

HASSEMER, na mesma esteira, salienta que “a intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas”.¹¹⁵

O próprio HASSEMER arremeta que “quando se procura explicar por que as pessoas em geral comportam-se de conformidade com o Direito salta aos olhos que não é por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária, desmentindo-se assim a convicção do criminalista FEUERBACH”.¹¹⁶

QUEIROZ, repisando a preocupação com o respeito aos direitos humanos, acentua que a crítica mais corrente a JAKOBS é a de que não se trata de uma perspectiva instrumental, mas simbólica, uma vez que o Direito já não serve, primordialmente, ao homem (que se reduz a um subsistema físico-psíquico), mas ao sistema.¹¹⁷ JAKOBS, repita-se, responderá dizendo que “num sistema de imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade”.¹¹⁸

O Direito, por não ter como meta principal a solução de conflitos nem a proteção de bens jurídicos, faz com que o discurso jurídico penal que defende a sociologia sistêmica perca, segundo a doutrina crítica, todos os limites e garantias liberais. Abre-se, assim, segundo os críticos, a possibilidade de punição a ações meramente imorais que não lesionam ninguém, máxime ao outorgar relevância e primazia aos dados subjetivos de ânimo e ao sustentar um critério de pena puramente utilitário ou instrumental para o sistema.¹¹⁹

Daí, no entender de CONDE, tratar-se de uma descrição “meramente asséptica e tecnocrata do modo de funcionamento do sistema, mas não uma valoração e muito menos uma crítica ao sistema”.¹²⁰

MIR PUIG, por sua vez, ainda afirma que tal suporte teórico oferece limites ao poder punitivo do Estado Democrático, isto é, critica-se a prevenção geral porque

115 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 36-37

116 Id.

117 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p.52

118 JAKOBS, *Fundamentos...*, p. 37

119 Id.

120 CONDE, *op.cit.*, p. 26

conduz a prevenção demasiadamente longe, porém não se demonstra que a prevenção geral dentro de certos limites não constitua uma das possíveis bases de justificação da pena.¹²¹

Vale destacar, ainda, a posição de CONDE, que sintetiza a essência das principais críticas feitas à formulação de JAKOBS. Como se aventará oportunamente, tais críticas assemelham-se às modernas críticas sobre a teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’: “com o entendimento da pena como prevenção integradora pretende-se, em última instância, alcançar um consenso da maioria que, como a experiência histórica demonstra, pode desembocar em claro processo de facistização social, que o indivíduo desaparece devorado por essa máquina terrível que é o leviatã estatal.”¹²²

Contudo, vale registrar a posição de BACIGALUPO que, no extremo oposto, ressalta as vantagens desta concepção sobre a pena:

Naturalmente, uma teoria como esta permite superar a crítica das outras teorias absolutas baseada em sua irracionalidade, vale dizer, na ausência de uma finalidade social que justifique a aplicação das penas. Com efeito, conquanto a pena tenha a finalidade estabilizar a vigência da norma violada pelo autor, adquire uma função *social* utilitária, consistente na *comunicação* de uma determinada mensagem destinada a fortalecer a confiança na vigência na norma infringida. Por isso, constitui um meio para lograr um fim socialmente positivo. Tudo isso não exclui, como fica claro, a possibilidade de uma articulação da teoria da prevenção geral positiva com teorias absolutas na forma própria das teorias da união. Desse modo, desapareceriam as razões para sustentar que a teoria da prevenção geral positiva ‘carece de um critério para a limitação da duração da pena’.¹²³

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS PRIMEIROS PASSOS PARA O ‘DIREITO PENAL DO INIMIGO’

Algumas das críticas aparentam ser incoerentes frente às posições defendidas pelos próprios autores. Inicialmente, porque a defesa da prevenção especial pode fomentar uma política criminal que, a pretexto de recuperar o delinqüente, imprima medidas de segurança ou penas indeterminadas até que se constate a sua efetiva ressocialização. De outra parte, a concepção do Direito Penal voltado para a exclusiva tutela de bens jurídicos pode padecer do mesmo vício apontado à concepção de JAKOBS quanto à reafirmação do ordenamento jurídico:

121 MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: JM Bosch Editor S.A., 1976, p.67; no mesmo sentido: QUEIROZ, op.cit., p. 50-51

122 CONDE, **Direito Penal...**, p.28-29

123 BACIGALUPO, **Direito Penal...**, p. 33-34

tanto o ordenamento, quanto os bens podem, dependendo do modelo de Estado e da realidade social, pretender legitimar Estados autoritários ou bens de interesse do 'ditador'.

Assim, parece acertado dizer, desde já, que o modelo de Estado e de sociedade ditará as regras.

Os juízos críticos aparentam, nesse esteio, serem precipitados, máxime porque ao se adotar o caráter polifuncional da sanção, é possível enxergar vantagens para a adoção dessa teoria, tal qual assinalado para a Teoria dos Sistemas de LUHMANN.

A cultura de reafirmação da norma, assim como a possibilidade de identificar o que o Direito Penal é capaz de fazer com suas limitações (sistema autopoiético de LUHMANN), ainda que se mostrem insuficientes para resolver problemas éticos e de justiça, inegavelmente permitem uma outra ótica da problemática da política criminal. Facilitam a visão do quanto se alçam demandas ao Direito Penal que ele não é capaz de processar, ou que, por eficiência, seria recomendável que fosse processado por outro sistema. Permitem, ainda, a cobrança, junto ao Legislativo, da modificação da lei que não é vivida pela sociedade diante de erosões decorrentes da não reafirmação do Direito.

MÜSSIG, de outra parte, contrariando a visão dos críticos, defende que

su definición, em términos positivos, de contribución al mantenimiento de la vigencia de la norma presenta, pues, considerables ventajas, no sólo frente a las teorías de la retribución, sino también frente a las teorías de la prevención general negativa o de intimidación, que fracasan em su orientación exclusiva hacia el potencial delincuente (indicativa de una visión demasiado esquemática de las normas) y desatienden el dano que el delito produce al conjunto de la sociedad. Sin embargo, el desplazamiento excesivo de la visión de la pena como consecuencia negativa o coste del delito y, em definitiva, como um mal puede oscurecer parte de la problemática correspondiente ao principio de culpabilidad, em cuanto criterio específico de asignación de la responsabilidad penal, pues em él se ha de conciliar lo necesario para afirmación de la vigencia de la norma con una fundamentación suficiente del deber de soportar la pena como consecuencia de su transgresión.¹²⁴

Seria, portanto, considerável a vantagem de reafirmar o Direito, criando e mantendo uma expectativa, desde que o Estado (Política) fizesse sua parte, impedindo, v.g., a impunidade e a sensação de redução do Direito Penal a um mero símbolo.

As teorias da pena, independentemente do rótulo e dos pontos de partida,

124 RAMOS; GONZÁLEZ e MELIÁ, op.cit., p. 47-48

carregam em si uma visão dos autores que acentuam o rigorismo ou laxismo penal. Conforme já assinalado no início do presente trabalho, a mera discussão polarizada, os antagonismos radicais e os discursos meramente panfletários, de mãos dadas, assistem inertes à proliferação de normas que desatendem ao bom senso e que não primam por um Direito Penal com mínima (e necessária) intervenção, bem delineado e separado de um modelo voltado eminentemente para o 'inimigo'.

Afastado o juízo valorativo que logicamente impediria uma análise técnica e racional da sua proposta, JAKOBS propõe, em suma, uma prevenção geral, para que produza efeito em todos os cidadãos, e positiva, para que esse efeito não seja o medo diante da pena, mas sim a tranquilidade quanto à vigência da norma, que se viu afetada pela infração e voltou a ser fortalecida pela pena.¹²⁵

Para chegar a tal concepção, JAKOBS parte da premissa de que existe sociedade quando e na medida em que haja normas reais, ou seja, quando e na medida em que o discurso da comunicação se dê em atenção a normas.¹²⁶ Com isso, somente está dito que a normatividade não deve ser conceitualmente equiparada com a questão relativa à existência de normas legítimas: “a problemática da legitimação do direito penal, é dizer, a questão acerca do ordenamento jurídico-penal legítimo, é uma questão imediatamente referida à configuração da sociedade: se trata da definição da concreta configuração de uma sociedade que há de ser garantida com os meios estatais mais incisivos”.¹²⁷

Na medida em que as pessoas se acham vinculadas através de normas, criam-se expectativas normativas.¹²⁸ Assim, segundo JAKOBS,

todos os entes normativos necessitam de uma base cognitiva que alcance o fundamental, pois do contrário somente existem em si, conceitualmente, mas, precisamente, não na realidade. (...) Por isso, não basta contradizer ao autor, depois de seu ato (delitivo), mediante a pena, confirmando deste modo a configuração da sociedade; pelo contrário, também há de se procurar que não se

125 JAKOBS, **Fundamentos...**, p. 35

126 JAKOBS, **Sobre la teoría...**, p. 16-18

127 MÜSSIG, op.cit., p. 48 (sem grifos no original)

128 LUHMANN, como já acentuado no capítulo anterior, distingue duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já as expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos, (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: “normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente” Mas as expectativas normativas não podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí a necessidade de um “processamento das decepções”: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção. (*apud* GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’ de Roxin**, Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto076.doc>>, Acesso em: 21 jul. 2005 e publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC)*, n. 32, out./dez. 2000, p. 136 e 137)

incremente a probabilidade de ulteriores infrações da norma, de modo que as pessoas, temendo por seus legítimos interesses, por seu bem, não comecem a duvidar da realidade do ordenamento jurídico.¹²⁹

Ademais, quem desconhece o sistema de normas estatais, fracassa no intento de fazer seu caminho sem criar problemas, assim como quem conhece o sistema de normas do Estado, mas não quer reconhecê-lo, não necessariamente fracassa com seu planejamento individual.¹³⁰

Sob esse prisma, dirá JAKOBS: “a imputação culpabilista é a imputação de um defeito volitivo”, sendo que esse ‘defeito volitivo’ sempre deve ser entendido como ‘déficit de vontade’ e, concretamente, como “déficit de motivação fiel ao Direito”.¹³¹

Quando o defeito volitivo se acentuar de forma contumaz e reiterada, ou mais precisamente, quando o indivíduo, tido até então como ‘pessoa’, demonstrar cognitivamente que não está disposto a respeitar as normas, o funcionalismo sistêmico de JAKOBS e sua prevenção geral integradora – retratados em seu ‘Direito Penal do Cidadão’ - darão lugar, como já vem ocorrendo, a um modelo diverso de Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’.

129 JAKOBS, Günther. **Sobre la normatización...**, p. 46-48

130 JAKOBS, **Fundamentos...**, p. 30

131 *Ibid.*, p. 33

CAP. V – A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O ‘DIREITO PENAL DO INIMIGO’

“Se o ladrão violento, o esturpador, o traficante de drogas (etc.) são realmente, como pretendem alguns penalistas *modernos*, apenas vítimas da Sociedade, isso quer dizer que a Sociedade é moralmente muito pior do que eles, porque só alguma coisa mais vil, mais torpe e mais ignóbil que o autor de crime hediondo pode constranger alguém congenialmente puro a se tornar bandido.”
(Volney Corrêa Leite de Moraes Junior)¹

1. PRELIMINARMENTE

DAMÁSIO, parafraseando ERIC HOBSBAWN,² cunhou a expressão: “a queda do muro de Berlim em 09 de novembro de 1989 encerrou o século XX e da mesma forma, a densidade do conteúdo histórico do 11 de setembro tornou-se capaz de demarcar o início de um novo período na História mundial”.³

Com efeito, o atentado de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, retrata o marco deste novo período,⁴ e os atentados de 11 de março de 2004, em Madri, e, mais recentemente, de 07 de julho de 2005, em Londres, aparentam ter institucionalizado esta nova era de ‘combate ao inimigo’.⁵

O intervalo entre a queda do comunismo e a constância de atentados terroristas contra potências ocidentais, lembra DAMÁSIO, seria tão somente “um interregno – uma ante-sala que prepara o delineamento das tendências que se

1 DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 103

2 HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos. O breve século XX – 1914-1991**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, Trad. Marcos Santarrita, 1997, op. cit.

3 JESUS, Damásio Evangelista de. **Breves Considerações sobre a Prevenção ao Terrorismo no Brasil e no Mercosul, Justiça Criminal em Tempos de Terror**. São Paulo: Auditório *Julio Fabbrini Mirabete*, Escola Superior do Ministério Público, 05 out. 2004, p. 7

4 PIOVESAN, PIMENTEL, e PANDJIARJIAN aduziram que “se para os internacionalistas o pós-1945 foi o marco para uma nova era -a da reconstrução de direitos-, o pós-2001 parece surgir também como novo marco divisório na história da humanidade”, eis que segundo elas, restou colocada a dialética a ser enfrentada pela questão: “como enfrentar o paroxismo do terror e respeitar os avanços civilizatórios da ‘era dos direitos’? “Como garantir liberdades e direitos, ante o clamor público por segurança máxima? Como reagir aos recentes ataques, que concretizam a retaliação militar e bélica? Combater o terror com instrumentos do próprio terror? Como impedir que esse conflito se transforme no pretexto histórico a justificar o desencadeamento da já anunciada ‘primeira guerra do século 21’? A deflagração da guerra não dilapidaria a ‘era dos direitos’ e acenaria para uma possível instauração da ‘era do terror’?”. (**‘Pós-2001: era dos direitos ou do terror?’** PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. Folha de São Paulo, 09 out. 2001, “Tendências/Debates”)

5 Vale ainda ressaltar, em menor dimensão e impacto para o Ocidente, os atentados de dezembro de 2004 (Bali) e de 01 de setembro na escola de Beslan (Rússia), dentre outros.

tornaram hegemônicas no período a seguir”.⁶ Ocorre que este intervalo já antecipava novos contornos ao Direito Penal que, ao que parece, vem sistematicamente legitimando, em todo o mundo, uma legislação chamada de ‘emergência’.

GUILLAMONDEGUI,⁷ com arrimo em ZAFFARONI, destaca que a legislação penal de emergência se caracteriza basicamente por: a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima, de legalidade – com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado, etc.) e c) adoção de um Direito Penal meramente ‘simbólico’.

GRACIA MARTÍN, no mesmo sentido, ressalta que

en los últimos años, la doctrina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación “Derecho penal del enemigo”. Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.⁸

CANCIO MELIÁ,⁹ por sua vez, sintetiza as características principais desta política criminal praticada nos últimos tempos, utilizando a terminologia ‘expansão do Direito Penal’, aventada na obra ‘Direito Penal do Inimigo’, escrito em co-autoria com GÜNTHER JAKOBS: 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); 7)

6 DAMÁSIO DE JESUS, **Breves Considerações...**, p. 7

7 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo**, Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 22 jul. 2005

8 GRACIA MARTÍN, Luis. **Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”**. Revista ELEC trónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponível em <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene]>, Acesso em 25 jul. 2005

9 Profesor titular de Derecho Penal da *Universidad Autónoma de Madrid*

prisionização (explosão carcerária).¹⁰

Em suma, MELIÁ ressalta que na evolução atual, seja do Direito Penal, seja do Direito Processual, delineiam-se tendências que, em seu conjunto, representam traços de um “Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais”.¹¹ Essas linhas de evolução - ‘simbólica’ e ‘punitivista’ –, constituem, segundo esse autor, a genealogia do ‘Direito Penal do Inimigo’.¹²

Indícios dos fundamentos dessa evolução simbólica e punitivista são objeto da reflexão de CAVALCANTI, o qual acertadamente interpreta que

a complexidade social, a incerteza dos riscos e a imprevisibilidade dos acontecimentos identificam a sociedade contemporânea. Os fenômenos intensificam-se à velocidade da luz. A comunicação tornou-se instantânea. O mundo está ao vivo. A redução linear da natureza e da sociedade não condiz com a entropia dos fenômenos naturais e sociais – se é que se possa estabelecer ainda tal dicotomia. A relação de causalidade, promovida pelas probabilidades causais, torna-se insuficiente para explicar a incerteza e a imensurabilidade dos riscos contemporâneos. O provável limite é o das possibilidades. No entanto, o processo de criminalização possui outra velocidade. A velocidade não do instante, mas do resgate do passado, da ponderação do presente e da promessa do futuro. O processo de criminalização, portanto, desagrega-se com a velocidade do instante. Criminalizar requer tempo próprio, vale dizer, requer a sua temporalização.¹³

Sob esse enfoque, já detalhado em capítulos anteriores, as leis penais criadas simbolicamente parecem perder-se no instante do presente.¹⁴

As mudanças da sociedade moderna logicamente refletem o aumento do risco e da sensação de insegurança. HASSEMER, neste aspecto, ressalta: “é curioso também notar que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui, o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação, como por exemplo no ‘combate’ da criminalidade organizada, na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito Penal ambiental”.¹⁵

10 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Org./Trad. André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005, p. 55; no mesmo sentido, traduzido para o espanhol: MELIÁ, Manuel Cancio. ¿‘Derecho penal’ del enemigo?, publicado em: JAKOBS; MELIÁ, **Derecho penal del enemigo**. Madri: Civitas, 2003, p. 57-102

11 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 56-57

12 Ibid., p. 57

13 CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 344

14 Id.

15 HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 48

Importante repisar, com arrimo em SÁNCHEZ¹⁶ e ALFLEN DA SILVA¹⁷, estas profundas alterações sofridas na dogmática penal da era da globalização:

- a) imputação objetiva tende a perder sua vinculação com relações de necessidade conforme as leis físico-naturais. (em seu lugar, se propõe a suficiência de relações de probabilidade ou, inclusive, diretamente de puras relações (normativas) de coerência);
- b) responsabilidade em comissão por omissão, até então com aplicação restritiva, está se transformando ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou estruturas organizadas;
- c) imputação subjetiva, onde a distinção entre dolo eventual e culpa consciente pode dissolver-se na ampla figura de *recklessness*;
- d) não mais distinção entre autoria e participação;
- e) causas justificantes deverão não somente ser alegadas, mas provadas pelo imputado – acusação somente deverá provar tipicidade e não mais antijuridicidade ou culpabilidade;
- f) a proteção de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes (em oposição ao espaço de risco permitido, que atua como limite à criminalização de condutas);
- g) a flexibilização das regras de imputação e, por outro lado, a tendência à restrição ou eliminação de aspectos fundamentais do Direito Penal como, por exemplo, a ‘relativização’ dos princípios político-criminais de garantia, como a antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades da sociedade do risco...

Enfim, sentencia LUISI, uma aporia marca o Direito Penal da modernidade:

De um lado como decorrência daquilo que Carrara, em fins do século passado, chamou nomorréia penal, e mais recentemente Carnelutti definiu como inflação penal, a presença de um processo de descriminalização e despenalização. De outro lado, a imperativa necessidade de novas criminalizações, como conseqüência de uma série de fatores, tais como o desenvolvimento industrial, as concentrações humanas em gigantescas megalópolis, e principalmente a trepidante revolução tecnológica que fizeram surgir inéditas formas de graves agressões a bens fundamentais para a sobrevivência do homem e da sociedade.¹⁸

Repita-se: essas tendências na evolução tanto do Direito Penal material, como do Direito Penal processual, revelam no horizonte político-criminal os traços de um ‘Direito Penal do risco’ que parece não mais se amoldar ao modelo clássico-liberal de inspiração iluminista. Agora se sacrificam garantias fundamentais em nome de uma pretendida luta efetiva contra a criminalidade.¹⁹

16 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 90-93

17 ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102-103

18 LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 192

19 MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, 2001, p. 12

PRITTWITZ, seguindo esta mesma linha de raciocínio, entende que o 'Direito Penal do Inimigo' é a consequência fatal de um 'Direito Penal do risco' "que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um 'direito que já passou a ser do inimigo'".²⁰ Esse autor ainda salienta que o "que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal expansivo".²¹

Nesse esteio, segundo MÜSSIG, através de uma cada vez mais densa gama de delitos de manifestação e de organização, o Direito Penal da sociedade civil sofre uma transformação que o converte num 'Direito Penal do Inimigo'. Trata-se da "modernidade social institucionalizada sob o slogan da 'segurança interior' e de um 'estado de exceção' político como estándar jurídico-penal".²²

Neste cenário, não só a busca de soluções junto ao Direito Penal aparece como instrumento para produzir tranqüilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas, como também os processos de criminalização permanecem à moda antiga, em uma mistura não mais perceptível. Esses processos, segundo MELIÁ,

se verificam com a introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação com toda firmeza, isto é, verificam-se processos que conduzem a normas penais novas para serem aplicadas, ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. (...) Neste sentido, percebe-se a existência, no debate político, de um verdadeiro 'clima punitivista': o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal...²³

Ocorre que este novo perfil do Direito Penal - simbólico e punitivista -, não só identifica um determinado 'fato', mas, sobretudo, um tipo específico de 'autor', definido não como igual, mas como outro, como o 'inimigo do pacto social'.

É certo que quando se usa o conceito de 'Direito Penal simbólico' em sentido crítico, a intenção é fazer referência ao fato de que determinados agentes políticos somente perseguem o objetivo de dar a "impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido", isto é, que predomina uma função latente sobre a

20 PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./abr. 2004, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, p. 33

21 Ibid., p. 36-38

22 MÜSSIG, op.cit., p. 12-13

23 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 60

manifesta. E, nesse aspecto, acentua MELIÁ, “o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal”, surgindo desta união, o ‘Direito Penal do Inimigo’.²⁴

Portanto, as características da sociedade pós-moderna, as novas demandas alçadas ao Direito Penal, o incremento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelo papel da mídia e da opinião pública, buscam soluções exclusivamente junto ao Direito Penal, traçam o panorama da dogmática criminal da modernidade. Pautada pela hipertrofia legislativa muitas vezes irracional e pela criação de tipos e de instrumentos processuais que cada vez mais se distanciam do modelo clássico, a dogmática penal mais recente revela uma política criminal que, há algum tempo, JAKOBS denominou criticamente de ‘Direito Penal do Inimigo’.

2. ORIGEM, CONCEITO E SIGNIFICADO

GÜNTER JAKOBS, discípulo de WELZEL tido como um dos mais respeitados e polêmicos juristas da atualidade, idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de LUHMANN. Conforme já assinalado, tal teoria sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de reafirmar a vigência da norma. A rigor esta é sua descrição do Direito Penal da normalidade ou o que ele próprio denomina ‘Direito Penal do Cidadão’.

Já em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim (1999), JAKOBS parece ter apresentado ao mundo, o conceito definitivo de ‘Direito Penal do Inimigo’, levantando muitos questionamentos não só na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola, conforme destaque de PRITTWITZ.²⁵

Ocorre que em 1985,²⁶ JAKOBS apresentara esse mesmo conceito numa palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt, onde recebeu muito menos publicidade.²⁷

Como bem destaca APONTE, JAKOBS inicialmente elaborava uma referência crítica à tendência que se constatava na Alemanha de se criminalizar o

24 Ibid., p. 65

25 PRITTWITZ, op.cit., p. 41-42

26 Embora GRACIA MARTÍN registre que JAKOBS tenha anunciado, pela primeira vez, há mais de trinta anos sua concepção sobre o ‘Direito Penal do Inimigo’ (GRACIA MARTÍN, op.cit.)

27 Publicado na Revista de Ciência Penal – ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss.

‘estado prévio à lesão de um bem jurídico’:

Esta tendencia se identificaba, críticamente, con las tendencias político-criminales derivadas por ejemplo de la lucha contra el crimen organizado, pero el autor no se refería explícitamente a la guerra. (Es importante aclarar que el lenguaje de la confrontación armada radicaliza cualquier posición y es precisamente este lenguaje el que hoy en día se expande en el mundo peligrosamente.²⁸

Nesse trabalho JAKOBS afirmava, em tom quase trágico, que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável, já advertira JAKOBS que, frente a um ‘Direito Penal do Inimigo’, não existe hoje uma alternativa visível.²⁹

Assim, antes de se tecerem açodadas críticas à concepção de GÜNTHER JAKOBS, é necessário, como salienta FRAGA, compreender que esse conceito fora introduzido no debate em duas etapas distintas:

En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo. Por otra parte se formula la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano (Bürgerstrafrecht), que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un Derecho Penal para enemigos (Feindstrafrecht) que se orienta a combatir peligros. De todos modos, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal y que además suelen superponerse y entremezclarse.³⁰

MELIÁ, do mesmo modo, distingue tais fases, aduzindo que a noção de ‘Direito Penal do Inimigo’ proposta por JAKOBS na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao ‘Direito Penal da colocação em risco’, delitos dentro da atividade econômica) que a da segunda fase (a partir de 1999),³¹ mais orientada por delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo paradigmático, o terrorismo).³²

28 APONTE, Alejandro Cardona. **Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 51, 2004, p. 21-22; no mesmo sentido: APONTE, **¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?**. Bogotá: Monografías Jurídicas, Editorial Temis, v. 100, 2005

29 Id.

30 FRAGA, Facundo J. Marin. **Derecho penal del enemigo.** Disponível em <[http://www.eldial.com / edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57](http://www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57)>, Acesso em 22 jul. 2005

31 Nessa fase, segundo CONDE, o autor apresenta a teoria com clareza, contundência e certo ar de provocação (CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el ‘Derecho Penal del enemigo’.** Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 16).

32 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 69

Já no seu mais recente livro³³, JAKOBS aparenta ter abandonado claramente sua postura crítica e meramente descritiva, passando a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.³⁴ Tal assertiva, contudo, é polêmica: SCHULZ e SCHÜNEMANN têm afirmado que JAKOBS é evidentemente favorável, enquanto CONDE reitera tal entendimento, asseverando que JAKOBS tem legitimado regimes injustos, aproximando-se de um pensamento coletivista-dualista de CARL SCHMITT,³⁵ outros, como SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN e MELIÁ, fizeram referência à concepção de JAKOBS em termos preferencialmente descritivos ou afirmativos.³⁶

É de se ressaltar, contudo, que parte da doutrina enxerga um terceiro posicionamento de JAKOBS, formulado, sobretudo, após os atentados terroristas de Nova Iorque e Madri.

Em março de 2005 houve um congresso bastante amplo sobre o tema na Alemanha, ocasião em que JAKOBS apareceu como claro defensor deste modelo de Direito Penal de terceira velocidade. APONTE, neste aspecto, ressalta: “sobre esta última etapa, pode advertir-se, certamente, uma radicalização das posturas de JAKOBS”.³⁷

Essa nova configuração de sua teoria, segundo APONTE, já podia ser constatada na conferência ditada por JAKOBS em outubro de 2004 em Bogotá, intitulada “*La pena estatal: significado y fin*”. Nessa conferência, já era evidente que oscilava entre uma espécie de crítica a modelos de Direito Penal extremos, baseados na incapacidade do Estado de Direito para resistir com base em sua normatividade ao crime organizado ou ao terrorismo, e a desmedida da resposta penal.³⁸

Os aspectos básicos da referida conferência estaria contemplada em um trabalho que fora publicado no início de 2004, com o título de “*Pena estatal: significado y finalidad*”.³⁹ Segundo APONTE, vale ressaltar a referência que JAKOBS

33 Id.; traduzido para o espanhol: MELIÁ, Manuel Cancio. ¿‘Derecho penal’ del enemigo?, publicado em: JAKOBS; MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003

34 GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004.

35 CONDE, *De nuevo...*, p. 58

36 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 67

37 APONTE, ¿*Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?*. Bogotá: Monografías Jurídicas, Editorial Temis, v. 100, 2005, p. 45

38 Ibid., p. 46

39 Ibid., p. 47

dá ao conceito de ‘guerra civil’, claramente excluindo o ‘Direito Penal do Inimigo’ de sua normal teoria do Direito e do Estado. A guerra não poderia, segundo JAKOBS, ser pensada em um contexto jurídico: “*el enemigo del pacto será juzgado fuera de él*”.⁴⁰

Nesse diapasão, APONTE entende, por exemplo, que a reflexão de JAKOBS retrocede ao ‘estado da natureza’, ao afirmar que “aquele que se encontra em estado de natureza, não oferece nenhuma garantia” e, ainda, que “se trata de um indivíduo que persevera na falta absoluta de legalidade de seus atos”, concluindo, pois, que “quem se comporta em estado de natureza não receberá do Estado um tratamento como se atuasse no estado civil; aquele que se comporta de maneira permanente por fora do pacto social não receberá tratamento dentro dele”.⁴¹

Além de tratar, portanto, o ‘Direito Penal do Inimigo’ como um estado praticamente de guerra e, portanto, sem contorno jurídico, APONTE indica, a seu ver, outra recente novidade no trato do tema pelo professor alemão: a diferença entre ações estatais em função da segurança (leia-se ‘segurança nacional’ ou ‘segurança democrática’) e a função da pena enquanto afirmação da validade da norma ou afirmação da estrutura social violentada pelo delito.⁴²

De qualquer sorte, tanto SÁNCHEZ⁴³ quanto LASCANO observam que a expressão ‘Direito Penal do Inimigo’ não representaria, propriamente, uma novidade. O segundo autor ressalta que, em 1882, VON LISZT, em seu célebre ‘Programa de Marburgo’, empregou palavras semelhantes diante da concepção da civilização industrial para explicar o exercício do poder punitivo estatal como uma guerra à criminalidade.⁴⁴

Ademais, em tom evidentemente crítico, LASCANO interpreta que a distinção entre um ‘Direito Penal Cidadão’ e um Direito Penal excepcional para os ‘inimigos’ já fora feita por MEZGER no ápice do regime totalitário nazista e, recentemente, foi retomada por JAKOBS, ainda que na vigência de um Estado Democrático de Direito.⁴⁵

RIQUER e PALÁCIOS, no mesmo sentido crítico, salientam que tal

40 Ibid., p. 48

41 Ibid., p. 49

42 Ibid., p. 52

43 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 150, notas 5 e 6

44 LASCANO, Carlos Julio. **La Cruzada de Ricardo Nuñez contra el Derecho Penal Autoritário**, Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 27.07.2005

45 Id.; No mesmo sentido: CONDE, **De nuevo...**, p. 61-62

*“Derecho Penal del Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías”.*⁴⁶

Contudo, qualquer paralelismo com regimes totalitários ou a simples comparação das similitudes com teorias antigas, por certo, impede a observação do suporte metodológico diverso utilizado por JAKOBS e, principalmente a constatação de que ele, em verdade, apresenta já em 1985, uma crítica à hipertrofia legislativa e às alterações que vinham sendo impostas à dogmática penal alemã.⁴⁷

Em 1985, até com certo sarcasmo (ao se adotar terminologia que facilmente seria hostilizada), JAKOBS pretendia demonstrar que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico. Em 1999, com a institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los (como pretendem fazer crer alguns apressados críticos), JAKOBS parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – ‘do cidadão’ e ‘do inimigo’, de forma a evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista.

Essa primeira conclusão parece nítida diante de uma observação preocupante feita pelo próprio JAKOBS, no sentido de que uma grande parte do ‘Direito Penal do Cidadão’ já se entrelaçara com o ‘Direito Penal do Inimigo’.⁴⁸

Firmadas tais ressalvas, é possível analisar sua teoria sem juízos apriorísticos, para aí sim facultar uma análise crítica racional de sua construção e de sua metodologia. Dirá JAKOBS:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por

46 RQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. **El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes en La Ley**. Madri: Revista Universitaria, Ano V, nº 3, jun. 2003, p.1-8, Disponível em <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>>, Acesso em 28 jul. 2005

47 PRITTWITZ, op. cit., p. 42-43; no mesmo sentido, acerca do posicionamento inicialmente crítico de JAKOBS: APONTE, op.cit., p. 11-12

48 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 44

que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.⁴⁹

Apresentada a noção inicial, é necessário, com respaldo nesse mesmo autor, dizer que nem sempre tal denominação pretende ser pejorativa. Certamente, segundo ele, “um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes”.⁵⁰

A essência desta conceituação, afirma MELIÁ, “está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”.⁵¹

Já não se trataria mais da manutenção da ordem das pessoas que trazem irritações internas ao sistema social, senão do restabelecimento de condições aceitáveis do entorno, por meio da neutralização daqueles que não oferecem uma garantia cognitiva mínima para que na prática possam ser tratados como ‘pessoas’.⁵² Ou no dizer de JAKOBS: “sem uma segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”.⁵³

Em apertada síntese, o ‘Direito Penal do Inimigo’ representa uma guerra cujo caráter limitado ou total depende também de quanto se tema o inimigo. O próprio JAKOBS adverte que tudo isso soa demasiado chocante, e certamente é, uma vez que se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa para contradizer a equivalência entre racionalidade e personalidade.

Ainda conforme o entendimento de JAKOBS, somente com a última *ratio de* KANT, segundo a qual qualquer um pode ser obrigado a tomar parte de uma relação jurídica com garantias do Estado (ou do pacto social), “não se foge do problema de como proceder, frente àqueles que não se desejam ver obrigados nem se mantêm

49 Ibid., p. 30

50 Ibid., p. 22

51 Ibid., p. 70-71

52 JAKOBS, **La Ciencia Del Derecho Penal Ante Las Exigencias Del Presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Trad. Teresa Manso Porto, 2000, p. 33

53 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 33-34

separados e, portanto, persistem como um entorno perturbador, como inimigos”.⁵⁴

3. O SUPORTE FILOSÓFICO

GOMES sintetiza o suporte filosófico utilizado por JAKOBS para a construção de seu ‘Direito Penal do Inimigo’ da seguinte forma:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant).⁵⁵

Com efeito, JAKOBS inicia a construção de sua teoria, afirmando que no Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (ROSSEAU, FICHTE). Para manter um destinatário das expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (HOBBS, KANT).⁵⁶

Dessa forma, ele parte da idéia de pensadores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato. Tais pensadores entendem o delito como uma infração ao contrato social, de maneira que o delinqüente já não pode mais usufruir dos seus benefícios: a partir dessa violação, já não participa mais de uma relação jurídica com os demais. A ressalva, dirá JAKOBS, é que a violação deverá ser contumaz, e não isolada.

O malfeitor, segundo ROSSEAU (1712-1778),⁵⁷ que ataca o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra contra ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A conseqüência é assim representada: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. De modo similar, argumenta FICHTE (1762-1814)⁵⁸ que “quem abandona o contrato

54 Ibid., p. 34

55 GOMES, **Direito Penal do inimigo...**, op. cit.

56 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 49-50

57 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código:RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva

58 JOHANN GOTTLIEB FICHTE *formula a seguinte tese: “quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos” . No obstante, Fichte quiere atemperar este rigor, y propone un contrato de expiación entre todos que se convertiría en una norma para el poder*

cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos”.⁵⁹

JAKOBS introduz as concepções de ROSSEAU e FICHTE, mas acentua que não as endossa, por entender que “a separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”.⁶⁰ E continua:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.⁶¹

Trata-se, pois, de coerência com a noção da função do Direito e da finalidade da pena por ele defendida, tal qual apresentado em capítulos passados.

HOBBS (1588 - 1679),⁶² por sua vez, com conhecimento dessas ressalvas apontadas por JAKOBS, também mantinha, em princípio, o delinqüente, em sua função de cidadão: “o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: ‘Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos’”.⁶³

Já KANT (1724-1804)⁶⁴, que fez uso do modelo contratual como idéia

ejecutivo, y en virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera (Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1960, § 20, p. 253 apud GRACIA MARTÍN, op.cit.)

59 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 25-26

60 Id.

61 Ibid., p. 26-27

62 A respeito da idéia de THOMAS HOBBS DE MALMESBURY: “Sin embargo, tal vez sea en Hobbes donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho Penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente. Para Hobbes, los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente, expresándolo con terminología moderna, sería la falta de seguridad cognitiva”; “Hobbes contempla, por ello, un derecho penal de enemigo en el mismo sentido en el que la dogmática moderna discute sobre su existencia, pues para él, el problema se situaba en una idéntica falta de seguridad cognitiva a la que caracterizaba el estado de naturaleza” (**El ciudadano** (n. 92), cap. I, 4 ss., p. 17 et seq.; **Leviatán**, cap. 13, p. 115 apud GRACIA MARTÍN, op.cit.)

63 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 27

64 Sobre IMMANUEL KANT vale o registro: “Conseqüentemente, quem não participa na vida de um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expellido (ou impellido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser

reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) para o estado ‘estatal’. Na construção *kantiana*, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.⁶⁵

A liberdade, em KANT, é a liberdade de agir segundo as leis: “As leis descrevem relações de causa e efeito. Portanto os homens são livres quando causados a agir. (...) Liberdade é ausência de determinações externas do comportamento. (...) Se as ações são causadas, obedecem às leis. (...) A liberdade tem leis; e se essas leis não são externamente impostas, só podem ser auto-impostas”.⁶⁶ É justamente por isso que, segundo KANT, “quando unidos para legislar, os membros da sociedade civil são denominados *cidadãos*”.⁶⁷

Seguindo este raciocínio, o próprio JAKOBS ampara-se na resposta dada por KANT no tocante àqueles que não se deixam obrigar. Assim, como HOBBS, KANT conhece um ‘Direito Penal do Cidadão’ – contra pessoas que, a princípio, não delinqüem de modo persistente –, e um ‘Direito Penal do Inimigo’ contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa: “O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido”.⁶⁸

Analisando este suporte metodológico, FRAGA acentua que

la posición de ver en el delincuente a un enemigo, bien puede fundamentarse en argumentos de Derecho Natural de índole contractualista. En este sentido, en la concepción de Rousseau todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del Estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él. Por otra parte hay posiciones que mantienen la condición de ciudadano para el

tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’, como anota expressamente Kant, ‘como um inimigo’” (*apud* JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 29); no mesmo sentido: “*Kant hace afirmaciones que apuntan a considerar a algunos individuos como enemigos. Kant contraponen el estado de naturaleza (status naturalis) al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o Estados que se relacionan con otros. El estado de naturaleza es un estado de guerra en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado las hostilidades. Un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de la necesaria seguridad, y con esto ‘me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (facto) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (statu iniusto), que es una constante amenaza para mí’. Entonces, ‘si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad’, y por ello ‘yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado’. Según Kant, la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la hostilidad contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho, pues ‘la [mera] omisión de hostilidades [por él] no es todavía garantía de paz’* (**Sobre la paz perpetua**, Trad. Joaquín Abellán e apresentação: Antonio Truyol y Serra, 5ª ed., Madri: Tecnos, 1996, p. 14 e nota 3 de p. 14-15 *apud* GRACIA MARTÍN, *op.cit.*)

65 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 28

66 WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os Clássicos da Política**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1991, v. 2, p. 53-54

67 *Ibid.*, p. 62

68 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 29

*delincuente, debido a que se trata de un status que no puede ser eliminado por él mismo; aquí el individuo es reconducido a un estado de naturaleza, es decir de no-persona, cuando el hecho cometido es de alta traición, puesto que cuando se trata de una rebelión, existe una rescisión del contrato de sumisión. Quien representa una amenaza permanente para mi persona, también puede ser tratado como enemigo y en consecuencia obligado a alejarse; aunque también sería legítimo obligarlo a colocarse junto a mí, en un estado legal.*⁶⁹

Nesse sentido, o indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser 'pessoa'. Logo, deve morrer como tal (ROUSSEAU); perde todos os seus direitos (FICHTE); deve ser castigado como inimigo (HOBBES e KANT).

Com esses pressupostos, JAKOBS passa a diferenciar dois modelos de Direito Penal destinados a diferentes tipos de indivíduos, deixando claro que o indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se como pessoa, deverá ser tratado como inimigo.

Contudo, para a fiel compreensão da concepção de JAKOBS é fundamental a percepção acerca do seu conceito de 'pessoa' ("*Feinde sind aktuell Unpersonen*").

4. PESSOA x INIMIGO

O 'Direito Penal do Inimigo', conforme já assinalado, é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos.

É preciso recordar, com arrimo em CONTRERAS, que a teoria de JAKOBS é pautada pela Teoria dos Sistemas Sociais que tem por base a comunicação - a pessoa existe em função de sua relação social:

*La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se obtiene mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro.*⁷⁰

69 FRAGA, op.cit.

70 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos**, na obra "**Dogmática Y Ley Penal - libro homenaje a Enrique Bacigalupo**". Tomo I, Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega Y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., Cordenadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaraldía Espinar, 2004, p. 693-720

Nesse esteio, explicita JAKOBS que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído”.⁷¹

Em outros termos, quem não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como também o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança dos demais. Portanto, no entender de JAKOBS, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado ‘Direito Penal do Inimigo’.⁷²

Os inimigos não são pessoas para JAKOBS (“*Feinde sind aktuell Unpersonen*”).

Para o jurista alemão, o conceito de ‘pessoa’ diz respeito à forma pela qual se constrói o sistema social, conforme já esboçado em capítulos anteriores. Assim, ele expressamente assevera que em “nenhum contexto normativo, e também o é o cidadão, a pessoa *em Direito* é tal, – vigora – por si mesma. Ao contrário, também há de determinar, em linhas gerais, a sociedade. Só então é real”.⁷³

Com isso pretende frisar que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como conseqüência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”,⁷⁴ eis que “sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona”; ou mais precisamente, não somente a norma, mas também a pessoa necessita de um ‘cimento cognitivo’.

Inexistindo essa garantia ou se ela é expressamente negada, o Direito Penal passa, de uma reação da sociedade ante o crime de um de seus membros, a uma reação contra um inimigo.⁷⁵ JAKOBS exemplifica a assertiva, dizendo que

71 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 49-50

72 *Ibid.*, p. 42-43

73 *Ibid.*, p. 31

74 *Ibid.*, p. 45

75 JAKOBS, *La Ciencia...*, p. 29-30

além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.⁷⁶

O próprio autor ressalva que isso não significa que tudo seria permitido ou que se sucederiam ações desmedidas; antes, seria possível que aos adversários se reconheça uma personalidade potencial, de tal modo que na disputa contra eles não se possa ultrapassar a medida do necessário. Sem dúvida, isso permitiria “muito mais do que na legítima defesa, na qual a defesa necessária só pode ser reação perante a uma agressão atual, no Direito Penal de ‘oposição’⁷⁷, como se verá na seqüência, trata-se da defesa também frente a agressões futuras”.⁷⁸

Registre-se novamente: no estado normal ‘cidadão’, “em lugar de expectativa cognitiva (O que fará x?, provavelmente delinqüirá.) aparece a expectativa normativa institucionalizada (x não deve delinqüir!), e quando esta expectativa é defraudada, não deve seguir um processo de aprendizado, à diferença do que sucede no caso de defraudação de uma expectativa cognitiva, senão se trata de manter a expectativa e imputar o curso perturbador ao responsável”;⁷⁹ ou seja, aplica-se, em regra, a sanção penal como medida de reafirmação da vigência da norma.

Quando, porém, “um indivíduo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”, permanecendo, pois, no estado de natureza, ou seja, um estado de ausência de normas, “(...) de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva”, onde “quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”.⁸⁰

76 JAKOBS, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 55

77 Terminologia utilizada pelo tradutor Maurício Antonio Ribeiro Lopes para se referir ao “inimigo” (JAKOBS, Id.)

78 Ibid., p. 55

79 JAKOBS, Günther. **Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijóo Sánchez, 2004, p. 19

80 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 36

4.1. O indivíduo como ‘pessoa’

Compreender o conceito de ‘pessoa’, segundo LUHMANN e JAKOBS, implica considerar que o sujeito livre, sempre será um sujeito que ostenta responsabilidades:⁸¹ “ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”.⁸²

Com precisão, GRACIA MARTÍN leciona que a privação e a negação da condição de ‘pessoa’ a determinados indivíduos e, por outro lado a atribuição a eles da condição de ‘inimigos’, constitui o paradigma e a questão central da teoria.⁸³

A noção de ‘pessoa’ utilizada por JAKOBS, fundamentalmente pautada na concepção de LUHMANN, importa na separação jurídica entre o indivíduo, entendido como sistema psíquico que opera com base na consciência, e a sociedade, entendida como sistema que opera com base na comunicação.⁸⁴ Ele próprio afirma que “partindo de tal compreensão, o direito aparece como estrutura da sociedade, e tanto os deveres como os direitos, falando nos termos da Teoria dos Sistemas são expectativas normativas, não estão dirigidas a indivíduos, senão a destinatários construídos comunicativamente que se denominam pessoas”.⁸⁵

LUHMANN identificara o sistema social pela comunicação, o que o diferenciaria dos demais sistemas. Portanto, a comunicação (e aí incluem-se cognição e expectativas cognitivas e normativas) é, como dito, o ponto de partida para se entender ‘pessoa’ segundo a concepção jurídica de JAKOBS.

Nesses termos, a pessoa não é algo dado pela natureza, senão uma construção social e, por conseguinte, nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal:

‘Pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas); ou seja, “somente pode ser pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente, o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito

81 JAKOBS, *Ciência...*, p. 8

82 JAKOBS, *Sociedade, Norma e Pessoa. Teoria de Um Direito Funcional*, São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 30

83 GRACIA MARTÍN, *op.cit.*

84 Id.

85 JAKOBS, *Sobre la normatización...*, p. 16-17

jurídico-penal de culpabilidade.⁸⁶

É justamente por isso, que de acordo com a concepção de ‘prevenção geral positiva’, a pena, segundo a teoria de JAKOBS,

tem um significado comunicativo e confirma a vigência da norma, ao menos no que se refere a sua função aberta, posta em dúvida pelo autor; por conseguinte, o juízo de culpabilidade somente pode ser um juízo acerca da falta de consideração da norma por parte do autor, é dizer, acerca de sua falta de fidelidade ao ordenamento jurídico. Portanto, a culpabilidade é um déficit – exteriorizado em um fato consumado ou na tentativa de um fato típico – de fidelidade ao ordenamento jurídico, e os fatos psíquicos, na medida em que são suscetíveis de ser mostrados, especialmente o dolo e a consciência de antijuridicidade, não são outra coisa que indicadores de tal déficit. (...) a falta de atenção, a indiferença, o desinteresse pelas conseqüências de uma conduta podem também ser indícios do déficit.⁸⁷

Ora, se a prevenção geral positiva é a regra, a prevenção especial (negativa), ou seja, a visão do agente ‘inimigo’ como foco de perigo, passa a ser o modelo do ‘Direito Penal do Inimigo’. No plano material, trata-se de uma medida de segurança que se denomina ‘pena’, o que JAKOBS chama de ‘custódia da segurança’.⁸⁸

Na prevenção geral positiva, a dor penal se comina a uma pessoa competente, capaz de ser culpável, e não a inimputáveis, eis que frente a estes não há expectativas normativas que possam ser defraudadas. “A situação é outra no caso do efeito assegurado referente a atos futuros que deriva de fechar ao sujeito: não depende da culpabilidade que concorreria nos atos futuros nem da que concorreria nos passados, senão única e exclusivamente da periculosidade do indivíduo”.⁸⁹

4.2. Os ‘inimigos’ da sociedade

Na concepção de JAKOBS, “o não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminoso e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminoso), vale dizer, em qualquer caso de forma

86 Ibid., p. 19-20

87 Ibid., p. 21

88 Ibid., p. 50

89 Ibid., p. 49

presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta”.⁹⁰ Melhor traduzindo sua construção:

Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do *status* de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade.⁹¹

SÁNCHEZ, no mesmo sentido, repisa a teoria de JAKOBS, realçando:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (...) Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de assecuramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.⁹²

Para JAKOBS, é legítimo pensar que seria improvável que a pena privativa de liberdade se converta na reação habitual frente a fatos de certa gravidade se ela não contivesse esse efeito de segurança. Nessa medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva. Que ela não se dirija contra a pessoa *em Direito*, mas contra o *indivíduo perigoso*: “nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma ‘tendência a (cometer) fatos delitivos de considerável gravidade’ poderia ter efeitos ‘perigosos’ para a generalidade (...)”.⁹³

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como ‘inimigos’, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não

90 JAKOBS, *Ciência...*, p. 57

91 JAKOBS, *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. André Luís Callegari, 2003, p. 111

92 SÁNCHEZ, *A Expansão...*, p. 149

93 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 22-23

podem participar dos benefícios do conceito de 'pessoa'. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento penal legal, mas sim a um procedimento de guerra.⁹⁴

A diferenciação 'pessoa-inimigo' parece, a muitos críticos, como algo inconcebível em um Estado de Direito; algo que violaria profundamente os direitos humanos. Contudo, diante do quadro, ao que parece, irreversível, evitar a discussão sobre essa diferenciação, permitirá que se legitime o caos normativo, impondo-se normas penais e processuais de modo indistinto aos inimigos e aos cidadãos. Neste aspecto, como bem observa APONTE, para JAKOBS

*el ciudadano es, ante todo, portador de una esfera de derecho que se ve amenazada con la anticipación del estado previo. (Lo importante es entender en caso que dicha esfera se ve amenazada, de manera general, por un derecho penal de enemigo: el problema de la anticipación, la desestructuración de la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, es apenas un ejemplo de la actuación de este modelo de derecho penal. Lo que sucede es que el ejemplo es especialmente ilustrativo, sobre todo por la invasión del fuero interno: debe recordarse lo que ha costado en la historia del derecho penal y del derecho público, la preservación del fuero interno).*⁹⁵

5. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Para o enfrentamento dos 'inimigos', as sociedades modernas têm recorrido a regulações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um 'Direito Penal do Inimigo'. Seriam elas:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.⁹⁶

O próprio JAKOBS descreve as principais características desse modelo de política criminal como:

94 GOMES, **Direito Penal...**, op. cit.

95 APONTE, **Derecho penal de enemigo vs....**, p. 17-18

96 GRACIA MARTÍN, op.cit.

a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas;

b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e

c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.⁹⁷

MELIÁ sintetiza tais pontos cruciais, aduzindo que o 'Direito Penal do Inimigo' se caracteriza por três elementos básicos:

a) ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade);

b) penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e

c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.⁹⁸

No mesmo esteio, GOMES apresenta quadro bastante didático que expressa a sua leitura da teoria:

- (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;
- (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação ocasional, espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.⁹⁹

Assim, GOMES interpreta que suas principais bandeiras seriam:

97 JAKOBS, *La Ciencia...*, p. 55-57

98 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 67

99 GOMES, *Direito Penal...*, op. cit.

flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); inobservância de princípios básicos, como o da ofensividade da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; aumento desproporcional de penas; criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); endurecimento sem causa da execução penal; exagerada antecipação da tutela penal; corte de direitos e garantias processuais fundamentais; concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); infiltração de agentes policiais; uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); etc.¹⁰⁰

A leitura de tais bandeiras permite identificar vários modelos e institutos já adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro e sempre questionados pelos defensores do exclusivo modelo de inspiração iluminista.

Seria possível, contudo, o retorno ao modelo exclusivamente clássico, diante da insuperável necessidade de enfrentamento das novas demandas penais e da criminalidade organizada e transnacional? De outra parte, algumas dessas características já não foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos há algum tempo, sem que fossem consideradas antiliberais ou ilegítimas?

As respostas dependem da análise de algumas dessas características.

5.1. A antecipação da tutela penal

LYRA, há algum tempo, advertira que “a lei regulará a intervenção pré-delitual com minúcia e prudência”. Do contrário, dissera ele, “as condições da vida moderna, cada vez mais entrelaçada nacional e internacionalmente, hão de coonestar as crescentes intromissões policiais até no fundo da consciência do homem”.¹⁰¹

A ampliação da intervenção punitiva caracteriza-se, sobretudo, pelo procedimento de antecipar a ingerência penal do Estado, contrariando, no entender de CAVALCANTI, a tradicional criminalização albergada pelos postulados do chamado Direito Penal de inspiração iluminista. Sobre esse tema, lembra ele, “a

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ LYRA, Roberto. *Novíssimas Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 306-307

doutrina alemã vem abordando esta questão de maneira monográfica, para a qual tem cunhado o termo ‘*Vorfeldkriminalisierung*’ (criminalização no âmbito prévio)”.¹⁰²

Com estes termos – adiantamento da punibilidade, combate com penas mais elevadas e limitação de garantias processuais - é certo que o Estado não fala com cidadãos, ao menos segundo os parâmetros clássicos. O próprio JAKOBS advertira que, dessa forma, revela simples “ameaça a seus inimigos”.¹⁰³

5.1.1. A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta

Ao tratar do adiantamento da punibilidade, é inderrogável tratar de assunto já tão polemizado pela doutrina: a punibilidade de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta.

A punição de crimes de mera conduta é inegavelmente de ordem preventiva. “A idoneidade dessa conduta basta para torná-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado”.¹⁰⁴

Tal assertiva, que aparenta ser recente, já fora tratada há tempos com brilhantismo por PIMENTEL. Aliás, a legislação pátria, há algumas décadas, é rica em tipos penais desta natureza: abandono de função pública, ameaça, ato obsceno, auto-acusação falsa, inúmeras contravenções penais, crimes falimentares, crimes contra a saúde pública, desobediência, falsa identidade, perigo para a vida de outrem, violação de domicílio, dentre outros.

PIMENTEL, com arrimo em ASÚA, assim justificara a necessidade de tais incriminações: “... *en suma, en vez de delitos se definirán e considerarán en el Código del porvenir, posiciones de estado peligroso, permanentes o temporales estados de peligrosidad subjetiva, que pueden coincidir o no con lo que hoy se halla catalogado como delito em la parte especial de los códigos penales.*”¹⁰⁵

Além dos crimes de mera conduta, observa APONTE, as regras e parêntias de que a esfera interna deva ser irrelevante para o Direito Penal (*cogitationis poenam nemo patitur, de internis non judicat praetor*) estão cada vez mais

102 CAVALCANTI, op.cit., p. 187

103 JAKOBS, *La Ciência...*, p.32

104 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de Mera Conduta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 91-92

105 Ibid., p. 173

esquecidas.¹⁰⁶

Ao enfrentar a questão, JAKOBS - tratando especificamente das associações terroristas e organizações criminosas - questiona se a formação de quadrilha seria um assunto privado e ínsito à consciência do indivíduo, respondendo, em tom evidentemente crítico:

Na medida em que se insinue com essa pergunta que a persecução de fins antijurídicos não poderia ser uma questão privada, por ela se vir afetada não somente a formação de quadrilha, como também a concepção em seu conjunto. Toda a preparação de um delito pode ser definida como uma conduta que é não-privada, mas então já não se tem nenhum motivo para se deter ante a incriminação de pensamentos. Por essa via, todo o direito penal se converte um direito penal de inimigos.¹⁰⁷

HUNGRIA já justificara, *v.g.*, a necessidade de criminalização da associação em quadrilha ou bando, ainda que advogando que não se tratava de mera criminalização de ato preparatório,¹⁰⁸ aduzindo de forma harmônica ao contexto social da época que

a delinqüência associada ou de grupo fêz-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico-social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis *associações* para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a todas as audácias e a todos os riscos. É o *banditismo* organizado. Seus componentes, chefes ou gregários, íncubos ou súcubos, são, via de regra, *homens sem fé nem lei*, que não conhecem outra moral além dos aberrantes “pontos de honra” com que requintam a solidariedade para o malefício. Pela mútua sugestão e pelo fermento de imoralidade no seio do “bando” ou “quadrilha”, fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplante, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.¹⁰⁹

Ainda no caso brasileiro, a punição de atos preparatórios se verifica, dentre outros, com o tipo penal de apetrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal), bem como previsão específica na Lei de Tóxicos (art. 13 da Lei 6.368/76), ou no caso dos tipos de posse ou porte de armas de fogo.¹¹⁰ Trata-se de

106 APONTE, *Derecho penal de enemigo vs....*, p. 18

107 JAKOBS, *Fundamentos....*, p. 114-115

108 “Não fôra o grave perigo concreto que a organização da quadrilha ou bando representa por si mesma, e não passaria de mero ato preparatório, penalmente irrelevante” (HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 177)

109 *Ibid.*, p. 175

110 Vale ressaltar o interessante registro de JAKOBS: “(...) quem procura uma arma encontra-se, quanto muito, em estado preparatório de um delito que irá cometer com ela, e, apesar disso, mesmo em um estado de liberdades deverá ser tolerado que cidadãos particulares tenham estoques de rifles automáticos em suas casas. Nessa situação, existem duas questões que

singelas ilustrações que remetem à pergunta: seria possível, na atualidade, extirpar tais figuras típicas do ordenamento pátrio?

BIANCHINI, a este respeito, ressalta que a “antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como crimes-obstáculos, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes”. Usa como exemplo o crime do art. 52 da Lei 9.605/98, no qual o simples fato de agente ‘penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente’ já constitui o delito.¹¹¹

O próprio JAKOBS, no mesmo sentido, aduz que

o grande descuido com que é tratada essa matéria se faz visível no instrumento conceitual da dogmática do direito penal: significativamente o conceito de consumação é um conceito formal, isto é, a consumação se orienta pela formação do tipo, não a critérios materiais, e em relação a isso resulta materialmente inseguro determinar já em termos gerais o que é o estado prévio¹¹². Em outros termos, o Direito Penal de um Estado de liberdades não trata do controle dos aspectos acerca do interno somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos externos que já são, de qualquer modo, perturbadores. Se tais formas de conduta são tomadas como motivo para investigar o contexto subjetivo, com a mesma justificativa – ou, para dizer em termos mais precisos, com a mesma falta de justificativa -, poderia ser tomado qualquer outro motivo arbitrário: suspeita-se da existência de maus pensamentos, mas posto que não seria legítimo isso ser valorado, por si só, como uma perturbação, toma-se algo socialmente adequado como pretexto.¹¹³

Além disso, ao procurar legitimar determinadas antecipações de punibilidade, JAKOBS elenca várias explicações plausíveis:

- a) tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes - o princípio da culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto;
- b) argumentos preventivo-policiais a favor dessas antecipações (“antecipa-

necessitam justificação: em primeiro lugar, quando se pode responder, desviando-se das regras gerais, pelo perigo de um comportamento futuro, próprio ou alheio, e, em segundo lugar, como deve ser limitada a responsabilidade para que não venha contra o princípio do fato (JAKOBS, **Fundamentos...**, p. 128)

111 BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, v. 7, 2002, p. 73

112 JAKOBS, **Fundamentos...**, p. 109

113 Ibid., p. 118-119

se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão”).¹¹⁴

Independentemente dos argumentos, forçoso registrar, para oportuna reflexão, a assertiva lógica do próprio JAKOBS: “quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos”¹¹⁵ e, pois, “despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada já não corresponde aí direito penal de cidadãos, e sim ao direito penal de inimigos”.¹¹⁶

5.1.2. Os tipos de perigo abstrato

O mesmo quadro vem sendo traçado no tocante aos novos tipos de perigo abstrato, máxime diante dos riscos acrescidos pelos avanços da modernidade.

É certo, como aduzem GOMES e BIANHINI, que “para que todo o planeta não corra riscos (ou não espere que aconteçam catástrofes anunciadas), inclusive os inerentes ao processo de globalização, o correto seria valer-se intensivamente do Direito penal (com toda sua carga simbólica)”.¹¹⁷

JAKOBS, a respeito da imprescindibilidade do uso dos delitos de perigo abstrato, destaca que “parece manifesto que, nesta medida, inclusive a olhos de muitos críticos algumas proibições parecerão perfeitamente legitimáveis, inclusive, como completamente imprescindíveis; pois sem segurança cognitiva nos âmbitos esboçados, dificilmente cabe imaginar uma sociedade ordenada”.¹¹⁸

O jurista alemão ilustra tal entendimento, trazendo a lume o exemplo atinente às novas demandas da modernidade e do mundo globalizado: “não só bens jurídicos clássicos são bens escassos, mas de acordo com o entendimento atual o são também suas condições de utilização. (...) A ‘segurança’ do tráfego de automóveis, o meio ambiente ‘intacto’ e situações similares não são, evidentemente, estados naturais, mas são os resultantes de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que

114 Ibid., p. 110

115 Ibid., p. 130

116 Ibid., p. 130-131

117 GOMES, Luiz Flávio; BIANHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002, p. 119

118 JAKOBS, **Sobre la normatización...**, p. 58-59

configuraram essas decisões”.¹¹⁹

De outra parte, se é certo que “a tendência à justificação, independentemente de qual seja a sua base, já não permite, ao menos num Estado de prestações, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, mas se converte num direito, cujo asseguração pode ser exigido do Estado”,¹²⁰ o próprio JAKOBS ressalva que com isso não se pretende legitimar qualquer delito de perigo abstrato: “em especial, não vejo possibilidade alguma de legitimar todos os delitos enriquecidos subjetivamente que punam casos de preparação como se fossem de consumação (...). Esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres; tampouco cabe convertê-los em infrações administrativas, mas devem ser eliminados sem mais.”¹²¹

5.2. A relativização de garantias penais e processuais

Além da antecipação da punibilidade e desproporcionalidade das penas, vale ressaltar que a relativização de garantias penais e processuais vem se consumando como tônica, tanto para enfrentar a criminalidade organizada e o terrorismo, quanto para equacionar problemas de funcionamento da própria Justiça.

Em primeiro lugar, para o enfrentamento de crimes típicos da modernidade (praticados via internet, por associações criminosas muitas vezes transnacionais, com forte arsenal bélico contrabandeado etc), as dificuldades adicionais de persecução e prova são muitas. Daí porque, segundo SÁNCHEZ, “nesses âmbitos em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente à da relativização das garantias substantivas e processuais”.¹²²

A ilegitimidade ou não de flexibilizar garantias penais e processuais será debatida com mais detalhes no último capítulo deste trabalho. Contudo, é preciso reconhecer, desde já, que as tendências contrárias presentes no Direito material –

119 JAKOBS, *Sociedade, Norma...*, p. 26. Necessário reiterar que, a rigor, para ele, o discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma.

120 *Ibid.*, p. 27

121 *Ibid.*, p. 29

122 SÁNCHEZ, *A Expansão...*, p. 150

contradição *versus* neutralização de perigos – encontram situações paralelas no Direito processual.¹²³

Nesse sentido, há que se mencionar a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados como exemplos típicos de um direito processual de enfrentamento, de luta e de guerra ao inimigo ou, ao menos, de um modelo divorciado do modelo clássico e garantístico até então paradigmático.

O próprio JAKOBS observa que, “como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (...)”.¹²⁴

Ainda segundo ele, trata-se de um procedimento em que se evidencia a falta de separação entre Executivo e Judiciário (tal qual vem ocorrendo, sistematicamente, nos Estados Unidos e em parte da Europa), pois, “com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra”.¹²⁵

Não obstante, é necessário consignar que boa parte dos críticos deste Direito Penal e Processual de exceção são aqueles que festejaram a adoção de um modelo de Política Criminal completamente divorciada dos princípios clássicos. Exemplo disso é a Lei brasileira dos ‘Juizados Especiais Criminais’ (Lei nº 9.099/95) que, a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal,¹²⁶ permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção da

123 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 49-50

124 *Ibid.*, p. 40

125 *Ibid.*, p. 41

126 MARQUES citando RUI BARBOSA: “Dizem os ingleses e americanos que ninguém pode ser sentenciado senão by the law of the land, ou by due process of law, expressões sinônimas na fraseologia jurídica das duas grandes nações. Esse princípio, que, para a raça anglo-saxônica, data da Magna Carta, o que quer dizer que conta quase sete séculos, tem hoje a sua consagração inconcussa em todas as Constituições americanas. A law of the land, dizia WEBSTER, é a lei que ouve, antes de condenar, que obra mediante investigação dos fatos, e não sentencia senão no termo do processo. BARBOSA, Rui. Anistia inversa”, in *Coletânea jurídica*, 1928, p. 120 (*apud* MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, v. I, Tomo I, 1997, p. 187)

necessária prova e o exercício de ampla defesa.¹²⁷

HASSEMER, ao tratar dessa 'Justiça consensual', ressalta de forma irretocável que

os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discricção); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juízes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos "Partnes" para o acordo); princípio inquisitório (porque o "grande achado" do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesma tratado com mais rigor).¹²⁸

AZEVEDO ressalta esta forma de informalização da Justiça nos Estados contemporâneos, apresentando suas marcantes características:

Estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, ad hoc; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que 'o que não está no processo não está no mundo'; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento.¹²⁹

Ocorre que além dos problemas já constatados, este tipo de legislação, ao menos no caso brasileiro, parece ter legitimado, na prática, a banalização da própria

127 NELSON NERY JÚNIOR, ao demonstrar a importância do princípio, chega a afirmar que "...bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies" (NERY Jr., **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 28); no mesmo sentido, BONATO: "há que se destacar que a defesa ampla em juízo não se trata de um direito disponível do acusado. Mais do que isso, está em jogo a legitimidade do juízo e do processo em geral, conforme exigido pelo Estado de Direito (BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 169)

128 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 49-50

129 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100006&script=sci_arttext&tlng=pt, Acesso em 22 jul. 2005

tipificação das infrações sujeitas ao procedimento célere, haja vista que hoje é mais fácil lavrar um termo circunstanciado e encaminhar os envolvidos ao Poder Judiciário do que aquilatar se, efetivamente, houve infração penal que justifique a continuidade da persecução. Aqui vale o dito popular: ‘na prática, a teoria é outra’.

Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que acidamente criticam um modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’, não teria contribuído para legitimar e institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibilizasse garantias penais e processuais? Por outro lado, se é certo que tais características, tanto no Direito material, quanto no processual, estão presentes na legislação do Ocidente, como seria possível o enfrentamento da criminalidade econômica, organizada e terrorista, com parâmetros exclusivamente liberais-clássicos?

6. OS CRIMES DOS ‘PODEROSOS’

Com a globalização, inegavelmente, a análise da criminalidade mudou de foco: “os delitos do paradigma clássico do processo de criminalização, como por exemplo o homicídio ou os crimes tradicionais contra o patrimônio, são substituídos por delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*”.¹³⁰

DEL OLMO, nesse sentido, assinalava já na década de 1990, que a percepção do inimigo se amplia para incorporar os cartéis colombianos, sobretudo o Cartel de Cali, assim como organizações criminosas européias e grupos insurgentes denominados consórcios transnacionais, “*con una cultura flexible, producto de la apertura de mercados, la falta de regulación bancaria y la difusión de regímenes democráticos que ‘irónicamente está exacerbando la expansión global del problema de la droga*”, o que, associado aos grupos terroristas têm difundido os crimes de lavagem de dinheiro.¹³¹

BONFIM, parafraseando LYRA e questionando onde estariam os ‘grandes golpes’, já evidenciara como a globalização econômica e a circulação de capitais por todo o mundo permeiam as grandes organizações criminosas:

130 CAVALCANTI, op. cit., p. 175

131 DEL OLMO, Rosa. **Las Drogas Y Sus Discursos**. São Paulo: Del Rey, Coleção *JUS ETERNUN*, v. 5. Coord. José Enrique Pierangeli, 2003, p.134-135

(...) são encontráveis nos ‘oligopólios, empreendimentos, investimentos, reinvestimentos, financiamentos, negócios, refaturamentos, lucros extraordinários, golpes e planos financeiros, fornecimentos, contas especiais, promoções, patrocínios, caridades, propagandas, publicidades, concorrências, exposições, desfiles, concursos, sorteios, consórcios, loterias, leilões, festas, feiras, salões, butiques, botes, ‘caixinhas’, participações, gratificações, comissões, ‘beiradas’, câmbios de todas as cores, operações de todas as formas geométricas, homenagens, presentes, cortesias, prêmios, etc., etc.’¹³²

Essa inquestionável mudança de parâmetros também é ressaltada por SÁNCHEZ, segundo o qual “antes se destacava ‘a espada do Estado contra o delinqüente desvalido’ e agora começa a se constatar a operatividade do Direito Penal contra os ‘powerful’”, o que, segundo ele, invariavelmente provocou uma transformação conseqüente também no âmbito do Direito Penal (*jus puniendi*): “se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como “Magna Charta” da vítima aparece junto à clássica “Magna Charta” do delinqüente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela”.¹³³

CAVALCANTI vai além, aduzindo que de acordo com esta tendência, o crime está passando de *organizado* para ampla e progressivamente tornar-se *globalizado*:

Não se depara, portanto, com nenhum tipo de rede criminosa, mas com projeto racionalmente elaborado. Para tanto, três grupos de atuação interferem nesta criminalidade global. São, de certa forma, independentes, mas, por ser óbvio, interligam-se e estabelecem pontes e conexões. O primeiro grupo é central ou nuclear, tendo como ‘finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais’. O segundo grupo tem como finalidade principal fornecer apoio institucional a toda a rede criminosa. É a tentativa de (...) chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação criminosa se torna possível. O último grupo, por fim, responsabiliza-se pela lavagem de todo o dinheiro ilícitamente conseguido”.¹³⁴

GOMES e CERVINI¹³⁵, com arrimo em SILVA FRANCO¹³⁶, também ressaltam que

o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características

132 BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997, p. 199

133 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 51

134 CAVALCANTI, op. cit., p. 176

135 GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Crime organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 56-57

136 ALBERTO SILVA FRANCO in BOLETIM do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminas), n° 21, Extra, p. 5

assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros delinqüenciais e um rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Essa temática, aliás, foi muito importante na realização do XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em setembro de 1999 em Budapeste, conforme lembrança de DOTTI. Dentre as diversas conclusões aprovadas no evento, destacam-se:

- a) *características do crime organizado*: divisão de trabalho e a dispersão da responsabilidade individual no seio da organização; alternatividade de agentes; o segredo; a confusão entre as atividades lícitas e as ilícitas; a capacidade de neutralizar os esforços de aplicação da lei por meio da intimidação e da corrupção; mecanismos especiais para a transferência de lucros;
- b) *definição da responsabilidade criminal*. Em face da dificuldade para demonstrar que os chefes e os subalternos tenham efetivamente participado dos crimes da organização e na medida em que as categorias tradicionais da autoridade e da participação se revelam insuficiente para definir a responsabilidade criminal, deve-se admitir uma prudente modernização dessas modalidades a partir do princípio da responsabilidade organizacional. Nos grupos hierarquicamente estruturados, as pessoas com poder de decisão e de controle podem ser responsabilizadas pelos fatos praticados pelos seus prepostos, desde que comprovada a ordem de para agir ou se omitir, não sendo suficiente a participação culposa;
- c) *método de ação e características diversas*. A título ilustrativo pode-se referir a intimidação e a violência, o terrorismo, a corrupção, o corporativismo, a aparência de legalidade formal das atividades, a integração real ou aparente dos associados à comunidade e o impacto nacional ou internacional;
- d) *sanções adequadas*. Além da pena criminal as sanções administrativas e civis devem ser aplicadas: multas, reparação de danos, inabilitações e interdições profissionais, proibição de participar em concorrências públicas, etc.;
- e) *garantias do acusado*. Há necessidade de se assegurar o estado de direito com os princípios que lhes são inerentes, entre eles o princípio da presunção da inocência e as garantias da defesa;
- f) *a proteção às vítimas e testemunhas*. A pessoa que deva depor na condição de vítima ou testemunha e estiver ameaçada, deve merecer especial proteção judicial e a eventual dispensa de revelar o nome, a idade e outros dados de identificação;
- g) *especialização dos serviços*. A luta contra o crime organizado exige o emprego de pessoas especializadas nas mais diversas áreas (administrativa, policial, judicial, etc.).¹³⁷

O panorama até então traçado indicava a tendência de inovações legislativas e adoção de tipos penais e mecanismos processuais já muito divorciados dos parâmetros do modelo liberal-clássico. A situação agravou-se ainda mais com

137 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 169-170

as ações terroristas de grande violência na cidade de Nova Iorque, em setembro de 2001, em Madri no dia 11 de março de 2004 e, mais recentemente, no dia 07 de julho de 2005, em Londres, que foi palco de mais uma ação terrorista extremamente violenta.

O depoimento de PACHECO DE CARVALHO retrata a reação da sociedade espanhola que, logicamente, se deu de forma semelhante à dos Estados Unidos e à da Inglaterra: *“a primera hora de la mañana del día 11 de marzo de este año de 2004 mucho ha cambiado en España, ha nacido una nueva España, triste, temerosa, preocupada y desconfiada de todo lo que le rodea bien como de todas las personas”*.¹³⁸

Institucionalizou-se e parece ter se legitimado, desde então, a retomada do antigo discurso de ‘guerra’ e ‘luta contra o inimigo’, sem qualquer preocupação de justificativas racionais e claras delimitações entre as diferentes políticas criminais, máxime porque passara a contar com o incondicional apoio da opinião pública.

Ora, é mister registrar as ponderadas considerações de DAMÁSIO no sentido de que “o terrorismo, em sua base, é um problema moral e, como tal, suas manifestações têm de ser analisadas sob um prisma de absoluta isenção de ânimos, reta intenção e o mais objetivamente possível, o que certamente é bastante difícil, seja para um indivíduo, seja para a comunidade. Em clima de emoção, ou comoção, qualquer juízo será prejudicado”.¹³⁹

No entanto, as dificuldades dos Estados em lidar com o próprio conceito e tipificação do terrorismo, assim como de lidar com a criminalidade organizada transnacional, ensejaram a adoção de legislações que vêm sendo, há tempos, rotuladas como modelos ilegítimos em um Estado Democrático de Direito e, desde a concepção de JAKOBS, vêm sendo etiquetadas como legislações típicas de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

Como enfrentar este paradoxo? Como conciliar garantias penais e processuais clássicas com este novo tipo de criminalidade?

Como enfrentar o crime organizado que, no dizer do sociólogo GUARACY MINGARDI, “configura um verdadeiro e próprio contra-poder criminal em

138 PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. **El ciudadano, el terrorista y el enemigo**. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,16,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul. 2005

139 DAMÁSIO DE JESUS, **Breves Considerações...**, p. 4

concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado?”¹⁴⁰ Como enfrentar uma “criminalidade coonestada, legitimada, compensada, legalizada, ‘incorporada’, patenteada, autorizada, registrada, aprovada, licenciada, com selos e carimbos e todas as formalidades”,¹⁴¹ formada, inclusive, por grandes empresas que desfrutam, do privilégio da extraterritorialidade protegido pelo sigilo comercial e bancário, pela ‘livre iniciativa’ e pelo ‘liberalismo econômico’?¹⁴²

Algumas das respostas dadas em situações aparentemente semelhantes e ora retomadas têm sido duramente questionadas, como se infere da dialética a respeito do Movimento ‘Lei e Ordem’ e de modelos de Direito Penal do autor, onde a periculosidade e a medida de segurança ocupam papel principal, em detrimento das coadjuvantes - ‘culpabilidade’ e ‘pena’.

6.1. Políticas criminais de enfrentamento da criminalidade comum e organizada

6.1.1. Movimento ‘Lei e Ordem’, ‘Tolerância Zero’ e ‘Janelas Quebradas’

Políticas criminais pautadas na eficiência preventiva, finalidade primordial buscada na modernidade, seja para o combate da criminalidade dos poderosos, seja para combate de pequenas infrações penais, encontram fartos exemplos nos Estados Unidos.

A título ilustrativo, em 1982 o cientista político JAMES Q. WILSON e o psicólogo criminologista GEORGE KELLING, sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas.

Daí, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio, tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta

140 GOMES; CERVINI, **Crime organizado...**, p. 56-57

141 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 200-201

142 Ibid., p. 202

altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime.

Com as teorias ‘Janela Quebrada’ e ‘Tolerância Zero’ imprimia-se, nos Estados Unidos, uma política criminal que buscava demonstrar a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão de pequenos delitos e contravenções. Assim como a desordem levaria à criminalidade, a tolerância com pequenos delitos e contravenções, levaria, inevitavelmente à criminalidade violenta.¹⁴³

Consideradas por muitos como uma das vertentes do Movimento ‘Lei e Ordem’, tais políticas foram duramente questionadas, eis que seus críticos entendem que se trata de mera seleção e limpeza social, com exclusão do convívio dos mais pobres e marginalizados socialmente.

Já o movimento “*Law and Order*”, também originado nos Estados Unidos, provocou, nas duas últimas décadas, sensíveis modificações na política criminal e legislação penal daquele país. Há considerável doutrina que entenda ter esse movimento influenciado a realidade brasileira, especialmente na década de 90, em que boa parte dos críticos atribui, por excelência, à Lei de Crimes Hediondos, o símbolo desse tipo de política criminal.¹⁴⁴

Segundo SANTORO FILHO, esse movimento, “integrado principalmente por políticos com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, parte do pressuposto de que a criminalidade e a violência encontram-se em limites incontrolláveis, e que este fenômeno é fruto de legislação muito branda e dos benefícios excessivos conferidos aos criminosos, pois não têm estes receio de sofrer a sanção”.¹⁴⁵

Instaura-se, na sociedade, um clima de guerra, institucionalizando, dessa forma, a dicotomia entre ‘homens bons’ e ‘homens maus’ (os ‘inimigos da

143 Ainda sobre o tema: CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, p. 328-342

144 DOTTI, **Curso...**, p. 21-22

145 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000, p. 130-131

sociedade’):

De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de “reféns” dos delinqüentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico. (...) O primeiro instrumento a ser utilizado nesta batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinqüente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita.¹⁴⁶

No mesmo diapasão, DOTTI tece ácida crítica aos defensores desse pensamento que, segundo ele, partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre *bons* e *maus*:

A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminógenas. As principais características desse movimento, segundo João Marcello, são as seguintes: a) a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que hoje se designa por *retribuição jurídica*; b) os chamados *crimes atrozes* devem ser castigados com penas severas e duradouras (morte e longa privação de liberdade); c) a pena de prisão para os crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimento penal de segurança máxima, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade, diverso do que é deferido aos demais condenados; d) a prisão provisória deve ter as suas hipóteses de cabimento ampliadas a fim de se dar resposta imediata ao delito; e) restrição aos poderes judiciais de individualização da pena e menor controle jurisdicional na execução que deverá ser administrada, quase exclusivamente, pelas autoridades penitenciárias.¹⁴⁷

Trata-se, na análise de SANTORO FILHO, de uma autêntica linhagem de Direito Penal simbólico: “uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade”.¹⁴⁸

Independentemente do juízo de censura, certo é que a propaganda teve repercussão no Brasil. DOTTI, v.g., com certo exagero, salienta que em harmonia

146 Id.

147 DOTTI, *Curso...*, p. 21-22

148 SANTORO FILHO, *op.cit.*, p. 132-133

com o movimento *law and order* surgiram nos anos 90 propostas de criminalização de fatos antes penalmente irrelevantes ou que eram sancionados com penas menos graves, ilustrando com exemplos marcantes desse fenômeno: Lei nº 8.072, de 25.7.1990 (crimes hediondos); Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 8.137, de 27.12.1990 (crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo); Lei nº 8.176, de 8.2.1991 (crimes contra a ordem econômica); Lei nº 8.212, de 24.7.1991 (crimes contra a seguridade social); Lei nº 8.666, de 21.6.1993 (crimes relativos às licitações); Lei nº 9.029, de 13.4.1995 (práticas discriminatórias nas relações de trabalho); Lei nº 9.034, de 3.5.1995 (organizações criminosas); Lei nº 9.100, de 29.9.1995 (crimes eleitorais); Lei nº 9.263, de 12.1.1996 (esterilizações cirúrgicas); Lei nº 9.296, de 24.7.1996 (interceptação de comunicação telefônica); Lei nº 9.426, de 24.12.1996 (novas hipóteses de receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor); Lei nº 9.434, de 4.2.1997 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano); Lei nº 9.437, de 20.2.1997 (porte de arma); Lei nº 9.455, de 7.4.1997 (tortura); Lei nº 9.472, de 16.7.1997 (serviço de telecomunicação); Lei nº 9.503, de 23.9.1997 (Código de Transito Brasileiro); Lei nº 9.504, de 30.9.1997 (crimes eleitorais); Lei nº 9.605, de 12.2.1998 (crimes contra o meio ambiente); Lei nº 9.609, de 19.2.1998 (programa de computador); Lei nº 9.613, de 3.3.1998 (lavagem de dinheiro); Lei nº 9.677, de 2.7.1998 (crimes contra a saúde pública); Lei nº 9.983, de 14.7.2000 (crimes previdenciários).¹⁴⁹

Afora os exageros decorrentes dos engajamentos ideológicos, e no que pesem os prejuízos à racionalidade do debate que os rótulos impõem, forçoso reconhecer que o enfrentamento da criminalidade dos poderosos e dessa nova criminalidade, objeto da dogmática dos últimos anos, evidencia-se pela retomada de sinais típicos do chamado 'Direito Penal do autor'.

Isso talvez se justifique pelas características desse tipo de criminalidade que, logicamente, diferem dos parâmetros até então consolidados:

a) estrutura hierarquizada empresarialmente, com divisão funcional de atividades – estrutura sofisticada e compartimentalizada em células, com cadeias de comando e divisão de trabalho bem delineadas e revestidas por uma rígida subordinação hierárquica entre seus componentes;

149 DOTTI, *Curso...*, p. 25-26

- b) uso de meios tecnológicos sofisticados;
 - c) simbiose freqüente com o Poder Público;
 - d) alto poder de intimidação e violência;
 - d) preferência pela prática de crimes rentáveis, como extorsão, pornografia, prostituição, jogos de azar, tráfico de armas e entorpecentes, etc;
 - f) tendência a expandir suas atividades para outros países em forma de multinacionais criminosas;
 - g) diversidade de atividades, para garantir uma maior lucratividade.¹⁵⁰
- Ainda, no dizer de HASSEMER, essa criminalidade organizada

é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada; compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.¹⁵¹

6.1.2. Direito Penal do autor X Direito Penal do fato

Discutir a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ representa, portanto, o retorno à antiga dialética sobre a legitimidade de um ‘Direito Penal do autor’ em detrimento do modelo de ‘Direito Penal do fato’.¹⁵²

Como é cediço, na construção de um sistema punitivo, é possível tomar por base o *fato* ou o *autor*. Quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, dá-se o que a doutrina chama de ‘Direito Penal do fato’ (*Tatstrafrecht*); no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o ‘Direito Penal de autor’ (*Täterstrafrecht*).

TOLEDO ressalva que entre os posicionamentos radicais e extremos, situam-se as correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que considere também o autor, como se verifica, *v.g.*, no Brasil, sobretudo com a edição

150 SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado**. Recife: Nossa Livraria, 1998, p. 60-61

151 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 67

152 Neste sentido: CONDE, **De nuevo...**, p. 37-42

do Código de 1940.¹⁵³

ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, aparentando não seguirem o posicionamento conciliador de TOLEDO, aduzem que

além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.¹⁵⁴

Trata-se, pela similaridade dos termos, da descrição de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

MELIÁ, aliás, ao tratar da incompatibilidade entre o ‘Direito Penal do Inimigo’ com o princípio do Direito Penal do fato, já afirmou que “na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na ‘atitude interna’ do autor”.¹⁵⁵

Ademais, ao criticar o ‘Direito Penal do Inimigo’, MELIÁ afirma que “não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de ‘antecipação’ das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, um direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um ‘fato’”.¹⁵⁶

ZAFFARONI, por sua vez, leciona que, ainda que não haja um critério unitário acerca do que representa o Direito Penal de autor, seria possível dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, ele revelaria uma corrupção do Direito Penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser do autor’, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. “O ato teria valor de sintoma de personalidade: o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o ‘ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o ‘ser homicida’, o

153 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 250-251

154 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 133

155 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 80

156 Ibid., p. 81

estupro como o ‘ser delinqüente sexual’, etc”.¹⁵⁷

Essa doutrina critica o extremismo do Direito Penal (puro) do autor, que é bem delineado por MARQUES ao afirmar que se revela a “concepção subjetivista do direito penal plantada bem no centro e coração da teoria geral do delito, com o intuito de transformar a punição e o próprio delito, até então assentados em dados objetivos, para erigirem a pessoa do réu como conceito basilar da sistemática jurídico-penal”.¹⁵⁸

No que pesem as críticas, necessário frisar, com respaldo em TOLEDO, que seria precipitado, para não dizer equivocado, “pretender generalizar e atribuir colorido político, ou totalitário, a todas as correntes penalísticas que apresentem como característica um especial realce dado ao agente-do-fato”.¹⁵⁹

Ele próprio traz a lembrança da Escola positiva que, desde LOMBROSO, chamava a atenção à pessoa do delinqüente e, de outra parte, desde VON LISZT, apontado como o idealizador da teoria do Direito Penal de autor, já proclamava que “se deve castigar não o ato, mas o autor”.

Assim, segundo TOLEDO, sem qualquer conotação ideológica, seria possível

rotularem-se de ‘direito penal de autor’ várias correntes, de origem e propósitos diversos, que, todavia, têm de comum a colocação do agente, com o seu caráter, com a sua personalidade, no centro do problema penal, com inteira precedência lógica sobre o fato, considerado este último mero fenômeno sintomático, ou mero ponto de partida para a aplicação da pena criminal. Direito penal de autor, nesse sentido amplo, opõe-se a direito penal do fato.¹⁶⁰

157 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118

158 MARQUES, **Tratado...**, v. III, p. 64

159 TOLEDO, **Princípios...**, p. 235-238

160 Lembra, ademais, TOLEDO que “A distinção tem valor didático, além de doutrinário. Todavia, na prática, não se apresenta com tal nitidez. Baumann (Grundbegriffe, cit., p. 18) acentua que, embora o direito vigente seja essencialmente um direito penal do fato (Tatstrafrecht), há várias disposições legislativas que se ajustam a uma concepção ligada ao direito penal de autor (exemplo: a reincidência, a figura do delinqüente profissional ou habitual etc.). Note-se que não identificamos o ‘direito penal de autor’ com a doutrina do ‘tipo normativo de autor’ que esteve em moda durante o regime nazista, apesar de considerarmos esta última uma espécie extremada da primeira. A nosso ver, partindo de von Liszt, passando por Dahm, Mezger etc., e chegando até os nossos dias, com os que defendem uma culpabilidade do agente pelo seu modo ser, é possível tomar-se a expressão ‘direito penal de autor’ num sentido amplo, em oposição a ‘direito penal do fato’. Com isso, viabiliza-se uma visão histórica, de conjunto, de todas aquelas correntes que, embora com fundamentos e objetivos diversos, partem da necessidade de se mudar ‘la nación del Derecho Penal al situar la persona del autor al lado o por encima del hecho-delito’ (Juan Del Rosal *in* **La personalidad del delincuente em la técnica penal**, p. 29). Disso resulta, igualmente, a necessidade de se estabelecer a distinção entre ‘tipo normativo de autor’ e ‘tipo criminológico de autor’, ressaltada, entre outros, por Welzel (**Das deutsche Strafrecht**, p. 127), Gemelli (**La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici**, p. 17 e s.) e Juan Del Rosal (**La personalidad**, cit., p. 48 e s.)” (*apud* TOLEDO, **Princípios...**, p. 235/238). O próprio TOLEDO, ademais, exemplifica as correntes: “culpabilidade pela conduta de vida (Mezger); Culpabilidade pela decisão de vida (Bockelmann); Culpabilidade na formação da personalidade e culpabilidade da pessoa (Lange); ‘culpa na formação ou preparação da personalidade’ (Figueiredo Dias); etc.”. (*Ibid.*, p. 239-241)

6.1.3. Periculosidade X Culpabilidade

Todo este debate sobre um Direito Penal voltado para o agente ou exclusivamente para o fato criminoso certamente remete à discussão do tratamento da culpabilidade e periculosidade na dogmática penal. Aliás, ao deparar com os critérios que, na prática, recomendariam o tratamento do indivíduo como ‘inimigo’ segundo a concepção de JAKOBS, é inevitável constatar a semelhança com a classificação do agente perigoso, questão de grande polêmica, que remonta o Código brasileiro de 1940.

Em poucas palavras, a discussão acerca da legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’, ainda que com diferente base metodológica, aparenta reviver o antigo debate entre as Escolas Clássica e Positiva.

ZAFFARONI, ao tratar da periculosidade, tem evidentemente uma posição intransigente: “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)”.¹⁶¹

Sem o mesmo extremismo e diferenciando o sentido do Direito Penal do autor, MARQUES recorda que fora a Escola Positiva, pretendendo deslocar do crime para o criminoso o centro da ciência penal, “procurou estruturar as categorias e tipo do homem delinqüente sob moldes naturalista e fora do âmbito repressivo em que se move o direito penal. Os positivistas deram grande relevo à figura do delinqüente, com o fito de reforçar a defesa social, construindo, assim, conceitos, princípios e diretrizes nos quadros das ciências criminológicas”.¹⁶²

MONIZ SODRÉ, um clássico positivista brasileiro, buscando a reestruturação da dogmática sob o prisma da periculosidade, salientava, por sua vez, que “ao célebre princípio da proporcionalidade das penas aos delitos, proclamado pela escola clássica, contrapõem os antropólogos o princípio da proporcionalidade da pena ao grau de temibilidade do indivíduo ou de inadaptação à vida social”. Dizia ele que desse primado, decorreriam corolários que são de grande valor prático e trazem, como conseqüência inevitável, uma profunda e radical transformação em toda a ciência penalógica, até então conhecida:

161 ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual...*, p. 119

162 MARQUES, *Tratado...*, v. III, p. 63

A temibilidade do delinqüente e não a gravidade do delito, é que deve servir de base e critério para a medida da pena, considerada como um remédio, um meio de defesa social; quanto maior for a temibilidade do criminoso tanto mais intensa e viva deve ser a reação social; isto é: a gravidade da pena está na razão direta do grau de temibilidade do delinqüente; A temibilidade do delinqüente é maior ou menor conforme é maior ou menor a sua inadaptabilidade ou idoneidade à vida social: quanto mais anti-social, mais temível é o indivíduo, porque maior é o mal que dêle se pode esperar.¹⁶³

O histórico sobre a discussão da periculosidade na dogmática penal, aliás, afasta as açodadas ou intencionais pretensões de etiquetamentos típicos de 'regimes autoritários'. A discussão, já travada há mais de um século em diversos congressos internacionais (Hamburgo - 1905, Húngaro – 1907/1908, Francês – 1910, etc), teve início, segundo BRUNO, com o discurso de PRINS no congresso do Grupo Belga (1892), que atribuía ao juiz a missão de apreciar, sobretudo, o caráter mais ou menos anti-social do acusado. “LISZT prosseguiu no Congresso de Paris em 1893 e, dentro em pouco, a teoria da periculosidade tornava-se motivo central na ordem do dia de várias assembléias da União”.¹⁶⁴

Definindo a temibilidade como “perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do delinqüente”, afirmava GAROFALO que a pena deveria ser determinada pela temibilidade.¹⁶⁵ Através da publicação do artigo ‘*Studi recenti sulla criminalità*’, que depois desenvolveu na monografia “*Di um critério positivo della penalità*” (Nápoles 1880), GAROFALO, já àquela época, explicitava a idéia de que a penalidade deveria ser medida, não pela gravidade do crime, pelo dever violado ou pela impulsão criminosa, mas pela temibilidade do delinqüente (periculosidade, *état de danger*, *gefährlichkeit*, *estado peligroso*, *dangerousness*, etc.).¹⁶⁶

Nesse diapasão, BRUNO leciona que GAROFALO introduzira na doutrina a noção de temibilidade, aduzindo que ele próprio fazia dela “o princípio que transformaria radicalmente toda a legislação”.¹⁶⁷

O mesmo BRUNO afirma também que de GRISPINI viera, todavia, a definição geral de periculosidade e o seu conceito jurídico: “A periculosidade

163 MONIZ SODRÉ de Aragão, Antonio. **As três escolas penais – clássica, antropológica e crítica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952, p. 217

164 BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 13

165 Ibid., p. 13

166 FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 1999, p. 271-272

167 GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia**. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, Tradução: Júlio de Mattos, 1893, p. 180

criminal, diz ele, é a capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito”.¹⁶⁸

Em outros termos, o vocábulo *periculosidade* indica, em sentido genérico, um estado de perigo: é a probabilidade de um dano iminente ou futuro,¹⁶⁹ o que coincide com a moderna concepção de JAKOBS, ainda que com outro suporte metodológico.

Como se vê, tratar desse tema representa reescrever, com tintas da modernidade, o ‘Direito Penal do Inimigo’.

À época, o conceito de ‘inimigo’ (pautado em aspectos criminológicos) já era assim tratado:

A velha intuição de que existem homens que se encaminham para a prática do crime, por uma disposição natural, veio encontrar apoio nas investigações criminológicas modernas. Homens para quem a delinqüência é, por assim dizer, um destino, que as circunstâncias talvez possam frustrar, mas para o qual os impelem, ou verdadeiramente uma disposição congênita ou deformação da personalidade que as condições da vida criaram, mas em todo caso alguma coisa de íntimo e autêntico na sua própria natureza.¹⁷⁰

Esse desajustamento pode ir desde as formas mais leves de inadaptação incipiente e imprecisa, dos excêntricos, originais, extravagantes, a formas mais graves de atitudes contrárias à moral, pequenos desvios de caráter, mínimos conflitos de impulsos com as forças de limitação, da sociedade, que não ameaçam ainda as condições existenciais do grupo, e finalmente aos desajustamentos profundos, em que a incompatibilidade se revela em relação a interesses jurídicos e às vezes tão relevantes que são tutelados pela lei penal. Nesse grupo, o crime é uma das ocorrências prováveis. E o estado do indivíduo se diz, então, de perigosidade criminal.¹⁷¹

Na perigosidade criminal, dizia BRUNO, o acontecimento danoso que se julga provável é o crime: “esse juízo de probabilidade assenta, como vimos, no conhecimento de que o indivíduo reúne condições de desajustamento social, de tal natureza e tamanho grau, que fazem prever que ele venha a cometer um fato punível. O juízo consiste no diagnóstico de um estado atual do sujeito, que permite, o prognóstico da prática provável de um crime”.¹⁷²

O autor - como um vidente - antecipava que o Direito Penal moderno, animado pela idéia da prevenção,

encaminha-se para um aproveitamento cada vez mais largo da noção do estado

168 BRUNO, *Perigosidade...*, p. 20

169 MARQUES, *Tratado...*, v. III, p. 103

170 BRUNO, *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, Tomo II, 1959, p. 177-178

171 *Ibid.*, p.184-186

172 *Ibid.*, p.187

perigoso. Por um lado, já incluem os Códigos, para justificar a aplicação de medidas de segurança, atitudes que não chegam a configurar crimes nem sequer na fase de tentativas e apenas revelam o ânimo criminalmente perigoso do agente. Por outro lado, várias legislações com caráter de Direito Penal e conduzindo a uma decisão judiciária, já disciplinam casos de simples perigosidade *ante delictum*.¹⁷³

ASÚA, por outro lado, advertiu da dificuldade de se definir o conceito,¹⁷⁴ levantando a mesma dúvida que hoje é realçada pelos críticos de JAKOBS: quem se acha no estado perigoso e quais medidas devem ser adotadas para esses indivíduos.¹⁷⁵ Concomitantemente, o próprio ASÚA, ao tratar da importância da teoria do estado perigoso, acentuara:

*Lo que interesa a los penalistas es la noción del estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad. Desde el momento que este estado se comprueba, existe la necesidad de defender a la comunidad social, ya sea el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o de un incapaz. Más tarde, cuando se trate de determinar la clase de medida con que se vaya a actuar la defensa, es cuando se deberá tener en cuenta la peculiar condición del sujeto peligroso, a fin de individualizar el tratamiento.*¹⁷⁶

No Direito Penal brasileiro, a preocupação com os critérios era a mesma. GARCIA questionara como se apreciaria a periculosidade, aduzindo que “nela se deve identificar – não a mera possibilidade, mas a probabilidade de que o indivíduo tornará a delinquir”.¹⁷⁷ MARQUES, por sua vez citando PETROCELLI, definira os fatores da periculosidade como os elementos que atuando sobre o indivíduo o transformam nesse ser com probabilidade de delinquir, agrupando-os em duas categorias:

Fatores subjetivos ou pessoais, e fatores objetivos ou ambientais. Subjetivos são aqueles coeficientes de periculosidade que o indivíduo traz em si mesmo, e objetivos, os que resultam das relações do indivíduo com o ambiente. Exemplificativamente, ele aponta os seguintes fatores subjetivos: a) condições físicas individuais (doenças físicas); b) condições psíquicas (doenças mentais); c) condições morais e culturais (ausência de educação, analfabetismo, insensibilidade moral, índole particularmente perversa, tendências anárquicas etc.). E os seguintes fatores objetivos: a) condições físicas do ambiente (ex., o clima); b) condições de vida familiar (contágio familiar, abandono, promiscuidade etc.); c) condições de vida social (miséria, desocupação, hábitos e meios de vida ilícitos ou degradantes).¹⁷⁸

A teoria, até então polêmica, chegara ao ponto de levantar a discussão

173 Ibid., p. 195-196

174 ASÚA, Luis Jiménez de. **El Estado Peligroso**. Buenos Aires: Imprenta de Juan Pueyo, 1922, p. 38-39

175 Ibid., p. 63

176 Ibid., p.31

177 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad. v. I Tomo II, 1976, p. 603

178 MARQUES, **Tratado...**, v. III, p. 106-107

acerca da periculosidade sem delito.¹⁷⁹ ASÚA identificava periculosidade sem delito e periculosidade pós-delitual, reclamando para ambas o mesmo poder julgador, embora as diferenciasse provisoriamente como objeto de dois Códigos diversos.¹⁸⁰

Dois Códigos diversos, dizia ASÚA; dois modelos de Direito Penal ('Cidadão' e 'Inimigo'), propugna JAKOBS.

Polêmicas antigas e ora retomadas. Seria, portanto, de todo inconcebível um modelo legítimo de Direito Penal que consagrasse, concomitantemente, culpabilidade e periculosidade como seus postulados?

BRUNO já dissera que deveria haver duas forças para orientar a evolução do pensamento penalista:

De um lado, o impulso vigoroso do movimento renovador que reflete as novas conquistas da cultura e talvez um avanço da opinião e aparentes ou veladas tendências coletivas. Do outro, é toda a velha tradição jurídica, é a opinião pública, são idéias religiosas, morais, filosóficas, que se foram lentamente formando e lentamente infiltrando no espírito e consolidando por séculos de costumes e de legislações nelas uniformemente baseadas. Força conservadora, cheia de reservas e de prudência, que se faz sentir no gesto precavido com que os juristas, em geral, consideram os avanços da doutrina. Daí esse dualismo em que reponta a influência das duas correntes diversas e de que se ressentem, no pensamento de muitos, a teoria da periculosidade.¹⁸¹

E por fim concluía que essa dubiedade de posição frente ao problema conduziria “à aceitação concorrente de princípios doutrinariamente divergentes: estado perigoso e responsabilidade moral; medida de segurança e pena; crime, fenômeno natural, e crime, entidade jurídica. Dualismo justo e aceitável na legislação atual, ilógico e estéril na doutrina”.¹⁸²

Dois caminhos - um conduzindo, através da culpa, à pena; outro, passando pela periculosidade, às medidas de segurança. “Enquanto que no primeiro a função do direito penal é de natureza ético-social, para o segundo há de se pensar em conseguir principalmente a proteção dos bens jurídicos mediante uma ação preventiva”.¹⁸³

Essa assertiva retrata a moderna discussão sobre a legítima convivência de um 'Direito Penal do Inimigo' e um 'Direito Penal do Cidadão'? Não. Trata-se de WELZEL levantando, há algum tempo, a bandeira da conciliação entre

179 BRUNO, *Perigosidade...*, p. 47-48

180 *Ibid.*, p. 24

181 *Ibid.*, p. 26

182 *Ibid.*, p. 26

183 WELZEL, Hans. *Direito Penal*. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Romana, Trad. Afonso Celso Rezende, 2004, p.39

periculosidade e culpabilidade.

6.1.4. Classificação criminológica: delinqüente profissional, habitual, por tendência e o ‘inimigo’

Ao tratar de periculosidade, ASÚA deu importante contribuição com seu estudo da legislação comparada, apresentando extenso rol de países que passaram a utilizá-la, como referência parcial ou total, nesse caso com completa substituição dos princípios clássicos de imputabilidade: Noruega (Código Penal de 22/05/1902); Inglaterra (leis de isolamento de alcoólatras de 1878 e 1898, de custódia dos delinquentes habituais de 1908, sobre os doentes mentais de 1913 e sobre crianças e jovens infratores de 1908); Suíça (Anteprojetos de 1893-94, 1896, 1903, 1908, 1913-15 e 1916); Alemanha (Anteprojeto de 1909 e Projeto de 1919); Áustria (Anteprojeto de 1909 e o Projeto do Governo de 1912); Dinamarca (Projeto de 1912 e Anteprojeto de 1917); Suécia (Anteprojeto publicado em 1916); Egito (Lei de 1909).¹⁸⁴

A periculosidade e a busca de um Direito Penal preventivo, seja com enfoque positivista, seja como combate à crescente criminalidade, estava já no fim do século XIX e, sobretudo, no início do século XX, permeando a legislação do mundo todo, fortalecendo o que a criminologia denominou ‘tipos criminais’.

Ainda no campo legislativo, MARQUES registra o que se verificaria na Inglaterra ou em vários ‘domínios’ britânicos: o *Habitual Criminals Act*, de 1905, de Novas Gales do Sul; o *Act* de 1908, de Vitória e o *Habitual Criminals Act*, de 1911, da África do Sul; destacando, ainda, o Código Penal Italiano que contemplava como categorias de delinqüentes, o criminoso habitual, o criminoso profissional, o reincidente e o criminoso por tendência.¹⁸⁵

Com efeito, o art. 108 do Código italiano (ROCCO) apresentava a institucionalização de estereótipos, de tipos de autor (perigosos, habituais e por tendência), que fatalmente iria influenciar o legislador brasileiro.¹⁸⁶

Viajando no tempo, uma alusão ao Código Penal espanhol de 1995, denominado ‘Código Penal da democracia’, vem demonstrar que além de ter criado

184 ASÚA, *El Estado...*, p. 99-106

185 MARQUES, *Tratado...*, v. III, p. 76

186 LYRA, *Novíssimas...*, p. 356

o maior catálogo de tipos delitivos da história da codificação espanhola, converteu-se no que o próprio governo espanhol chamou de ‘Código Penal da Segurança’.

CONDE, nesse aspecto, ressalta essa tendência, que logicamente não é peculiar à Espanha e que demonstra a preocupação de se implantar uma política de segurança mais uma vez temperada com a periculosidade do agente, a mínima tolerância e a linhagem de Direito Penal do autor:

Na reforma de 30 de setembro de 2003, o critério de “habitualidade” foi utilizado como elemento justificador de um enorme incremento da repressão punitiva dos delinqüentes mais desfavorecidos econômica e socialmente. Sem chegar à famosa fórmula californiana de “three strikes and you are out”, que permite aplicar penas de prisão de longa duração à terceira infração contra a propriedade, o legislador espanhol de 2003, com uma fórmula de difícil aplicação prática, converte em delito e castiga com pena de prisão, a realização no prazo de um ano de quatro faltas contra a propriedade, constitutivas de furto simples, sempre que o montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito (400 euros). Segundo a Exposição de Motivos desta reforma, as quatro subtrações realizadas no prazo de um ano se consideram como sintoma de uma “delinqüência profissionalizada” que faz deste tipo de feitos seu meio de vida.

(...) Um conceito peculiar de “habitualidade” se maneja no art. 173, 2, que castiga como delito “contra a integridade moral”, com penas de até três anos de prisão, ao que “habitualmente exerça violência física ou psíquica sobre quem seja ou haja sido” uma das pessoas ligadas com o sujeito ativo por alguma das relações de caráter familiar ou quase familiar que se mencionam no preceito (cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmão consangüíneos por adoção ou afinidade), ou qualquer outra integrada no núcleo de convivência familiar.

(...) Mas a mais clara expressão de um “Direito penal do autor”, que recorda a velha concepção dos “tipos de autor” da antiga Criminologia positivista nazista é em relação com a reintrodução do delito de proxenetismo na redação que lhe foi dada, com a reforma de 29 setembro de 2003, no inciso 1 do art. 188, no qual se castiga com penas de prisão de dois a quatro anos e multa de 12 a 14 meses ao que “obtenha lucro explorando a prostituição de outra pessoa, ainda que com o consentimento da mesma”. Com este preceito se quer penalizar mais uma forma de vida ou um tipo de autor (o “cafetão”, ou “proxeneta”) que a realização de atos concretos contra a liberdade da pessoa prostituída.¹⁸⁷

MELLO,¹⁸⁸ tratando do mesmo tema, lecionara que “o conceito de criminoso habitual surgiu pela necessidade de se preencher um vazio não alcançado pela clássica noção de recidiva - reincidência genérica, reincidência específica ou reiteração.” Tal necessidade desencadeou remédios e tratamentos alternativos à pena privativa de liberdade nos moldes do modelo clássico: passava-se ao uso das medidas de segurança como recurso legítimo, havendo, além disso, referências ao

187 CONDE, *As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerancia Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”* in Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ 02 jan. 2005, Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>, Acesso em 25 jul. 2005, Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho

188 MELLO, Dirceu de. *Criminoso habitual e criminoso por tendência - Acertos e desacertos do Novo Código Penal Brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinqüentes - Análise e sugestões*. São Paulo: Revista Justitia, n. 82, 3º trim. 1973

recomendável uso de penas indeterminadas.¹⁸⁹

Dessa forma, se no fim do século XIX e início do século XX¹⁹⁰ iniciavam-se as discussões acerca da adoção de um critério exclusivo ou misto de periculosidade, verifica-se no relatório da Comissão Internacional Penal e Penitenciária de 1948 que “raros eram os países que se limitavam a procurar combater a criminalidade endurecida pelas disposições sobre a reincidência”.¹⁹¹

BETTIOL retrata muito bem este debate produzido naquela época:

A valorização dos elementos subjetivos da antijuridicidade, o seu enfoque ‘personalista’, a intensificação de uma culpa pela conduta de vida, a afirmação do critério da capacidade de delinqüir, a irrupção do conceito de periculosidade embora para fins preventivos são, sem dúvida, sinais de um rumo determinado que nossa disciplina está adotando. Em lugar de uma fria e abstrata apreciação do fato em sua tipicidade imóvel, pretende-se a apreciação mais concreta, mais vital e dinâmica do ‘homem-delinqüente’.¹⁹²

Tempos depois, JAKOBS, como se estivesse na mesma conferência, afirmou:

No lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (neste contexto, Direito penal ao menos em sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do Direito penal do cidadão, e a voz “Direito” significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente, como se mostrará mais adiante.¹⁹³

JAKOBS menciona, com este entendimento, exemplos de sujeitos que podem ser qualificados como ‘inimigos’:

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o § 20 do Código Penal alemão), ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinqüência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o direito e, portanto, não garante a mínima certeza de segurança de

189 GARCIA nesse aspecto ressalta: “Conhecem-se hoje dois tipos de sentença indeterminada. A absolutamente indeterminada é aquela privada de quaisquer limites, mínimos ou máximos. Por ela obriga-se o condenado a cumprir uma pena suficiente para se regenerar. A pena relativamente indeterminada é a que tem um dos limites, ou o mínimo ou o máximo, ou tem ambos, sendo então imposta sem designação de prazo entre dois extremos conhecidos”.(GARCIA, **Instituições...**, v. I Tomo I, p. 71)

190 LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da Legalidade na Medida de Segurança, Determinação do limite máximo de duração da internação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 164-165

191 MELLO, **Criminoso habitual...**, op. cit.

192 BETTIOL, Guisepe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 575

193 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 23

comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento.¹⁹⁴

O tratamento do 'inimigo', segundo o jurista alemão, não será com penas, mas com medidas denominadas 'custódias de segurança'.

Em suma, trata-se de temas comuns em momentos históricos diversos: teorias, metodologias e críticas que, conforme se verá, eram semelhantes. Fato é, contudo, que as medidas de segurança estiveram presentes na legislação estrangeira e, no caso brasileiro, foram concebidas para serem aplicadas a criminosos considerados perigosos, ainda que completamente imputáveis.

6.1.5. Medidas de segurança

Com o aumento de criminalidade, a política criminal pautada pelos postulados clássicos não parecia surtir efeito. WELZEL descreve, de forma didática, como se analisava, à época, a questão:

Frente ao criminoso de estado, o direito penal propriamente dito não resulta suficiente, posto que não está em condições de exibir uma força que satisfaça e dê apoio à moral. A pena retributiva, delimitada pelo grau da culpa, não faz a periculosidade permanente que reside na personalidade do autor. Ela deve ser combatida mediante uma classe distinta de medidas de segurança, que, conjuntamente com a pena, conseguirão o pleno amparo dos bens jurídicos. O direito vigente coloca à disposição as casas de trabalho para os anti-sociais que revelem uma criminalidade leve, e, para os criminosos perigosos, os estabelecimentos de segurança como medida de segurança (a aplicar a continuação da pena imposta como retribuição da culpa).¹⁹⁵

O Projeto ROCCO, lembra FERRI, não para as penas, mas para as medidas de segurança, estabelecia que estas não poderiam ser aplicadas senão às pessoas socialmente perigosas cujo crime fosse previsto pela lei, ainda que elas não fossem imputáveis ou puníveis.¹⁹⁶

Influenciado pelo modelo italiano, o legislador brasileiro acatou a idéia. HUNGRIA, um dos grandes responsáveis pelo Código de 1940 e, certamente, influenciado pelas idéias positivistas de LYRA, justificou a adoção das medidas de segurança também traduzindo a ineficácia do modelo de combate à criminalidade utilizado até então:

194 JAKOBS, *La Ciencia...*, p.59

195 WELZEL, *op. cit.*, p. 38-39

196 FERRI, *op. cit.*, p. 275

É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidade, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regras *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.¹⁹⁷

As medidas de segurança, lecionava GARCIA, seriam prospectivas; enquanto as penas se alicerçam no fato já consumado, “as medidas de segurança têm em mira os males que ele poderá ainda perpetrar, os delitos a decorrerem do seu estado perigoso, que necessita ser obviado”.¹⁹⁸ BRUNO, por sua vez, alertava:

As idéias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem, não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível. São as chamadas medidas de segurança. Medidas que pertencem também ao Direito Penal. Com isso, alarga esse ramo do Direito a sua capacidade como instrumento da luta da ordem jurídica contra a criminalidade no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial dos fatos puníveis.¹⁹⁹

Trata-se de uma ideologia e de um discurso, até então, aceitos como legítimos e possíveis, embora não fossem imunes a críticas.

MARQUES, a título ilustrativo, destacara que a duplicidade de tratamento penal já era combatida à época, sendo inclusive objeto de discussão e preocupação principal no 6º Congresso Internacional de Direito Penal que se realizou em Roma, de 27 de setembro a 03 de outubro de 1953.²⁰⁰

Como é cediço, com a institucionalização das medidas de segurança, dois sistemas disputaram a preferência dos códigos penais: a) vicariante; b) duplo binário.

O primeiro consiste na substitutividade, passando a medida a ocupar o lugar da pena em certos casos, isto é, a medida pode ‘vicariar’ (ou substituir) a pena.²⁰¹ O segundo, presente no Brasil até a Reforma de 1984, foi assim designado em

197 HUNGRIA, *Comentários...*, v. I, Tomo I, p. 209-210

198 GARCIA, *Instituições...*, v. I, Tomo II, p. 598

199 BRUNO, *Direito Penal...*, p. 13-14

200 MARQUES, *Tratado...*, v. III, p. 264-265

201 ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual...*, p. 122-123

atenção à origem italiana da expressão *doppio binário*, ou seja, duplo trilho ou dupla via, representando a imposição sucessiva da pena e da medida de segurança em consequência do mesmo fato.²⁰²

Se é certo que os críticos do sistema duplo binário se fizeram presentes, não é menos certo que a Reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro em 1984 suscitou discussões e críticas daqueles que defendiam o sistema vigente. NOGUEIRA, por exemplo, assim retratou a modificação da legislação:

Este é o traço mais desastroso da nova Parte Geral do Código Penal, dentre os que abordo nessa conferência. (...) O novo sistema parte do pressuposto infantil de que o réu imputável não pode ser perigoso. (...) Acho altamente duvidoso e mendaz tudo isso, pois o Código parte de uma aberração – o mau cumprimento das medidas de segurança – para erigi-lo como regra geral, e, ademais, esquece do réu que, além de culpável, é perigoso, como, por exemplo, os reincidentes em crimes dolosos perpetrados com violência ou ameaça.

Em matéria de medidas de segurança, a sociedade e cada um de nós estaremos totalmente desprotegidos pela nova Parte Geral do Código Penal. (...) a soltura de cidadãos altamente perigosos será o triste tributo que a sociedade pagará à vaidade dos novos legisladores. (...)

(...)Numa época em que a sociedade clama por segurança, dilui-se a repressão de crimes comuns, incentivando-se o incremento da criminalidade violenta.

A nova lei, *mitior*, será aplicada diariamente, beneficiando os indivíduos mais nocivos à sociedade. Que o digam os estupradores, assaltantes, latrocidias, homicidas, traficantes de entorpecentes e quejandos.²⁰³

Retomar a busca de um Direito Penal que consagre, ao mesmo tempo, o modelo da escola clássica e positivista, pena e medida de segurança (duplo binário), periculosidade e culpabilidade, é compreender o porquê de estar em voga a discussão sobre a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ ou, ao menos, da existência concomitante de diferentes modelos de Direito Penal, ou com a felicidade de SÁNCHEZ, de ‘diferentes velocidades do Direito Penal’.²⁰⁴

7. A ‘TERCEIRA VELOCIDADE’ DO DIREITO PENAL

WELZEL já dissera que abrandar o Direito Penal, fundado ético-socialmente e delimitado por tipos fixos, em benefício de um Direito geral de segurança, seria tão criticável quanto não enxergar que o Direito Penal do século XIX, como Direito

202 DOTTI, *Curso...*, p. 621-622

203 NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança, em ‘Curso sobre a Reforma Penal’**. São Paulo: Saraiva, Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo, Coor. Damásio Evangelista de Jesus, 1985, p. 140-144

204 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 148-151

exclusivo de penas, “passara por alto da missão de segurança contra o homem daninho”.²⁰⁵

A projeção desta assertiva para o século XXI demonstra que discutir a legitimidade de um Direito Penal preocupado com o combate da criminalidade, agora acentuada pelas organizações criminosas e pelo terrorismo, não representa um completo absurdo.

Conforme já assinalado, com um tom inicialmente crítico e posteriormente conciliador (possivelmente diante da inevitabilidade da expansão legislativa), JAKOBS defende que o Estado pode proceder de dois modos contra os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Daí surgirem dois modelos diversos de Direito: um, no qual todas as garantias penais e processuais devem ser respeitadas; outro, no qual se revela o ‘Direito Penal do Inimigo’.

O “Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia”.²⁰⁶

Com base na construção de JAKOBS e diante das variações que já vinham sendo incluídas no modelo clássico de inspiração iluminista, SÁNCHEZ apresenta formalmente uma classificação que passou a ser objeto de grandes debates por parte da doutrina nacional e internacional: ‘as velocidades do Direito Penal’.

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a idéia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade - pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’.²⁰⁷

Esta classificação de SÁNCHEZ, ainda que possa pecar por generalizações

205 WELZEL, op.cit., p. 40

206 GOMES, **Direito Penal...**, op. cit.

207 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 148

ou pela imposição de rótulos a sistemas não exatamente similares, apresenta, de imediato, uma vantagem relevante: enxergar que uma segunda velocidade de Direito Penal ou, mais precisamente, um modelo pautado pela flexibilização de garantias penais e processuais (ainda que com a cominação de penas alternativas à prisão), tenha se infiltrado e, possivelmente, contaminado o modelo clássico, sem que houvesse qualquer questionamento acerca de sua legitimidade.

Tal constatação, é preciso consignar, remete à seguinte questão: a aceitação da flexibilização de garantias penais e processuais, ainda que sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria aberto as portas à legitimação de um Direito Penal de emergência para casos graves e excepcionais?

A transação penal, de tradição anglo-saxônica e norte-americana (*plea bargaining*), incorporou-se à legislação brasileira e foi amplamente festejada por boa parte do mundo acadêmico. Antes mesmo do advento da Lei nº 9.099/95, GOMES e CERVINI, tratando especificamente da criminalidade organizada, defendiam:

Faz-se necessário que se adote o sistema 'consensual', permitindo a transação penal (nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal), que deve ser celebrada dentro de um procedimento sumaríssimo e oral. Nas infrações menores (constitucionalmente denominadas 'de menor potencial ofensivo'), o fundamental não é a aplicação de uma pena de prisão que nunca é executada, mas a conciliação (transação) que permite a aplicação de penas alternativas exequíveis e socialmente muito mais úteis.
(...) Julgando-se rápida e informalmente a enorme massa de litígios 'menores', sobrar tempo para que toda estrutura da Justiça possa cuidar com mais atenção da criminalidade grave (violenta), graúda (crimes econômicos que provocam grave repercussão social) e da organizada.²⁰⁸

É certo que os próprios autores fizeram a ressalva no sentido de que “aplicar a lei penal com rapidez, no entanto, ao contrário do que os desavisados possam supor, não pode significar a eliminação ou restrição dos direitos e garantias fundamentais da pessoa processada”.²⁰⁹

No entanto, fica difícil aceitar que direitos e garantias não tenham sido flexibilizados, quando se sabe que, na prática, a própria tipificação dos crimes foi modificada (hoje é mais fácil lavrar o termo circunstanciado e remeter as partes ao Fórum, em vez de dizer à suposta vítima que a reclamação não constitui, em verdade, um crime, permitindo-lhe procurar a solução em outra seara ou esfera de

208 GOMES; CERVINI, *Crime organizado...*, p. 31-32

209 *Ibid.*, p. 31-32

controle social). Fica mais difícil, ainda, quando se constata que o próprio sistema legal criou a possibilidade de imposição de penas restritivas de direito sem prévio contraditório e exercício da ampla defesa e, enfim, sem o devido processo legal.

As mudanças de paradigmas parecem ser inevitáveis.

MILANESE, bem observa que “*todas esas características y peculiaridades del Derecho penal moderno y los cambios de perspectivas ocurridos en las sociedades postindustriales, que se caracterizan, principalmente, por la globalización económica y por la integración supranacional*”, sugerem a construção de Direitos Penais de diferentes velocidades.²¹⁰

Acrescentem-se a tais considerações, a criminalidade organizada, o terrorismo e outros crimes graves afins que, conforme brevemente demonstrado, há décadas fomentam a criação de novos mecanismos na dogmática penal e novos artifícios processuais típicos de uma ‘legislação de combate’. Todos esses ingredientes - conforme constatou JAKOBS em 1985 e afirmou como inevitáveis em 1999 - vêm permitindo a criação de um novo modelo de Direito Penal: o Direito Penal de *terceira velocidade*.

O próprio JAKOBS, aliás, já dissera que “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais”.²¹¹ Em outros termos: “O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”.²¹²

Aceitar um ‘Direito Penal do Inimigo’, é importante repisar, não implica, todavia, que tudo esteja permitido: “antes, é possível que se reconheça no indivíduo uma personalidade potencial, de tal modo que na luta contra ele não se possa ultrapassar a medida do necessário”.²¹³

210 MILANESE, Pablo. **El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima**. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,119,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul. 2005

211 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 21

212 Ibid., p. 30

213 JAKOBS, **La Ciência...**, p. 30-31

Na Espanha, por exemplo, a construção de um ‘Direito Penal do Inimigo’ tem suscitado a atenção de grande parte da doutrina. FRAGA recorda que a mera observação sobre os aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais vem fomentando a existência de um Direito Penal de três velocidades. E acrescenta:

*La aplicación de esta tercera velocidad, debería poder justificarse conforme al principio de proporcionalidad y evitando cualquier contaminación con el derecho penal de la normalidad. En casos como los de criminalidad de Estado, terrorismo, o crimen organizado, aunque el derecho penal del enemigo sea un mal, cabría admitir que este pudiera constituir el mal menor. Ahora bien, esta admisión con reserva y ceñida a lo estrictamente imprescindible no es lo que sucede en la realidad actual del Derecho Penal. Inversamente, los Estados occidentales van incorporando en forma aparentemente cómoda, una lógica de emergencia permanente o perpetua. Lo recién apuntado refuerza la idea de que esta tercera velocidad (o derecho penal del enemigo en la terminología de Jakobs), irá estabilizándose y ganará terreno. El Derecho penal del enemigo se ha puesto de manifiesto en España, sobre todo en lo que hace a la legislación antiterrorista consagrada en algunos tipos del Código Penal de 1995 y a raíz de la reforma introducida por la ley orgánica LO.7./2000.*²¹⁴

GUILLAMONDEGUI,²¹⁵ no mesmo diapasão, destaca que SÁNCHEZ apresenta a nova sociedade (pós-industrial) como uma série de fenômenos sociais, jurídicos e políticos que alçam séries de novas exigências ao Direito Penal.

Entre dichos factores podemos mencionar la aparición de nuevos bienes jurídicos o el aumento de valor de algunos existentes (el medio ambiente, el patrimonio histórico, la estabilidad del orden económico, etc.), situaciones alarmantes: el terrorismo y la criminalidad organizada y otras, como la ciberdelincuencia, el aumento de la delincuencia callejera, la inmigración ilegal y la marginalidad, la institucionalización y la sensación social de inseguridad (al respecto, no puede dejarse de mencionar la tarea de los medios de comunicación que muchas veces “transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del mensaje del receptor del mensaje”²¹⁶), etc., que conducen a la sociedad a pedir respuestas, no al Derecho de Policía, sino al Derecho Penal, al que lo ven como a un instrumento capaz de generar consenso y reforzar la comunidad²¹⁷. Ello, trae como consecuencia el fenómeno de “expansión del Derecho Penal”, en la que éste a través de la flexibilización de principios políticos-criminales o de las reglas de imputación, la “administrativización del Derecho Penal” y hasta con el retorno a las políticas de inocuización²¹⁸ procura dar una respuesta.

A discussão conforme se verá, não ficou restrita à Espanha.

214 FRAGA, op.cit.

215 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo**. Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 22 jul. 2005

216 SANCHEZ, **A expansão...**, p. 38

217 Ibid., 41-42

218 Ibid., p. 141-147

7.1. O 'Direito Penal do Inimigo' pelo mundo

CONDE destaca, acertadamente, que “exemplos deste Direito penal excepcional têm existido sempre desde as origens da Codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos penais”.²¹⁹

A grande novidade, além da metodologia utilizada, é possivelmente, como ressalta CONDE, que

este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.²²⁰

Tal constatação também vem sendo feita pelo Centro de Estudos Legais e Sociais, afiliado à Comissão Internacional de Juristas de Genebra:

*Muchos de los países en los que el fenómeno terrorista adquirió dimensiones importantes, cayeron en la tentación de adoptar legislaciones penales de emergencia que tienden a afectar gravemente al sistema de garantías procesales y sustantivas y se mantienen muy lejos de los estándares internacionales del debido proceso legal. Así mismo, el modelo penal de emergencia terrorista muestra también la vocación expansiva inherente a toda legislación de excepción, propagándose a través de normas penales especiales que demuestran su potencial aplicación, aún dentro de las formalidades del Estado de Derecho, a cualquier supuesto que requiera ser reprimido.*²²¹

Nesse mesmo sentido, retomando as considerações sobre a política criminal espanhola, CONDE acentua que algumas das reformas penais do Código Penal espanhol introduzidas em 2003, refletem claramente as características que, segundo JAKOBS, correspondem a este tipo de Direito Penal de terceira velocidade:

219 CONDE, **As reformas...**, op. cit.

220 Id.

221 cf. 'CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES', afiliado à 'Comisión Internacional de Juristas (Genebra)', 'Liga Internacional por los Derechos Humanos (New York)', 'Corresponsales de la Federación de Ligas de Derechos Humanos (FIDH -París)', 'Miembros de la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT-Ginebra)'. Disponível em <http://www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/a_docs_trabajo/1_justicia/b_fuerzas/Ley_antiterrorista.pdf>, Acesso em 27 jul. 2005

Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo (cfr. Por exemplo, respeito ao tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; e respeito ao terrorismo, arts. 571 e ss.), teremos agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros, que no art. 318 bis permite impor penas que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações.

Um regime de dureza extrema, nunca havida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até quarenta anos, sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelecem agora os arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 de junho de 2003, que entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo.

Como exemplo de antecipação da intervenção do Direito penal a supostos afastados, inclusive da posta em perigo do bem jurídico, temos os preceitos relativos à apologia do genocídio (art.607, 2) e a indireta do terrorismo, através de seu enaltecimento ou justificação (art.578), ou a penalização da convocatória de referendums ilegais (art.506 bis), e da concessão de ajudas ou subvenções a partidos políticos dissolvidos ou suspensos por resolução judicial (art.576 bis), introduzida de forma sub-reptícia na Lei Orgânica 20/2003, de 23 dezembro 2003, aproveitando uma Lei de acompanhamento à Lei de Orçamentos²²².

Já nos Estados Unidos, ressalta DAMÁSIO,

redobram as medidas de segurança a partir de rígido controle dos espaços portuários. Ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e pelo multiculturalismo. A militarização da vida americana tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial-militar. Os Estados Unidos, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando, então, livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimísseis, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica".²²³

Símbolos desta política criminal americana são evidentemente o 'Combatente Inimigo' e o '*Patriot Act*'.²²⁴ O estatuto do 'combatente inimigo' permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o '*Patriot Act*' corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos

222 CONDE, **As reformas...**, op.cit.

223 DAMÁSIO DE JESUS, **Breves Considerações...**, p. 9

224 Também conhecido como *USAPA* (*United States Patriot Act*, acrônimo para *Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools Required to intercept and Obstruct Terrorism e Lei Pública nº 107-56*). Para acessar cópia eletrônica do mesmo: <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/terrorism/hr3162.pdf>> (Acesso em 22 jul. 2005). Deve-se, aqui, destacar o teor da sigla - "unindo e fortalecendo a América ao conceder instrumentos adequados exigidos para interceptar e obstruir o terrorismo", tendo a própria nomenclatura do ato um caráter ideológico e emblemático. No mesmo sentido veja-se: CONDE, **De nuevo...**, p. 18)

civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro.

No tocante a este último ato normativo, VIZZOTTO assevera que tal Ato representou a reação mais visível e imediata tomada pelo governo americano para combater os atos de terrorismo perpetrados no fatídico dia 11 de setembro de 2001. Assinada pelo presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001, após rápida e quase unânime aprovação do Senado, a citada lei expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança (FBI - *Federal Bureau of Investigation*), bem como das internacionais de inteligência (CIA - *Central Intelligence Agency*), conferindo-lhes poderes até então inéditos. Seu objetivo principal era o de prender os responsáveis pelo ataque; atualmente, visa evitar ocorrências de igual natureza no território norte-americano:

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados; e e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.²²⁵

Não obstante, RIQUER e PALÁCIOS ressaltam alguns exemplos sobre o tratamento dado ao ‘inimigo’, ao ‘estrangeiro’ e ‘àqueles que se encontram fora do contrato social’, tirados da ordem do Presidente dos Estados Unidos, datada 13 de novembro de 2001. Tal ordem permite a instauração de tribunais militares secretos que se ocupem de julgar os ‘não-cidadãos’ acusados de terrorismo.²²⁶

A França, por sua vez, com a Lei de 31 de outubro de 2001 sobre ‘segurança cotidiana’, ampliou o poder policial de intervenção na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, assim como estendeu a competência do Estado para intervir e controlar a comunicação de possíveis terroristas, embora, ao que parece, não tenha resolvido nem mesmo a questão básica de exclusão social de imigrantes.²²⁷

De igual forma, vem operando o governo britânico. Lembra CONTRERAS,

225 VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 29 jul. 2005

226 RIQUER; PALÁCIOS, op. cit.

227 Cf. inúmeros incêndios a veículos e incidentes ocorridos em diversas cidades francesas durante todo o mês de novembro de 2005, com ampla cobertura da imprensa mundial.

“al igual que sucede con la italiana y francesa, la legislación británica en esta materia gravita en torno a un concepto de terrorismo internacional ampliado y la concesión de poderes desorbitados a la policía; junto a ello, utiliza especialmente el concepto de terrorismo centrado en el inmigrante ilegal”.²²⁸

De outra parte, parece acertada a análise de MAIEROVITCH, segundo a qual “o governo do premiê Tony Blair trouxe o terrorismo de Estado para dentro de casa”, isto é, “concedeu, com base em meras suposições, licença para matar à Scotland Yard e aos arapongas do serviço secreto, conhecido como MI5”.²²⁹

Com efeito, o perigo de se implantar uma política criminal de terceira velocidade, sem racionalismo, limites pensados, claramente traçados e debatidos, por certo, refletem o infeliz episódio que vitimou o brasileiro *Jean Charles de Menezes*:

(...) O sucedido com o brasileiro mostra o erro de enfrentar o terrorismo, que é espécie do gênero crime organizado, com as mesmas armas desumanas, na base da lei de talião.

Jean Charles foi alvejado por oito projéteis. Sete deles na cabeça e outro no ombro, este último a revelar erro de pontaria. (...) Pelo que se sabe, as chamadas forças de ordem britânicas estão autorizadas a atirar na cabeça, para depois conferir as suspeitas. Segundo oficiais do Exército israelense, o petardo recebido na cabeça interrompe os comandos cerebrais transmitidos aos músculos. Dessa maneira, um terrorista suicida atingido no cérebro fica incapacitado de acionar o detonador de explosivos carregados junto ao corpo.

(...) Para a polícia britânica, a desconfiança vira suspeita em face de diferenças étnicas, de fisionomias orientais, de credo religioso islâmico e de condições sociais. Jean Charles era moreno e estrangeiro, ou seja, vestia o manequim básico do terrorista internacional.

(...)O dever de todo policial é enfrentar o perigo e não se portar como um assassino.²³⁰

Uma singela análise da dinâmica de tais fatos desde os atentados terroristas de Londres, segundo notícias veiculadas no jornal ‘Folha de São Paulo’ (versão online), evidencia os riscos a que estão expostos os direitos humanos:

- 07/07/2005 - Série de explosões deixa 37 mortos e 700 feridos em Londres. As explosões atingiram ônibus e trens no momento em que as pessoas se dirigiam ao trabalho, entre 8h51 e 9h47 (entre 4h51 e 5h47, no horário de Brasília), e foram reivindicadas por um grupo supostamente ligado à rede terrorista Al Qaeda;
- 23/07/2005 - Polícia britânica mata brasileiro brasileiro Jean Charles de Menezes, 27, na estação de Stockwell (sul de Londres) após confundir-lo com um terrorista ligado aos ataques da última quinta-feira na capital do Reino Unido;
- 25/07/2005 - O Diário "The Times" afirma, em editorial, que a morte do brasileiro não deve comprometer a busca pelos responsáveis pelos atentados. O

228 PORTILLA CONTRERAS, op.cit.

229 MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Terrorismo de Estado**. Folha de São Paulo, 12 jul. 2005, p. A11

230 Id.

chefe da Polícia Metropolitana de Londres, Ian Blair, afirmou que a ordem de "atirar para matar com o intuito de proteger" vai continuar apesar da "tragédia". Ele pediu desculpas pela morte Jean Charles de Menezes, 27, mas defendeu seus policiais;

- 26/07/2005 - O primeiro-ministro britânico, Tony Blair, se reúne nesta terça-feira com líderes dos dois principais partidos de oposição, o Conservador e o Liberal Democrata, para discutir mudanças nas leis anti-terrorismo do país. Os líderes reunidos com o primeiro-ministro devem analisar um pedido da polícia de aumentar o tempo máximo que suspeitos podem ficar detidos sem acusações formais dos atuais 14 dias atuais para três meses;

- 27/07/2005 - O chefe da polícia britânica, Ian Blair, disse que desde os atentados do dia 7 de julho houve 250 incidentes em que policiais pensaram estar diante de militantes suicidas. Em sete dessas situações, disse Blair, a polícia considerou se deveria atirar ou não contra o suspeito, mas resolveram não fazê-lo.

Somente para mencionar outro exemplo de país civilizado, o jornal 'Folha de São Paulo', edição de 12/07/2005, noticiara que na esteira dos atentados de Londres, o governo italiano levaria ao Parlamento uma proposta de alteração na legislação de segurança do país. Entre as propostas estarão a ampliação do período de detenção preventiva, o arquivamento de correspondência eletrônica e a criação de benefícios para informantes nos casos de suspeita de terrorismo.²³¹

Como se vê, foram poucos os países da atualidade que não tiveram um colossal incremento da criminalidade. Esse incremento, já destacaram GOMES e CERVINI,²³² vem gerando uma forte demanda de "políticas criminais duras". São políticas que defendem respostas estatais criminalizadoras e penalizadoras cada vez mais severas. Primeiro foi o combate ao tráfico de drogas, depois aos crimes violentos e, agora, os grandes 'inimigos' da era 'pós-industrial' - o crime organizado e o terrorismo.

7.2. Vestígios Nacionais

Em nosso país, já há alguns anos, foram editadas novas legislações que, invariavelmente, apresentam mecanismos e parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico.

GOMES e CERVINI já alertavam, antes da consolidação, como teoria de um Direito Penal de terceira velocidade, que duas vinham sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: "(a) incremento de penas

231 Para somente citar mais um exemplo, o Governo Russo em 23 de novembro de 2005 anunciou um pacote de duras medidas para fortalecer a segurança do país e combater o terrorismo (Disponível em <<http://an.uol.com.br/2004/set/14/0mun.htm>, Acesso em 24 nov. 2005)

232 GOMES; CERVINI, **Crime organizado...**, p. 27

(penalização); (b) restrição ou supressão de garantias do acusado. A lei dos crimes hediondos e, agora, a lei de 'combate' ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente 'dissuasório', isto é, modelo que confia na "força ameaçadora da lei" (na linha da coação psicológica de FEUERBACH)".²³³

A hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial, no Brasil é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descritivo de leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade organizada. Vejamos somente alguns exemplos:

- Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976 (Lei de Tóxicos) - Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Crime Organizado (alterada pelas Leis n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, n.º 9.804, de 30 junho de 1999 e n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002)
- Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.
- Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei n.º 9.459, de 13/05/97)
- Lei n.º 8.072, de 25 julho de 1990 - Dispõe sobre os Crimes Hediondos, regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras Providências (alterada pelas Leis n.º 9.695/98 e n.º 8.930/94).
- Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)
- Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
- Lei n.º 8.176, de 08 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.
- Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995 - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (alterada pelas Leis n.º 9.303/96 e n.º 10.217, de 11.04.01)
- Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 10.455, de 13 de maio de 2002 e Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal).
- Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, é a que regulamentou o inciso XII do artigo 5º, CF, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica.
- Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências.
- Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 9.985, de 18.07.00).
- Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, publicada no Diário Oficial de 12 de abril do corrente, que autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial, além de outras poucas disposições. Essa lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034 de 3 de maio de 1995 e dispõe sobre a utilização de meios operacionais para

233 Ibid., p. 28-29

a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, com autorização judicial.

- Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003 - Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado.
- Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do desarmamento) - Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm -, define crimes e dá outras providências.

Esta legislação criada tanto para alcançar novas demandas da sociedade moderna, quanto para atender demandas de combate ao crime organizado e transnacional vem, inequivocamente, alterando tanto a concepção dos tipos penais, quanto os instrumentos processuais para a necessária persecução, bem como as clássicas garantias penais e processuais típicas do Direito Penal de primeira velocidade, para usar a expressão de SÁNCHEZ.

Vale, finalmente, um registro a respeito da denominada “Lei do Abate” (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, regulamentada pelo Decreto presidencial nº 5.144, de 16 de Julho de 2004) que, caso fosse promulgada na América do Norte, fatalmente já estaria rotulada como um típico ‘Direito Penal do Inimigo’.

Neste sentido, aliás, MAIEROVITCH - um dos poucos que defendeu a inconstitucionalidade da medida - salientou que o Presidente da República, ao regulamentar, no combate ao tráfico de drogas, o tiro de abate de aeronaves por suspeita de narcotráfico, disciplinando, ainda, o afundamento de embarcações tripuladas em mar territorial brasileiro, institucionalizou a pena de morte: “Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva, no enfrentamento da questão das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrentes de suspeita”.²³⁴

Trata-se, pois, de um perfeito retrato da esquerda no Poder. Ela que, comumente levantava bandeiras contra a exclusão social, agora faz parte de um consenso: “(...) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a

234 MAIEROVITCH, A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?. Folha de São Paulo, 27 jul. 2004, ‘Tendências/Debates’

esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito penal do inimigo)".²³⁵

7.3. A conciliação de políticas criminais de 'exceção' com o modelo liberal-clássico

É evidente que a adoção de políticas criminais de combate e excepcionais revelam, por si só, as mudanças – positivas ou negativas - que está sofrendo a sociedade moderna.

GUILLAMONDEGUI,²³⁶ nesse esteio, acentua que

*aquellos fundados postulados del liberalismo receptados por el clásico Derecho Penal pareciera que de a poco van perdiendo fuerza o flexibilizándose ante las nuevas exigencias de las sociedades post-industriales, y empezamos a ser testigos que, a la par de los bienes jurídicos individuales y colectivos, ahora se refuerza la protección de los llamados bienes jurídicos universales, cada vez más inaprensibles y difíciles de delimitar (...) utilizando el legislador a esos fines particulares diferentes técnicas de creación, tales como la de los denominados tipos penales en blanco, o el recurso de los delitos de peligro abstracto, o la configuración de los delitos de comisión por omisión, que ante determinados supuestos de hecho pueden resultar vulnerados los Principios de intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, etc., o sintéticamente, el derecho de defensa reconocido constitucionalmente.*²³⁷

De outra parte, como bem destaca SÁNCHEZ, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful – corporate and business crime*), “evidencia um erro de perspectiva – 80% da criminalidade permanece manifestando-se como criminalidade dos marginalizados”. Daí, segundo ele, “a aposta que parece decidida por uma expansão do Direito Penal, que congloba a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas.”²³⁸

235 GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal...**, op.cit.; neste mesmo aspecto, interessante, ainda, a leitura de BOBBIO (**Direita e esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Unesp, Trad. Marco Aurélio Nogueira, 1995)

236 GUILLAMONDEGUI, op.cit.

237 No mesmo sentido: HASSEMER, **Crisis y características del Moderno Derecho Penal**. Madri: Actualidad Penal, nº 43, 1993, p. 643-644; VITALE, Gustavo L., **Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal: Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 71-130

238 SÁNCHEZ, **A Expansão...**, p. 53-55

Não obstante, não há como esquecer que a velha fórmula da quadrilha ou bando não é mais capaz de subsumir as sofisticadas organizações criminosas atuantes hoje em todo o mundo. Daí, segundo LUISI, “a inadiável necessidade de enfrentamento desse fato alarmante, que vem se constituindo no tema principal e mais importante da agenda dos cultores do direito penal”.²³⁹

O grande desafio da atualidade é, portanto, constituir a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’, isto é, conciliar um modelo eficaz de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Como acentua LUISI, “será possível enfrentar a criminalidade organizada, respeitando-se as garantias do estado democrático de direito, e do seu direito penal substantivo e adjetivo? Ou necessário se faz um direito penal e processual penal de emergência, com sacrifício nas garantias individuais?”²⁴⁰

“A conseqüência mais lógica, previsível e perigosa desse pipocar indiscriminado do terrorismo particularista, sem hora nem local para irromper, é que se estabeleça, em contrapartida”, segundo KUJAWSKI, “um terror de Estado, também de alcance universal”.²⁴¹ Aliás, o tão criticado JAKOBS reconhece que “a introdução de um cúmulo – praticamente já inalcançável – de linhas e fragmentos de Direito penal do inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito”.²⁴²

Entretanto, com arrimo no próprio JAKOBS,

há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos ‘guerra’ e ‘processo penal’.²⁴³

Além disso, ele próprio sentencia:

Quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da

239 LUISI, op.cit., p. 192-193

240 Ibid., p. 200-201

241 KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e Terror**. São Paulo: IBASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 2003, p. 9-10

242 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 43

243 Ibid., p. 36-37

personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida. Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.²⁴⁴

Terrorismo do ‘inimigo’ *versus* terrorismo de Estado – como enfrentar esse dilema? Seria, diante do cenário da modernidade, ilegítimo um modelo, ainda que excepcional, de ‘Direito Penal do Inimigo’? Ou ainda, segundo SÁNCHEZ, não haveria espaço para ele diante da delinqüência patrimonial profissional, da delinqüência sexual violenta e reiterada ou de fenômenos como o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado?²⁴⁵

Uma resposta meramente negativa, pautada simplesmente pelos fundamentos clássicos-iluministas esconderia a realidade: na prática as legislações de todo o mundo já estão sendo permeadas por modelos, institutos e características de um Direito Penal e Processual de terceira velocidade.

Assim, como acentua JAKOBS, é inegável que um ‘Direito Penal do Inimigo’ claramente delimitado é menos perigoso, na perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias de um Direito Penal de terceira velocidade.²⁴⁶ Do mesmo modo, FRAGA acentua que

*hay regulaciones propias del Derecho penal del enemigo que han comenzado a entremezclarse con el Derecho penal del ciudadano, el derecho penal tradicional que todos conocemos. Así, hay normas que apuntan a combatir a cierto tipo de autores, que son incorporadas a los Códigos Penales con cierta apariencia de legitimidad constitucional. Ahora bien, quien no quiera privar al Derecho penal (llamémoslo de la normalidad) de todas sus características vinculadas al Estado de Derecho, debe imponerse llamar de otro modo a aquello que hay que hacer contra quienes se enfrentan permanente y sostenidamente contra el orden jurídico; lo debería llamar derecho penal del enemigo. Puesto que por negar su existencia, se producirá una contaminación aún más dañina. Es lo que ha venido ocurriendo en Alemania o España con la punición de los actos preparatorios. Este tipo de normas llevan implícito el tratamiento del imputado como individuo peligroso y no como persona, es decir como enemigo. Así, aquel sujeto que lleva a cabo un hecho delictivo tradicional (homicidio), recibe un trato más correspondiente con el enemigo que con el ciudadano, puesto que se tipifica su accionar desde la preparación, de manera que normas que son características de un derecho penal del enemigo, se encuentran ya entremezcladas con el derecho penal del ciudadano.*²⁴⁷

244 Ibid., p. 37

245 SÁNCHEZ, *A Expansão...*, p. 148

246 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 49-50

247 FRAGA, *op.cit.*

JAKOBS, sem enfrentar a fundo a questão e sem detalhar como fazê-lo, afirma que é praticamente impossível juntar os tipos ideais de um ‘Direito Penal do Cidadão’ e de um ‘Direito Penal do Inimigo’ em uma configuração pura: “ambos os tipos podem ser legítimos”.²⁴⁸

Antes, porém, de apreciar essa possibilidade, é fundamental conhecer o farto arsenal de críticas à concepção de GÜNTHER JAKOBS.

²⁴⁸ JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 49-50

CAP. VI – CRÍTICAS AO ‘DIREITO PENAL DO INIMIGO’

“Dos contrários surgem, na dialética, a tese, a antítese e a síntese, forma de discutir e de chegar à verdade” (Evandro Lins e Silva)¹

1. SÍNTESE DA CRÍTICA

Percorrer as críticas a respeito do ‘Direito Penal Inimigo’ pressupõe o registro dos argumentos deduzidos por ZAFFARONI, possivelmente um dos mais contumazes críticos da teoria de JAKOBS. O ‘abecedário’ a seguir, explicitado e didaticamente resumido por GOMES² sob o título “Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do inimigo”, retrata a conferência feita em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004,³ no qual sublinhou o que representaria a teoria sob análise:

- (a) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo;
- (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito);
- (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos);
- (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito);
- (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.;
- (f) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos;
- (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Saddam Hussein);
- (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã;
- (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo);
- (j) o criminoso é ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído;
- (l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classe: riqueza e miséria continuam tendo que necessariamente conviver;
- (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado;
- (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto;
- (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça;
- (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.);
- (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo);

1 *apud* BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997, prefácio, p. XIX

2 GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out. 2004

3 Conferência realizada na sede do IELF (Instituto coordenado por Luiz Flávio Gomes), Disponível em <<http://www.portalielf.com.br/>>, Acesso em 13 jul. 2005

- (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E. U. A, sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional;
- (s) até 1980 os E.U.A. contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países;
- (t) com Reagan começa a indústria da prisionização;
- (u) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem à custa desse sistema; com isso o índice de desempregado foi reduzido. E como os E. U. A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a ‘máquina de rodar dólares’; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A, eis que não possuem a Máquina de fazer dólares;
- (v) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV);
- (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.);
- (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser novo inimigo.

Com o amparo de tais premissas, entende ZAFFARONI que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo. Nesses termos, o Direito Penal surgiria como solução para aniquilar o inimigo, servindo tal discurso como remédio utilizado pelo político demagogo. Além disso, continua o autor, na atualidade o Direito Penal tornou-se um produto de mercado, um “puro discurso publicitário”.⁵

GOMES,⁶ nitidamente inspirado pela análise crítica de ZAFFARONI, apresenta sua censura à tese do ‘Direito Penal do Inimigo’ que, pela sistematização didática, serve de norte para a exposição que se segue:

- (a) o que JAKOBS denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou MELIÁ, é nada mais que um exemplo de Direito penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele ‘fez’. A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova ‘demonização’ de alguns grupos de delinqüentes;
- (b) Se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que ‘Direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição’. O Direito penal do inimigo é um ‘não Direito’, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;
- (c) não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);
- (d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e

⁵ GOMES, **Direito Penal do inimigo...**, op.cit.

⁶ Id.

imposição massiva das medidas de segurança);
(e) o Direito penal do inimigo não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);
(f) não se segue o processo democrático (devido processo legal) sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica 'de guerra' (de intolerância, de 'vale tudo' contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;
(g) perdem lugar as garantias penais e processuais;
(h) o Direito penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;
(i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista. A expansão do Direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito penal 'do legislador' é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como 'produto' o tal de Direito penal do inimigo;
(j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito penal do inimigo);
(l) mas esse Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (Estado de Defesa e de Sítio);
(m) a criminalidade etiquetada como inimigo não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afeta bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);
(n) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito);
(o) tratar o criminoso comum como 'criminoso de guerra' é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do 'vale tudo') conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

No esteio das críticas formuladas, ao traduzirem a obra, objeto principal do estudo, CALLEGARI e GIACOMOLLI ressaltam que o 'Direito Penal do Inimigo' "abriga dois fenômenos criminais: o simbolismo do Direito Penal e o punitivismo expansionista, capaz de agregar, num mesmo ninho, o conservadorismo e o liberalismo penal". Ainda segundo esses autores, os paradigmas preconizados pela teoria de JAKOBS evidenciam aos seus 'inimigos' toda a incompetência Estatal ao reagir com irracionalidade e ao diferenciar o cidadão 'normal' do 'outro'.⁷

GOMES e CERVINI, aliás, já antecipavam tal análise ao tratar do que denominaram 'Direito excepcional', que pode, a rigor, traduzir exatamente as

7 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, Trad. André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, Prólogo III dos tradutores e organizadores, p. 17

características do modelo de política criminal da modernidade atualmente rotulado de 'Direito Penal do Inimigo':

(...) os tipos penais são cada vez mais abertos e pune-se não mais o fato senão determinados tipos de autor; já não se trata de um direito penal do fato (do crime), senão do réu (do criminoso); já não se pune pelo que o agente fez, senão pelo que é; o processo já não é informativo (Beccaria), senão ofensivo; o juiz já não é mais imparcial, senão um inquisidor em busca do inimigo; o processo foi transformado em terreno de luta e o juiz em instrumento de ataque; busca-se a confissão a todo custo, principalmente por meio de segregação do suspeito; prende-se para se descobrir o suspeito, numa inversão abominável da praxe regida pelo estado de direito; permite-se todo tipo de acordo, estimula-se a delação, dá-se prêmio ao delator, a fase de execução da pena foi amplamente administrativizada (tornou-se discricionária) etc.⁸

Como se observa, as críticas ao 'Direito Penal do Inimigo' relacionam-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal da modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, pautada na busca da eficiência preventiva, desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo.

2. CENSURA AO 'DIREITO PENAL SIMBÓLICO'

É inquestionável que a resposta demagógica de políticos do mundo todo à onda de criminalidade por meio de edição de legislações irracionais retrata o caráter meramente simbólico que vem se atribuindo ao Direito Penal. Tal característica não é, logicamente, exclusiva do modelo preconizado por JAKOBS.

Nesse aspecto, ao dissecar os movimentos rotulados como movimentos da 'Lei e Ordem', ARAÚJO Jr. observou que o aumento, por vezes aparente, da grave criminalidade "é apresentado pelas *mass media* e por alguns políticos como um fenômeno aterrador que gera insegurança, conseqüência do trato benigno que a lei dispensa aos criminosos e que, portanto, não a respeitam".⁹ Essa propaganda massiva de fatos atemorizantes, segundo ele, provocaria na população, um

8 GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Crime organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46-47

9 ARAÚJO Jr., João Marcelo. Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo: Aspectos, Sistema Penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991, passim

verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam os movimentos políticos, geralmente autoritários, para se apresentarem como possuidores de fórmulas infalíveis contra a onda criminosa que afirmam existir.

Dessa forma, seus defensores “alegam que os espetaculares atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente podem ser controlados com leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios eficazes para intimidar e neutralizar os delinqüentes e, ademais, os únicos válidos para fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, aos que não delinqüem”.¹⁰

SILVA FRANCO, no mesmo sentido, acentua que “os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a idéia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal”.¹¹

Acrescentem-se ao papel da mídia, um discurso excessivamente preventivo para o Direito Penal e a esperança de que o delito possa ser eliminado da face da terra, o que, segundo SILVA FRANCO,¹² fomenta a adoção de políticas criminais que invariavelmente sacrificam direitos e garantias fundamentais.

Com a advertência de que o controle do crime organizado deva merecer inegável atenção, GOMES e CERVINI alertam que a reação estatal não pode ter por base medidas ou instrumentos inconciliáveis com o Estado Constitucional de Direito. Segundo os autores, “todo ‘direito de exceção’ configura sério risco para o cidadão, pois é sempre construído em detrimento dos direitos e garantias individuais. Constitui também sério risco para o Estado Democrático porque, pouco a pouco, vai se incorporando ao direito comum e geral. Nem tudo que a política criminal sugere, em suma, encontra abrigo no *ius positum*”.¹³

Aliás, o próprio JAKOBS, tão criticado por sua construção teórica, questiona

10 Id.

11 SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 32-34

12 Ibid., p. 37-38; no mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)**, conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano e 1º do Mercosul de Direito Penal e Criminologia. Guarujá, 16 de set. 2001, Revista de Ciencias Jurídicas ‘¿Más Derecho?’, n. 3, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, Trad. Juan Manuel Fernández Buzzi

13 GOMES; CERVINI, **Crime organizado...**, p 165

o uso excessivo do Direito Penal para suprir a falta de um consenso valorativo na sociedade: “A única coisa que ponho em dúvida é que seja necessário ou razoável suprir essa necessidade por meio do Direito Penal”.¹⁴

Portanto, como alerta ALFLEN DA SILVA, é inegável que por vezes o Direito Penal tenha assumido a exclusiva posição de instrumento de prevenção, recebendo uma função meramente simbólica que leva a uma dogmática penal típica do ‘Direito Penal do Inimigo’. Tal dogmática carrega consigo uma excessiva antecipação da tutela penal: “o emprego cada vez maior de leis penais em branco pela facilidade de regular os riscos modernos, principalmente diante da exigência do abandono de garantias como a certeza da lei penal, postulado decorrente do princípio fundamental da legalidade, representativo da idéia de segurança jurídica como elemento essencial do princípio do Estado de Direito”.¹⁵

Esse ‘Direito Penal simbólico’ - retrato da era do risco -, segundo o autor,

caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas.¹⁶

No mesmo esteio, PRITTWITZ assinala que este modelo utilizado como instrumento de dominação seria ‘Direito Penal do Inimigo’ na sua forma mais pura e rude, “não necessita para isto do atalho pelo direito penal do risco, que lhe prepara o caminho, e já existia antes do conceito de risco nos submeter ao seu domínio e com isto também ao nosso direito penal”.¹⁷

De outra parte, é fundamental repisar que na moderna sociedade da informação, é cada vez mais freqüente a inserção da globalização no contexto do apelo ao necessário combate à criminalidade transnacional. Isso ocorre “porque na ‘sociedade do risco’ a segurança (contraconceito de risco) converte-se em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal

14 JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. André Luís Callegari, 2003, p. 142

15 ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. XXIII

16 Ibid., p. 87

17 PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./abr. 2004, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, p. 44

devem oferecer uma resposta”.¹⁸ Assim, adverte ALFLEN DA SILVA,

... tudo o que se coloca em vinculação com a criminalidade organizada, isto é, a criminalidade de drogas, lavagem de dinheiro, prostituição e tráfico de pessoas; em segundo lugar, tudo o que é supostamente organizado e criminoso, sempre se caracteriza dessa forma como, por exemplo, a criminalidade ambiental e econômica, corrupção e fraude; e, em terceiro lugar, tudo o que tem uma relação imediata com os pressupostos tecnológicos da globalização, isto é, sobretudo a criminalidade de informática.¹⁹

FERRAJOLI, antes mesmo da institucionalização desse cenário, já advertira que a tese dominante no mundo político e na cultura jurídica era a de que o Estado de Direito e as respectivas garantias foram plenamente respeitadas e que o Direito Penal de exceção era perfeitamente coerente com a Constituição. Segundo ele,

este atrelamento tornou difícil o retorno à normalidade, tendo de fato diminuído a diferença entre normalidade e exceção. O sentido comum de direito criado pelas leis de emergência e sobretudo pela sua ambígua legitimação não ficou alterado. Ficou assentado, por anos, que as leis excepcionais eram no seu conjunto necessárias politicamente e legítimas constitucionalmente; quer por essa razão as garantias processuais de liberdade e de verdade servem para os tempos e os processos ordinários e não para aqueles extraordinários; que em tema de justiça o fim justifica os meios, porque os meios não contam e podem ser mudados ou substituídos aleatoriamente. Esse senso comum permaneceu, e se consolidou, mesmo com a cessação da emergência do terrorismo, que acabou sendo substituída por outras emergências criminais, uma vez que não se rompeu apenas um ou mais princípios, mas o próprio valor dos princípios, demonstrados como flexíveis e, em certos casos, necessariamente colocados de lado: em uma palavra, não mais “princípios”.²⁰

Da mesma forma, lembra BIANCHINI, na caracterização da sociedade moderna como de risco, o Direito Penal converteu-se em um instrumento de governo, realizando política estatal e justificando a intervenção do sistema punitivo antes mesmo que se possa verificar uma lesão ao bem jurídico protegido, o que, segundo a autora, feriria o princípio da culpabilidade.²¹ “Este seria o contributo possível, no entendimento de considerável parcela de juristas, à solução de problemas sociocriminais, como os relativos às agressões ao meio ambiente, à criminalidade organizada (incluídas as preocupações com o tráfico de drogas) e às políticas econômicas, financeira e tributária, dentre outras”.²²

18 ALFLEN DA SILVA, op.cit., p. 100-101

19 Id.

20 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, p. 667-668

21 Ibid., p. 68

22 BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, v. 7, 2002, p. 64-65

A inflação legislativa também é criticada por REALE Jr. que censura a tipificação de “meras desobediências a ordens administrativas, e da redução demasiada do âmbito da liberdade, gerando-se, por consequência, imensa insegurança jurídica pela crescente criminalização de infrações administrativas distantes da colocação do bem jurídico em perigo”.²³ GOMES, com os mesmos argumentos, advoga que “está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma (imperativa) ou mesmo como simples desvalor da ação (o que se dá no perigo abstrato, por exemplo), sem considerar qualquer ofensa a um bem jurídico ou mesmo a um autêntico bem jurídico”.

Dessa forma, com respaldo no princípio implícito da ofensividade,²⁴ assevera:

O nulla lex sine iniuria, nesse sentido, é um axioma que complementa a natureza garantista do princípio da legalidade. De certa maneira é um complemento (um *plus*) à exigência liberal e garantista da *lex certa*, que proclama que o tipo penal tem a função de determinar com a maior clareza possível o que está proibido e, por exclusão, o que está permitido. Quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo de ofensa possível, mais segurança estará outorgando ao tipo penal (é dizer, ao Direito penal).²⁵

Ora, se a modernidade vem consolidando novos paradigmas da dogmática penal, como a antecipação da punibilidade por meio de tipos de perigo abstrato, punição de atos preparatórios e edição de normas penais abertas, vagas ou em branco, como seria possível enfrentar o aumento da criminalidade violenta sem a punição de crimes, como porte de armas de fogo e tráfico de entorpecentes, delitos típicos desta geração?! Logicamente que não há regra que justifique a impossibilidade constitucional de tais tipos e antecipações em um Estado Democrático de Direito, eis que, entendimento diverso, implicaria no discurso coerente, propugnando pelo fim de tipos penais graves como os ora ressaltados.

Os defensores da exclusiva retomada do modelo liberal-clássico ainda questionam até mesmo a concepção e o alcance dos termos ‘crime organizado’ e

23 REALE Jr., Miguel. **A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios**. Revista dos Tribunais, n. 763/415, p. 425

24 GOMES, **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais do Século XXI, v. 6, 2002, p. 35

25 Ibid., p. 37

'terrorismo',²⁶ temas, aliás, de recente debate em seminário da ONU.²⁷

HASSEMER, por exemplo, afirma que “com a ‘criminalidade organizada’, hoje em dia incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz, sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos”. Isso, segundo o autor, aliado à criminalidade de massa onde o Estado evidencia sua incapacidade em combater os ilícitos penais, desencadeia uma política criminal meramente efficientista e simbólica, o que demonstra que criminalidade e combate ao crime são temas políticos conservadores e adequados primordialmente a estratégias populistas.²⁸

Isso tudo, alertam GOMES e CERVINI, desemboca em um modelo maniqueísta de combate, sobretudo, de crimes graves: “a sociedade é dividida em duas partes, isto é, há os homens de bem (cumpridores e respeitadores da lei) e há os malvados, os selvagens, os anormais (em linguagem *soft*) ou os ‘bandidos’, os ‘vagabundos’ (em linguagem *hard*)”.²⁹

Outrossim, MELIÁ ressalta que “quando se argumenta que os fenômenos, frente aos quais reage o ‘Direito penal do inimigo’, são perigosos que põem em xeque a existência da sociedade, ou que é a auto-exclusão da condição de pessoa o que gera uma necessidade de proporcionar uma especial segurança cognitiva frente a tais sujeitos, ignora-se, em primeiro lugar, que a percepção dos riscos – como é sabido em sociologia – é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças”.³⁰ Segundo ele:

Os fenômenos, frente aos quais reage o ‘Direito penal do inimigo’, não têm essa especial ‘periculosidade terminal’ (para a sociedade), como se apregoa deles. (...) Isto é especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos experimentadas por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações penais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da ‘normalidade’.³¹

De outra parte, repita-se: como enfrentar a criminalidade organizada e o

26 RIQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P., **El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes en La Ley**, Bogotá: Revista Universitaria, Año V, Nro 3, junio de 2003, p.1-8, Disponível em <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>>, Acesso em 28 jul. 2005

27 Seminário realizado entre os dias 15 a 17 de setembro de 2005

28 HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 62

29 GOMES; CERVINI, **Crime organizado...**, p. 28

30 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 76

31 *Ibid.*, p. 76

terrorismo seguindo, todavia, os paradigmas do modelo clássico e iluminista?

JAKOBS, apresentando plausível justificativa para a incriminação e punibilidade do terrorismo e das associações criminosas, tenta responder a tal dilema:

Também na aprovação da comissão de delitos cita-se a ‘paz pública’ e, segundo uma opinião estendida a respeito, essa paz resultaria lesionada quando se cria um ‘clima’ em que podem prosperar delitos da mesma índole daqueles que foram objeto de aprovação. Entre outras coisas, também se trataria da proteção de um clima nas normas que sancionam a instigação contra setores da população e a apologia da violência, assim como a incitação ao ódio racial, e também na norma dirigida contra a incitação a uma guerra de agressão. Na norma contra a provocação pública a comissão de delitos se eleva à categoria de objeto de proteção – ao menos junto a algum outro bem jurídico – à ‘paz interna’ e finalmente se encontra também a ‘paz pública’, em sua variante de integridade da ordem e da segurança pública, concretamente nas normas contra as associações criminais e terroristas.³²

3. OS MODELOS DE ‘DIREITO PENAL DO AUTOR’

Criticar o modelo também censurado (e, posteriormente, tido por inevitável) de JAKOBS, invariavelmente implica na identificação da teoria com uma possível linhagem de Direito Penal do autor em detrimento do modelo voltado ao fato criminoso, paradigma do Direito Penal liberal-clássico.

Leciona FERRAJOLI que

nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio de legalidade passasse a ser o irracional e decisionista *Führerprinzip*, consentido no ingresso, no Direito Penal, de o mais exasperado substancialismo e subjetivismo, mediante as nefastas figuras do ‘tipo normativo do autor’ (*Tätertyp*) ou do ‘inimigo’ (do povo ou do Estado), identificados, a despeito dos fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu³³.

GEMELLI, citado por MARQUES, do mesmo modo acentuou que a teoria do *TÄTERTYP* “veio mostrar, na orientação que lhe imprimiu MEZGER, que não é possível separar-se a ação delituosa do delinqüente, nem examinar apenas um desses elementos como se fossem entidades estanques na dinâmica do delito”.³⁴

A identificação do ‘Direito Penal do Inimigo’ com um modelo de Direito Penal do autor está, *v.g.*, presente na crítica de DOTTI que taxa a “recente onda de

32 JAKOBS, *Fundamentos...*, p. 132-133

33 FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 185

34 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, v. III, 2000, p. 70

fundamentalismo punitivo surgida em nosso país com a excitação de apóstolos da doutrina autoritária de Günther Jakobs”. Segundo ele, JAKOBS, “contrariando o princípio da igualdade de todos perante a lei, sustenta a necessidade de um direito penal do cidadão aplicável a todos os que pertencem a uma ‘comunidade legal’, excluindo-se aqueles que se recusam a participar dela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (os terroristas) ou violando repetida e persistentemente as normas que a regem (criminoso habitual ou por tendência)”.³⁵

Para DOTTI, o ‘Direito Penal do Inimigo’ nada mais representa que a “ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito”,³⁶ a principal delas atribuída a MEZGER.

Neste último aspecto, é necessário registrar que a (suposta) ligação de MEZGER com o regime nazista obteve maior divulgação com a publicação da obra de CONDE - “*Edmund Mezger y derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*”.³⁷

CONDE relata a trajetória de MEZGER a partir de 1933, como partidário do nacional-socialismo e como membro nomeado da Comissão de Reforma do Direito Penal, no mesmo ano.³⁸ MEZGER participara, segundo CONDE, das discussões em torno da Lei do Delinqüente Perigoso de novembro de 1933, que introduziu no Código Penal alemão a medida de custódia de segurança, permitindo manter o indivíduo, depois de cumprida a pena, em um centro de trabalho indeterminado.³⁹

No último período do regime, MACHADO ressalta a fase em que se pretendeu um endurecimento contra os ‘inimigos’ externos e internos: “iniciaram-se os trabalhos preparatórios de um Projeto de Lei que não chegou a entrar em vigor, que propunha medidas ainda mais radicais contra os considerados estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremde*): além do internamento em campos de concentração, introduzia medidas de seleção eugênica (castração e esterilização) não só para quem cometesse delito, mas já para os que apresentassem certa

35 DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 9-10

36 Id.

37 CONDE, Muñoz Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo**. 4ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003; v. comentários a respeito de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmund Mezger e o Direito Penal do Nosso Tempo**. São Paulo: Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, v. 1, nº 1, mai. 2005, p. 153-159

38 MACHADO, op. cit.

39 Id.

‘tendência à delinqüência’⁴⁰.

A autora, ressaltando o discurso por vezes excessivamente engajado de CONDE, analisa que ele “não deixa de tirar desse episódio uma advertência contra as tentativas de afastar o condicionamento político das construções dogmáticas e deixar clara sua simpatia pelas teses de Claus Roxin”. Por outro lado, como que fazendo um paralelo ao período nazista, CONDE aproveita essa discussão para voltar os olhos às questões contemporâneas da dogmática penal e dirigir suas críticas à tese funcionalista de JAKOBS:

(...) O foco de sua crítica à teoria do delito de Jakobs vai para o caráter exclusivamente normativo da imputação, que, além de prescindir de alguns elementos político-criminais que, em sua opinião, são essenciais (como o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima), não traz em seus pressupostos nenhuma orientação político-criminal, além da própria autoconservação do sistema, podendo adaptar-se a qualquer modelo de Estado ou sistema político-social.⁴¹

Embora entenda, acertadamente, que a crítica de CONDE a JAKOBS não se estenda além da menção ao caráter antidemocrático do seu ‘Direito Penal do Inimigo’, MACHADO, por conta própria, conclui que a

tese de Jakobs surge hoje, momento em que a dogmática penal encontra-se sob uma dupla pressão: de um lado, pelas demandas de expansão e antecipação da intervenção penal e, de outro, pela defesa da manutenção de um sistema de garantias. Ele parece tentar resolver essa tensão apostando na dicotomia entre o Direito penal dos cidadãos e o Direito penal do inimigo, delimitando campos distintos de aplicação de um e de outro e traçando um limite, rígido entre o sistema de penas, vigente para os cidadãos, e o de medidas de segurança, para os inimigos.⁴²

Ademais, no mesmo sentido da doutrina crítica já explicitada, MACHADO cita algumas leis nacionais, como as que dispõem sobre tóxicos, porte ilegal de armas, crimes ambientais, crimes contra as relações de consumo, crimes financeiros, crimes de trânsito e manipulação genética, para também aduzir que “esses diplomas referem-se à proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de titularidade difusa e conteúdos abstratos e operacionalizam a tutela penal de maneira distinta da tradicional, por meio do uso recorrente das incriminações de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato, que antecipam a intervenção do Direito Penal para momentos muito anteriores à lesão e ao risco ao bem jurídico, deles

40 Id.

41 Id.

42 Id.

prescindindo”.⁴³

E vai além, questionando que “se, até agora, as idéias de um direito penal preventivo e a renúncia ao critério da lesividade fizeram com que a tutela penal regredisse da verificação do resultado à simples prática da ação descrita no tipo, a partir daí retroceder um pouco mais e voltar-se simplesmente contra um certo grupo de pessoas consideradas perigosas não parece ser um passo improvável”.⁴⁴

É certo, com respaldo em HUNGRIA, não ser razoável aceitar que qualquer teoria, pelos simples efeitos similares, ganhe o selo fascista ou nazista. Ele próprio acentuava, em defesa às críticas que o Código de 1940 recebera neste aspecto, que a democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem: “Maldita seria a democracia, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinqüência”.⁴⁵

De qualquer sorte, vale destacar a ressalva de MACHADO no sentido de que a crítica não deve se restringir à simples associação de “um dos lados do debate aos desdobramentos do nacional-socialismo, mas chamar a atenção para o fato de que, se os critérios atuais de legitimação da imputação não respondem mais à realidade do Direito Penal e das políticas criminais, devemos então refletir sobre a necessidade de substituí-los por algum outro que estabeleça limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias”.⁴⁶

4. CRÍTICAS AO MODELO PROPOSTO POR GÜNTHER JAKOBS

Muitas das críticas até então expostas dizem respeito, na realidade, aos modelos de Direito Penal que, invariavelmente, vêm sendo classificados como linhagens de um ‘Direito Penal do Inimigo’ ou de um Direito autoritário. Quando se analisa, contudo, o principal fundamento das críticas traçadas, especificamente, à teoria de JAKOBS, parece correta a análise de GRACIA MARTÍN, segundo o qual “*el rechazo de plano al Derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios, es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo,*

43 Id.

44 Id.

45 HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, Tomo I, 1955, p. 52

46 MACHADO, op.cit.

*simplemente, ‘no deber ser en absoluto’*⁴⁷; em outros termos, poucas são as críticas que ultrapassam os argumentos emocionais ou meramente retóricos.

Outrossim, é importante observar que a própria expressão ‘Direito Penal do Inimigo’, por si só, suscita determinados prejuízos motivados pela indubitável carga ideológica e emocional dos termos. Neste prisma, observa GRACIA MARTÍN que o termo ‘inimigo’

*induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contempla-mos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares. En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como enemigos.*⁴⁸

PRITTWITZ, da mesma forma, entende ser igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que a concepção de JAKOBS recebeu da ciência do Direito Penal alemã, somente se restrinja à terminologia: “Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”.⁴⁹

É de se ressaltar, contudo, que a terminologia utilizada aparenta ter sido cuidadosamente escolhida por JAKOBS com a clara intenção provocativa. Tão provocativa que, conforme mencionado, grande parte da doutrina se baseia exclusivamente na terminologia para fazer alusão ao desrespeito de princípios constitucionais e para acentuar a censura à proposta de supressão de garantias para aplicação deste modelo de política criminal.

RIQUER e PALÁCIOS, a título ilustrativo, iniciam sua análise crítica aduzindo que, ao negar o caráter de pessoa aos taxados ‘inimigos’, JAKOBS apresenta sua justificação com base na já mencionada teoria funcionalista de LUHMANN e, pois, inclina-se pela desnecessidade de respeitar os direitos humanos, traduzidos em garantias penais e processuais.⁵⁰

SÁNCHEZ, por sua vez, argumenta que esse tipo de política criminal, construída pensando sobretudo na criminalidade organizada ou na criminalidade de

47 GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005, n° 07-02, p. 02:1-02:43. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene], Acesso em 25 jul. 2005 48 Id.

49 PRITTWITZ, op.cit., p. 44

50 RIQUER; PALÁCIOS, op. cit.

empresa, por si só já seria criticável, eis que o entendimento de que “os poderosos não precisam de garantias, ou de que as garantias se conformaram pensando em um delinqüente débil frente a um Estado forte e não vice-versa, acabam incidindo sobre todo o Direito Penal”.⁵¹

Ademais, GRACIA MARTÍN ressalta que ao pretender insinuar que o ‘Direito Penal do Inimigo’ poderia ter um caráter de ‘Direito’, na medida em que as suas regras imporiam limites ao próprio *jus puniendi* do Estado, JAKOBS não resolve a questão da legitimidade de regras jurídicas que afetem a liberdade de seus destinatários sem reconhecê-los como pessoas e, neste esteio, conclui:

*Pero si esto es así, entonces, en la lógica interna del discurso de Jakobs, sí es posible que aparezcan no-personas, y, de acuerdo con dicha lógica, éstas ya no podrán ser susceptibles precisamente de imputación jurídico-penal. Y si conforme a esa lógica los enemigos son no-personas, entonces tampoco se les imputará ningún delito para poder imponerles una pena como consecuencia y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico. Esto está suficientemente claro en el discurso de Jakobs. Frente a los enemigos la reacción es pura coacción, y la finalidad de ésta es sólo el aseguramiento cognitivo ante el peligro que representan, no la confirmación de la validez de la norma; a ellos no se les aplica ninguna pena, sino que se les somete y excluye por medio de actos de pura fuerza o coacción.*⁵²

FRAGA, do mesmo modo, entende que “*la construcción de un derecho penal del enemigo es vinculada de forma directa a las violaciones masivas de derechos humanos*”, pretendendo, com isso, emprestar o exemplo dado pelo próprio JAKOBS a respeito dos recentes procedimentos adotados para investigação e punição de recentes ditadores estrangeiros:

*Jakobs solo se atreve a poner como ejemplo el proceso seguido a Milosevic, señalando que su sanción lejos de ser una pena contra una persona culpable, es más un castigo contra un enemigo peligroso. En resumen y con relación a las violaciones masivas de Derechos Humanos, bien puede admitirse que la punición internacional o nacional de las mismas después de un cambio político, muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo, sin ser solo por ello ilegítima. El proceso a que es sometido Sadam Hussein es susceptible, según creo, de ser considerado dentro del mismo postulado.*⁵³

No que pesem as críticas dirigidas ao próprio JAKOBS, é correta a análise de PRITTWITZ no sentido de ser visível sua intenção de “salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor

51 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 54, nota 100

52 GRACIA MARTÍN, *Consideraciones...*, op. cit.

53 FRAGA, op.cit.

num direito parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’”.⁵⁴ Contudo, segundo PRITTWITZ, esta tentativa está destinada ao fracasso, por entender que “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo”, sendo, além disso, “totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito”.⁵⁵

Mais do que questionar a possibilidade ou não de convivência de diferentes sistemas de Direito Penal, fato é que parte da doutrina afasta peremptoriamente a idéia por admitir que, a rigor, o ‘Direito Penal do Inimigo’ representa um ‘não-direito’.

RIQUER e PALÁCIOS, nesta esteira, questionam o fato de JAKOBS reconhecer “*que el derecho penal del enemigo sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico - estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho*”.⁵⁶

FRAGA ainda é mais incisivo, ao asseverar:

*Hay que agregar a ello, respecto de la cuestión sobre si el derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, o bien si por el contrario es un no Derecho, que el derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos (o estabilizar normas según la postura minoritaria), lo que hace es demonizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un Derecho Penal de autor. Por ello la respuesta a la criminalidad no convencional, tendría que ser justamente de normalidad, negando su excepcionalidad; conforme a criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional.*⁵⁷

MELIÁ - co-autor e possivelmente o protagonista do primeiro debate formal com JAKOBS sobre o tema - afirma que “o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: ‘Direito penal do cidadão’ é um pleonasma; ‘Direito penal do inimigo’, uma contradição em seus termos”.⁵⁸ Justifica tal afirmação com dois argumentos: “por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do Direito penal ‘verdadeiro’; por outro lado, como consequência do anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito penal do fato”.⁵⁹

Outra crítica comum que se constata na atual doutrina de todo o planeta, diz respeito à diferenciação de ‘pessoa’ e ‘inimigo’ utilizada por JAKOBS com amparo na Teoria dos Sistemas de LUHMANN.

54 PRITTWITZ, op.cit., p. 42-43

55 Ibid., p. 42-43

56 RIQUER; PALÁCIOS, op.cit.

57 FRAGA, op.cit.

58 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 54

59 Ibid., p. 66

CONDE, neste aspecto, parece questionar o 'Direito Penal do Inimigo', máxime no tocante à própria concepção metodológica de JAKOBS acerca do conceito 'inimigo-pessoa': "Inimigos como 'não pessoas', é uma consideração que já conduziu alguma vez à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios que se utilizem para determinar quem é 'cidadão' e quem é "inimigo". Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo?"⁶⁰

CONDE ainda formula os questionamentos mais sérios a serem enfrentados por JAKOBS para defesa de sua teoria:

*¿Quién puede decir realmente quién es el buen ciudadano o el mayor enemigo?
¿El que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar – y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica.*⁶¹

Para ele, a tese de JAKOBS é uma construção valorativamente ambígua, eis que o mesmo vale para um sistema democrático ou totalitário⁶² e, dessa forma, adverte, com preocupação, o que viria depois que esta concepção se tornasse uma realidade habitual e corrente em nossas democracias: "Campo de concentração, tortura como meio de prova, generalização da adoção da pena de morte etc?"⁶³

Assim, ainda que CONDE reconheça o valor de JAKOBS ao evidenciar a existência real, e não meramente encoberta, de um 'Direito Penal do Inimigo', critica-o por se restringir à mera constatação, sem analisá-lo à luz dos princípios do Estado de Direito.⁶⁴

Resta evidente, no entanto, que muitos não compreendem a base metodológica luhmmaniana de que está impregnada a teoria de JAKOBS.⁶⁵

ZAFFARONI, da mesma forma que CONDE e um dos críticos mais

60 CONDE, **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da "Tolerancia Zero" ao "Direito Penal do Inimigo"**. Madri: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.02/01/05, Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>, Acesso em 25 jul. 2005, Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho

61 CONDE, **De nuevo sobre el 'Derecho Penal del enemigo'**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 28

62 Ibid., p. 70

63 Ibid., p. 83

64 Ibid., p. 84

65 GRACIA MARTÍN, no mesmo sentido, alerta que "si la argumentación de Muñoz Conde me parece, por lo dicho, inadecuada para debilitar el discurso de Jakobs, es porque, sin duda, aquél y éste desarrollan sus discursos a partir de paradigmas distintos. El concepto de persona que utiliza Muñoz Conde parece ser uno que identifica a aquélla con el hombre, con el individuo humano. El concepto de persona que utiliza Jakobs, en cambio, y como ya se ha visto en detalle, está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien no a todos" (**Consideraciones...**, op. cit.).

engajados de JAKOBS, assinala que “o sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar”.⁶⁶

Além disso, PACHECO DE CARVALHO assinala que “*tratar al autor de ciertos delitos como enemigo es legitimar a la existencia de un Derecho penal de emergencia, con vigencia excepcional y aplicación diferenciada, y tal práctica rompe con los fundamentos de un Derecho penal garantista vigente en el Estado Social y Democrático de Derecho*”.⁶⁷

No entanto, GRACIA MARTÍN, de forma diversa da maioria dos críticos, procura tecer sua censura seguindo a metodologia de JAKOBS, argumentando que se o ‘Direito Penal do Inimigo’ se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como ‘não-pessoas’,

*entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no-personas ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular. Desde otro punto de vista, los concretos enemigos y no-personas tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación de ese ordenamiento en cada caso, pues de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no-persona o a una persona.*⁶⁸

Segundo sua argumentação, “*un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una persona. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una persona*”.⁶⁹

Enfim, conclui que “*la construcción de un ‘Derecho’ penal del enemigo podría ser válida si, a su vez, se aceptara también como válida la diferenciación que hace Jakobs entre persona e individuo en relación precisamente con el Derecho*

66 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118

67 PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. **El ciudadano, el terrorista y el enemigo**. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,16,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul. 2005

68 GRACIA MARTÍN, **Consideraciones...**, op. cit.

69 Id.

*penal, en el sentido de que éste se dirigiría sólo -y, por ello, tendría como sujetos de la imputación jurídico-penal exclusivamente- a las personas”.*⁷⁰

Ainda sob o mesmo prisma, vale destacar que a observação de MELIÁ no sentido de que “a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, à primeira vista, uma qualificação como ‘outro’, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo; não supõe declará-lo um fenómeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização”.⁷¹

Ademais, segundo ele, esse significado simbólico específico do ‘Direito Penal do Inimigo’ abre a perspectiva para uma segunda característica estrutural: não é só um determinado ‘fato’ o que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos, contanto que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos ‘inimigos’.⁷² Isto é profundamente grave, segundo ASÚA BATARRITA, eis que a reprovação indiscriminada de métodos violentos e de sua ideologia favoreceria a tese daqueles que optam pelo método do terror, no propósito de serem identificados e nomeados por suas idéias e não por seus crimes.⁷³

Além disso, DOTTI alega que quando se fala de terror penal, não se deve crer que ele só se manifesta através das guilhotinas e dos pelotões de execução, porque também é terror uma leve condenação aplicada pelo juiz, quando ao seu arbítrio não se fixem limites precisos: “terror é sinônimo de arbítrio individual e judicial, ao passo que o direito penal começa onde acaba o arbítrio”.⁷⁴

MELIÁ, concordando com DOTTI, argumenta:

Se é certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama ‘Direito penal do inimigo’ está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito penal do inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, *deve estar na manifestação da normalidade*, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal ‘normal’. Assim, se nega ao infrator a capacidade de questionar precisamente, esses elementos

70 GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘Derecho penal del enemigo’*. Valência: Revista General de Derecho Penal, nº 2, 2004

71 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 71-72

72 Ibid., p. 72

73 Ibid., p. 77-78

74 DOTTI, *Movimento...*, p. 19

essenciais ameaçados.⁷⁵

Em outros termos, afirma o autor, é o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o *status* que tal condição comporta; não é possível admitir “apostasias do *status* do cidadão”. “A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo ‘inimigo’ é a reafirmação do sujeito em questão de pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor”.⁷⁶

Outrossim, pautado na metodologia de JAKOBS, MELIÁ acrescenta de forma bastante inteligente que “da perspectiva de um entendimento da pena e do Direito penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do ‘inimigo’, mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito penal”.⁷⁷

Finalmente, vale ressaltar as considerações feitas por APONTE no tocante à entrevista concedida por JAKOBS na Colômbia. Na ocasião, o jurista alemão fora questionado sobre a possibilidade de uma aplicação coerente de sua teoria (funcionalismo sistêmico para um Direito Penal da normalidade) em um país periférico e subdesenvolvido como aquele. O pano de fundo da pergunta dizia respeito à possibilidade de aplicação da base metodológica de LUHMANN em um país com poucos consensos culturais e éticos.

Isto porque, conforme já assinalado, JAKOBS constrói seu modelo de Direito Penal do cidadão sob o enfoque da teoria dos sistemas e, nesse aspecto, é fundamental compreender que a existência de consensos pode propiciar mais facilmente a existência de indivíduos que ofereçam certezas cognitivas, ou seja, indivíduos que demonstrem segurança para o Direito ou simplesmente que ofereçam confiança na ‘estabilização racional de expectativas sociais’ (função do Direito segundo LUHMANN).⁷⁸

JAKOBS, ao responder o questionamento, afirmara

75 JAKOBS; MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 78

76 *Ibid.*, p. 79

77 *Id.*

78 APONTE, Alejandro. *Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 51, 2004, p. 25-26

*En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas no son homogéneos. Por eso, obligatoriamente, se tiene que llegar a la situación que yo denomino como la situación del derecho penal de enemigo. Con esto mi teoría, según mi concepción, produce algo importante: denomina exactamente la situación en la que un país desgarrado se encuentra, o sea en parte acuñado normativamente y en parte acuñado tan sólo cognitivamente.*⁷⁹

Diante de tantas críticas que vem sofrendo, a resposta, conforme observou APONTE, apresentou importante virtude na concepção de JAKOBS: *“un Estado que no propicia la socialización en el derecho, no está muy legitimado para exigir el respeto al orden jurídico y castigar tan duramente a quien no lo hace”*.⁸⁰

Da mesma forma, *“la formulación de Jakobs puede ser reconstruida en un sentido crítico: para que se sancione a un ciudadano, éste debe ser primero socializado por el Estado, como persona; lo más perverso de una actuación estatal, es cuando se integra en el derecho a quien de manera tradicional ha sido un olvidado, a través de la sanción penal. La cárcel como mecanismo de integración social, de reconocimiento de una persona en el tráfico del derecho: un exabrupto que contradice toda relación razonable del ciudadano con el Estado”*.⁸¹

4.1. Críticas ao ‘Processo Penal do Inimigo’

O arsenal de críticas dirigido ao ‘Direito Penal do Inimigo’, como não poderia deixar de ser, também teve como alvo a legislação processual penal pautada neste modelo sugerido por JAKOBS.

HASSEMER, v.g., ressalta o quanto impressionante tem sido o conjunto dos métodos de investigação com os quais a práxis do Direito Penal pretende enfrentar a criminalidade: *“investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meio eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, tecnologia, processamento de dados ostensivo e ‘preventivo’, utilização de anotações íntimas em criminalidade grave”*.⁸²

79 Id.

80 Ibid., p. 28-29

81 Id.

82 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 50

MARQUES DA SILVA, no mesmo diapasão, conclui que “no processo penal, a ineficácia dos meios investigatórios tradicionais determinou que muitos princípios constitucionais fossem adequados à investigação moderna, tais como a escuta telefônica, os agentes infiltrados. Estes métodos revolucionam a investigação criminal, embora, algumas vezes, entrem em conflito com os direitos fundamentais, restando a questão de adequá-los às garantias constitucionais”.⁸³

Além disso, questiona esta política que tende “a conformar-se com posições que uma vez defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo ‘violência e criminalidade’ a duas questões: a investigação por meio da ‘grande escuta, isto é, a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas no recesso do lar para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais secretos possam cometer pequenos ilícitos penais típicos onde buscam infiltrar-se”.⁸⁴

Esse panorama, segundo o autor, provoca um cenário perigoso de segurança pública: “segurança pública, criminalidade e violência vêm adquirindo tanto na opinião pública quanto na percepção dos indivíduos uma importância crescente. Graves transgressões das leis penais e ameaças a bens jurídicos fundamentais infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam”.⁸⁵

GOMES, no mesmo sentido, adverte que o “Estado não pode se igualar ao criminoso nos seus métodos. Sancionar os delitos sim, mas não pode ultrapassar a barreira do legítimo (sob pena de se tornar também um criminoso)”.⁸⁶

No que pesem as críticas, ao que parece, a necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada vem ganhando a batalha, institucionalizando alterações radicais no sistema processual clássico, como a limitação do princípio *in dubio pro reo*; a falta de delimitação nítida entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão); a constante falta de limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado e do suspeito na persecução penal; a falta de transparência das investigações,⁸⁷ entre outros. Tais características são

⁸³ MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 150-151

⁸⁴ Ibid., p. 61-62

⁸⁵ Id.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI Alice. **Delitos Sócio-Econômicos: “Eficientismo” a todo Custo**. Disponível em <http://www.ielf.com.br/webs/IELFNova/artigos/artigo_lido.cfm?ar_id=276>, Acesso em 27 jul. 2005

⁸⁷ HASSEMER, **Três Temas...**, p. 68

assim traduzidas por HASSEMER:

Quando funcionários policiais no desempenho de seu trabalho passam a legalmente poder cometer infrações penais, aí então desaparece para o cidadão a nítida fronteira entre criminalidade e combate ao crime, e a superioridade moral no Estado frente à delinquência se esvai.

Quando se autoriza que os serviços de informações possam participar da investigação criminal com os meios que lhes são específicos (presumivelmente mais efetivos), então será o fim da transparência e do controle: não apenas para os atingidos, mas para toda a opinião pública e até para os políticos.⁸⁸

Outrossim, ele ressalta o acordo do processo penal e o agravamento de medidas coercitivas processuais nos casos da 'criminalidade organizada' como características do atual modelo de processo penal da modernidade.  primeiro, as estruturas do processo penal são flexibilizadas, no segundo, os instrumentos de investigação são afiados e fortalecidos, mas o resultado produzido é o mesmo em ambos os casos: um processo capaz de adaptar-se ao 'espírito de segurança pública' destes tempos".⁸⁹

O risco de todo esse quadro, segundo a leitura de ZAFFARONI, é que no plano do controle social punitivo, dar muito poder às corporações policiais, poderia fomentar um golpe de Estado.⁹⁰

5. CRÍTICAS AOS MODELOS DE 'DIREITO PENAL DO INIMIGO' NA POLÍTICA CRIMINAL MODERNA

5.1. Exemplos Estrangeiros

FERRAJOLI traça interessante quadro das três fases da emergência penal na Itália, retratando três políticas criminais que, se de um lado são claramente diversas, de outro perfilam-se no que os críticos rotulam de 'Direito Penal autoritário' ou de 'emergência', atualmente chamado de 'Direito Penal do Inimigo':

a) **o direito especial de polícia** (de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. (...) Ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta e para fazer frente, segundo o slogan de campanha política que acompanhou a respectiva emanação, ao genérico fenômeno da 'criminalidade avassaladora');

88 Ibid., p. 70-71

89 Ibid., p. 49

90 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey. Coleção *JUS AETERNUN*, v. 1, Coord. José Henrique Pierangeli, 2000, p. 33

b) **o direito penal político especial** (uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção em sentido próprio nascem apenas no final de 1979 por meio de novas leis e sobretudo das novas praxes judiciárias. Nesta segunda fase a feição supletiva se inverte: é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas);

c) **o direito penal diferenciado** (estas feridas não cicatrizaram. Elas mudaram, muito mais do que a lei, a cultura dos juízes, consolidando-se nas praxes e na deontologia profissional. (...) As praxes da emergência antiterrorista difundiram-se por inteiro no sistema penal, caracterizando as duas linhas de tendência: de um lado, a diferenciação e a subjetivação penal por tipo de autor ou de imputado ou de detento, e, portanto, a generalização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais especiais e diferenciados; de outro lado, o crescimento da discricionariedade nas fases *ante e post iudicium*, segundo módulos transacionais idôneos a conferir a máxima flexibilidade seja ao rito como à pena, com a consequência perda de centralização do juízo assim como do nexos causal ilegal entre pena e crime.)⁹¹

Mais recentemente, sobretudo após os atentados terroristas de Nova Iorque, os Estados Unidos têm dado evidências deste novo modelo de política criminal⁹² taxada por RIQUER e PALÁCIOS de ‘reacionária’ e claramente refletida no ‘*Patriot Act*’.⁹³

Na Espanha, lembra RAMOS SÁNCHEZ que a reforma penal de 1995 iniciou-se elevando o limite máximo de cumprimento de penas ao patamar de 40 (quarenta) anos, o que, segundo o autor, “*contraria a la prohibición constitucional de penas inhumanas o degradantes y a la doctrina del propio Tribunal Supremo español que afirma que las penas que superan los 20 años de duración no cumplen ya ninguna función preventiva o rehabilitadora, lo que viene a demostrar, palmariamente, es el fracaso del propio legislador quien, por no poder dominar un conflicto de indudable naturaleza política mediante instrumentos jurídico-penales, recurre a la máxima de «lo que no se puede controlar, se destruye»*”.⁹⁴

91 FERRAJOLI, op. cit., p. 656-659

92 Ressaltam SHECARIA e CORRÊA Jr. que as idéias consagradas desde o iluminismo “estão sendo condenadas ao esquecimento a partir de 11 de setembro de 2001, em nome de uma guerra justa ao terrorismo”, exemplificando que a ‘lei patriótica’ de Bush “permite às autoridades prender suspeitos, por um tempo quase indefinido, deportá-los, encarcerá-los em celas isoladas, fiscalizar sua correspondência, suas conversações telefônicas, suas comunicações via Internet e revistar seu domicílio sem autorização judiciária. Além disso, criou tribunais militares de exceção, com procedimento secreto, destinados a julgar estrangeiros acusados de terrorismo. Esses processos secretos poderão ser realizados em navios de guerra ou em bases militares; a sentença será pronunciada por uma comissão constituída por oficiais militares; a unanimidade não será necessária para condenar o acusado à morte; o veredito não comportará apelo, as conversas do acusado com seu advogado poderão ser escutadas clandestinamente; o procedimento será mantido secreto e os pormenores do processo não serão tornados públicos a não ser depois de decênios, etc.” (SHECARIA, Sérgio Salomão. CORRÊA Jr., Alceu. **Teoria da pena. Finalidades, Direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 8-9)

93 RIQUER; PALÁCIOS, op.cit.

94 RAMOS SÁNCHEZ, Javier. **Un derecho penal del enemigo**. Disponível em <<http://diaspora-vasca.freesevers.com/irakur.htm>>, Acesso em 27 jul. 2005

Com isso, segundo o autor, o Estado espanhol visa “*la pura y simple instrumentalización del Derecho penal para consumo interno de un electorado perplejo y asustado ante un conflicto irresuelto y puntualmente virulento*”.⁹⁵

No mesmo sentido, PORTILLA CONTRERAS recorda que sequer foi preciso ampliar os poderes de investigação policial na Espanha, eis que a discricionariedade policial é absoluta desde a aprovação da Lei de proteção da segurança cidadão e a Lei que disciplina o uso de vídeo-vigilância em lugares públicos (Leis n.ºs 1/1992 e 4/1997).⁹⁶

Os exemplos encontrados em todo o planeta, por certo, não são objeto de críticas apenas no âmbito acadêmico. Os Tribunais têm sido chamados a enfrentar a constitucionalidade de legislações ou atos normativos típicos de um ‘Direito Penal do Inimigo’, como registra CONDE. O autor afirma que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em sua sentença de 03.03.2004, declarou inconstitucional a regulação de 1999 que permitia graves intromissões que empregavam como meios de prova gravações de conversações no âmbito da intimidade (*grosse Lauschangriffe*), por não cumprir determinadas garantias e requisitos derivados do princípio de legalidade e de proporcionalidade.⁹⁷ Já em dezembro de 2004, a Câmara dos Lordes inglesa sentenciou que a Lei antiterrorista inglesa de 2001, que permitia a detenção governamental sem limite temporário de estrangeiros suspeitos de terrorismo, infringia, dentre outros direitos da Convenção Européia, o direito à igualdade jurídica entre estrangeiros e cidadãos e ao devido processo e proteção judicial efetiva.⁹⁸

CONDE, por exemplo, destaca a jurisprudência espanhola firmada em decisão de 23 de outubro de 2003 que anulou outra decisão de instância inferior em que funcionários foram condenados por suborno, utilizando-se como prova interceptação telefônica decretada por um Juízo, com base em denúncia anônima.⁹⁹

Ademais, é essencial o registro de relevante decisão jurisprudencial sobre o ‘Direito Penal do Inimigo’, prolatada pela Suprema Corte Constitucional da Colômbia.

95 Id.

96 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **La configuración del ‘Homo sacer’ como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial**. Madri: Serta: *in memoriam* Alexandri Baratta, Coord. Fernando Pérez Alvarez, 2004, p. 1401-1424.

97 CONDE, **As reformas...**, op. cit.

98 Id.

99 STC 18/2003 – caso “Autopistas de Andalucía” (*apud* CONDE, **De nuevo...**, p. 43)

A decisão - sentença nº C-939/02¹⁰⁰, datada de 31.10.2002 - teve como Magistrado Relator o Dr. Eduardo Montealegre Lynett e como demais integrantes da Câmara julgadora, os Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra e Rodrigo Escobar Gil. Tal decisão enfrentou a constitucionalidade de um ato normativo no qual se adotavam medidas em matéria penal e processual contra as organizações criminosas.

Basicamente fundamentado no art. 44 da Lei nº 137 de 1994, que facultava ao governo, durante o “estado de comoção nacional, tipificar penalmente condutas, aumentar e reduzir penas”, o Presidente da Colômbia editou o hostilizado Decreto nº 1.900/02 que tinha por objeto estabelecer tipos penais relacionados a furto, contrabando e depósito de produtos derivados ou componentes de combustíveis, assim como medidas processuais relacionadas com a captura de combustíveis furtados, depositados ilegalmente ou contrabandeados.

A Suprema Corte colombiana, fazendo clara alusão à concepção de JAKOBS, entendeu que suas bases eram incompatíveis com valores e princípios da Constituição Federal, valendo registrar:

(...) Pues bien, esa ‘política criminal’ facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple –incrementos de pena inaplicables- es incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso.¹⁰¹

No mesmo sentido, no dia 15 de fevereiro de 2006, o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Alemão, na decisão “1BvR 357/05”, julgou inconstitucional a Lei de Segurança Aérea, que permitia a derrubada de aviões com terroristas como última medida (ultima ratio) para salvar a vida de outras pessoas, por entender, aduzindo se tratar de ‘Direito Penal do Inimigo’ que tal ato normativo violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

5.2. Ilustrações Brasileiras

Na mesma linha de pensamento, parte da doutrina, desde a previsão

100 Decisão integralmente disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC939_02.HTM>, Acesso em 12 set. 2005

101 Id.

constitucional de um tratamento diferenciado aos denominados crimes hediondos¹⁰² e equiparados, manifesta-se criticamente pela adoção de políticas criminais duras, antes rotuladas como decorrentes do Movimento ‘Lei e Ordem’ e ora seladas como típicas de um ‘Direito Penal do Inimigo’.¹⁰³ TOLEDO, por exemplo, assim dirigiu sua censura:

O legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do art. 5º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da *law and order*”. Essa ideologia, típica da sociedade norte-americana, que diga-se de passagem, desde a década de 20, vem perdendo a “guerra contra o crime”, ganha espaço e adeptos entre nós, principalmente entre políticos, promotores de justiça e delegados de polícia.¹⁰⁴

Mais recentemente, o tratamento diferenciado a presos perigosos no sistema de execução de penas, por força do advento da Lei nº 10.792/03 foi duramente criticado e, como era de esperar, rapidamente associado à concepção de ‘Direito Penal do Inimigo’.

PACHECO DE CARVALHO,¹⁰⁵ por exemplo, inicia a análise do ‘regime disciplinar diferenciado’ tratado no referido diploma legal, aduzindo:

Traçados os limites entre um Direito penal que não tem preocupação outra com o delinqüente que não apenas a de excluí-lo do convívio social, um Direito penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como sendo uma operação de guerra e ‘quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação’ e um outro Direito penal no qual como ‘elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas que conserve a possibilidade de sua reintegração social’.¹⁰⁶

Assim, rotulou explicitamente o referido instituto como parâmetro típico de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

A nova redação do artigo 52 *caput* da LEP que lhe foi dada pela Lei 10.792/03 preceitua: ‘a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso

102 Ressalte-se, contudo, que em 23.02.2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos (HC nº 82959, impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por atentado violento ao pudor de três crianças entre 6 e 8 anos de idade), abrindo, pois, o caminho para a mudança da legislação questionada.

103 Veja-se, em sentido diametralmente oposto, v.g.: NAKAZONE e GERTEL (NAKAZONE, Agenor; GERTEL, Nelson Lacerda. **A Justiça Criminal a caminho da falência**. O Estado de São Paulo, 30 jun. 2005, A3)

104 TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Fascículos de Ciências Penais, n. 5/59

105 PACHECO DE CARVALHO, op. cit.

106 CONDE, **Edmund Mezger...**, p.66

provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado'.¹⁰⁷

Segundo PACHECO DE CARVALHO, além da exigência da prática de ato doloso ser algo vago e impreciso, a lei fala somente na prática, não exigindo a existência de condenação anterior pelo mesmo, o que romperia com o princípio de presunção de inocência e ampla defesa.¹⁰⁸

Trata-se, segundo ele, da imposição de sanção disciplinar por apresentar um preso de alto risco para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de expô-lo ao arbítrio, consagrando a “punição pré-delitual, uma punição aplicada não por um fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor”.¹⁰⁹

DOTTI, na mesma esteira, critica o ato normativo, realçando o significado do movimento de luta contra a denominada ‘legislação antiterror’ que pretende firmar:

Ele surgiu e se expande em proporção geométrica, face à ausência de uma política pública adequada ao controle da violência e da criminalidade e pelo fenômeno da legislação de conjuntura que procura suprir a omissão dos governos quanto aos programas de prevenção e controle dos fatos anti-sociais.¹¹⁰

Forçoso ainda reconhecer, com arrimo em BONFIM, que todo o contexto que imprime velocidade nas mudanças legislativas, feitas na maior parte das vezes por um Legislativo irracional e atendendo a um Executivo incapaz e omissos, permitiu uma grave imprecisão que se reflete

na desorganizada Lei nº 9.034/95 para combate ao ‘crime organizado’- de inspiração alienígena -, onde confundem-se conceitos acerca de atividades processuais de magistrados e promotores (o magistrado instrutor da Itália, corresponde ao nosso ‘Promotor’), a par, ainda, de não saber distinguir ‘crime organizado’ dos crimes de quadrilha ou bando, azando-se a edição de uma lei reputada por Luiz Flávio Gomes como provavelmente ‘mais estapafúrdia da história republicada brasileira’, onde ‘após mais de um ano após sua vigência não se tem notícia da sua aplicação em um único caso’.¹¹¹

107 Dispõe o art. 52: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. §1º: O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. §2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

108 PACHECO DE CARVALHO, op.cit.

109 Id.

110 DOTTI, **Movimento...**, p. 28-29

111 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 142

Por fim, o mesmo autor, parafraseando HUNGRIA, sentenciara: “Nós, imitando ou repetindo a civilização francesa, ou a alemã, somos uns primitivos, porque estamos ainda na fase do mimetismo”.¹¹²

6. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA PROPOSTA DE DIFERENTES VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O conjunto de fatores que representa o Direito Penal da modernidade vem, em verdade, retratar a eterna dialética acerca da incompatibilidade entre Estado de Direito e Direito Penal de exceção.

FERRAJOLI, ao tratar do Direito Penal produzido na Itália para enfrentar a emergência do terrorismo e da criminalidade organizada, afirmou-o como um modelo contrastante com os princípios do Estado de Direito.¹¹³ Há algum tempo observou que “a primeira e mais relevante alteração do modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência consistiu na *mutação substancial* – inferida pelo paradigma do inimigo – de todos os três momentos da técnica punitiva”.¹¹⁴

O resultado dessa mudança de paradigmas é por ele retratada da seguinte forma:

Esta mutação golpeia, antes de tudo, a configuração da espécie fática punível. E se exprime em uma acentuada personalização do direito penal de emergência, que é freqüentemente muito mais um direito penal do *réu* que um direito penal do *crime*. (...) Disso resulta um modelo de antijuridicidade substancial e também formal ou convencional que solicita investigações sobre réus e não sobre crimes...¹¹⁵

MILANESE, no mesmo sentido, destaca que já é possível constatar que o moderno Direito Penal representa um ataque ao princípio da intervenção mínima, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, afirmando, outrossim, que a proposta de diferentes modelos de Direito Penal seria inconcebível:

El Derecho penal debe ser único y revestido de todas las garantías fundamentales que configuran la base del Estado Social y Democrático de Derecho. Proponer la flexibilización de una parte del Derecho penal, con la supresión de garantías en razón de no haber en estos casos la previsión de pena privativa de libertad, o, todavía más reprochable, en razón de un Derecho penal de enemigo, es un verdadero retroceso y un ataque a los fundamentos de un Estado Social y

112 Ibid., p. 143

113 FERRAJOLI, op. cit., p. 655- 656

114 Ibid., p. 659-660

115 Id.

APONTE, por sua vez, ressalta que a realização do princípio da liberdade se coloca no centro da tensão entre um 'Direito Penal do Inimigo' e um 'Direito Penal do cidadão', sendo que a tentativa de legitimar estes modelos diversos

se encuentra que la tendencia eficientista en él explícita, es "anacrónica". De acuerdo con esto, ella "remite a un tiempo de la filosofía penal del derecho y teoría criminal política premodernas, que sólo percibía al criminal como el quebrantador de normas, como el 'extraño' del que había que deshacerse. La tradición moderna, al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los derechos humanos y del ciudadano como fundamentos de derecho penal y derecho penal procesal, y permitir observar al criminal como partícipe del contrato social. ¹¹⁷

Ilustrando que tal tendência tem legitimado, na Alemanha, a extensão das regras de 'arquivamento' do procedimento, expansão do 'procedimento por decreto', limitação das regras probatórias, limitação dos meios de impugnação etc., GOMES e BIANCHINI sintetizam o atual panorama, chamando-o de 'funcionalização do Direito Penal', que se dá

quando temos a combinação mais terrível que se pode imaginar (Direito penal com privação da liberdade sem as devidas garantias), que é a mais autoritária e a mais deplorável e é justamente a adotada nos dias atuais pelo legislador. Isso coincide com o chamado Direito penal do inimigo, tal como descreveu Jakobs: pena de prisão (a mais longa possível) sem respeitar as garantias mínimas (penais ou processuais ou execucionais). O que importa na atualidade é o pragmatismo eficientista: as leis e o processo devem ser os mais práticos possível, para se alcançar o máximo de eficiência na atividade repressiva. ¹¹⁸

JAKOBS responde à objeção - de que sua construção teórica (desde seu modelo funcionalista pautado pela 'prevenção geral positiva') não respeita as liberdades individuais -, aduzindo que "ela provavelmente derive – no caso de alguns autores, isso inclusive é de todo evidente – numa simples confusão entre a perspectiva social-funcional e um modelo social de orientação coletivista ou inclusive totalitária". Ao dizer que "a subjetividade se gera num processo mediado pelo social", que "sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres", ou ainda, que "a subjetividade não é só um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade", JAKOBS pretende comprovar que seu modelo funcionalista é somente

116 MILANESE, Pablo. **El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima.** Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,119,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul.2005

117 APONTE, **Derecho penal de enemigo vs....**, p. 19-20

118 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais. As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002, p. 143

descritivo da sociedade, podendo existir modelos autoritários independentemente de seu suporte teórico.¹¹⁹

Além disso, ao refutar o rótulo de ‘Direito Penal do terror’, JAKOBS apresenta a seguinte comparação: “não descreve corretamente o Direito romano clássico ou o Direito colonial de ambas as Américas quem declara nulos os contratos de compra e venda de um escravo e não descreve corretamente o Direito da antiga República Democrática da Alemanha quem afirma que os disparos contra cidadãos fugitivos eram puníveis dentro daquele sistema”.¹²⁰

E, finalmente, sentencia de modo irrefutável:

Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma *ultima ratio*. A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal.¹²¹

Todavia, com respaldo na ressalva de HASSEMER, é preciso consignar que uma política criminal, que a longo prazo disponha livremente da asseguaração da liberdade e da proteção dos direitos fundamentais com o propósito de ceder às exigências de um efetivo combate ao crime, coloca em jogo todas as tradições de Estado de Direito, não importa quem, nem com que eficácia deva ou possa proclamá-las e defendê-las.¹²²

Vale por fim repisar os questionamentos de FERRAJOLI, ao tratar criticamente das mudanças de paradigmas do Direito Penal e processual da modernidade:

A mutação produzida pela emergência na fonte de legitimação do direito penal – não mais a legitimação jurídica das regras do Estado de direito, mas aquela imediatamente política e pragmática da razão de Estado e da luta contra o crime organizado – é, por sua vez, em qualquer caso, e em qualquer sentido, justificável? Quando – e antes disso, existindo circunstância em presença das quais o Estado de necessidade ou de emergência justifica ruptura das regras do Estado de direito? E como deve qualificar-se essa ruptura, que tem lugar toda vez que o Estado trata um cidadão como inimigo?¹²³

As possíveis respostas a tais indagações serão a seguir analisadas.

119 JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa. Teoria de Um Direito Funcional**. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 13-19

120 Ibid., p. 22-23

121 Id.

122 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 63-64

123 FERRAJOLI, op.cit., p. 665-666

CAP. VII – LEGITIMIDADE DO ‘DIREITO PENAL DO INIMIGO’ – DIALÉTICA: RIGORISMO X LAXISMO

“ A un Estado se le puede pedir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo”. (Sebastián Soler)¹

1. REALIDADE SOCIAL E OS CONTORNOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL CONTEMPORÂNEOS

A discussão acerca da legitimidade, em qualquer instância, remete às idéias de consenso, ao tema da ética e dos valores.² Os valores, ressalta CAMPILONGO, “são altamente agregadores(...), geram radicalismos e inevitável desilusão. É assim com a legitimidade: ela reduz a complexidade do mundo”.³

Diante da íntima ligação entre legitimidade e valores, discuti-la pressupõe analisar a formatação da sociedade. Debater a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ pressupõe, ainda, ter em mente o tipo de criminalidade da modernidade: criminalidade econômica, criminalidade ecológica, criminalidade no comércio exterior, contrabando internacional de drogas, etc. Trata-se de um tipo de criminalidade que, como bem acentua HASSEMER, revela-se pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados e por um novo ‘*modus operandi*’:

De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamentais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade).⁴

VANEGAS, de sua parte, ressalta que por mais que as relações entre Direito e

1 *apud* OUVIÑA, Guillermo. **Estado Constitucional de Derecho Penal, Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 56

2 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, Apres. Raffaele De Giorgi, 2000, p.123

3 Id.

4 HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.84

pós-modernidade ainda não estejam muito claras, é evidente que existe uma crise de paradigmas:

Esta crisis del paradigma moderno también encontró su lugar en el derecho moderno, pues éste, frente a la aparición de nuevos sujetos dentro de la esfera pública, se mostró incapaz de dar solución a los problemas que los aquejaban. Este tipo de actitudes puede ser denominado como la angustia al contagio, pues lo que ha caracterizado al derecho moderno, como una de sus notas esenciales, ha sido el temor a que en su estructura se incluyan elementos propios de la esfera ética y extrajurídica. (...) No obstante no existe una ética capaz de organizar la responsabilidad por las consecuencias de las acciones colectivas de la humanidad a escala planetaria.⁵

No mesmo sentido, GUILLAMONDEGUI destaca o rompimento da tradição clássica-liberal pelo novo Direito Penal, denominando esse fenômeno de ‘a dialética do moderno’, que se caracteriza por três particularidades preponderantes: “a) *Protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización*; b) *La prevención como paradigma penal dominante, en el sentido de que al ‘Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro’ y en la que subyace subliminalmente la noción de que ‘el fin parece justificar los medios’*; y c) *La orientación a las consecuencias como meta dominante en la que el Derecho Penal pretende ser considerado ‘un instrumento de pedagogía social y de transformación’.*”⁶

A transformação do Direito Penal da modernidade, como já amplamente explicitado, concentra-se basicamente em três aspectos centrais: “primeiro, no aspecto especial: 1º há um aumento da moldura penal; 2º criminalização territorialmente extensa (aumento dos crimes); 3º utilização de delitos abstratos”.⁷ No tocante ao Direito processual, novos instrumentos também foram introduzidos: métodos técnicos audiovisuais, utilização de dados informatizados, presença de investigadores disfarçados ou infiltrados, invasão da privacidade de terceiros, privatização da segurança e, finalmente, a transação no Direito Penal.⁸

Tomando por base o caso específico brasileiro, CAVALCANTI situa essa transformação, usando como exemplo a própria Constituição Federal de 1988 que, a

5 VANEGAS, Farid Samir Benavides. **La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal**. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,66,0,0,1,0>>, Acesso em 25 jul. 2005

6 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo**. Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 22 jul. 2005

7 HASSEMER, **Três Temas...**, op.cit.

8 Id.

par de assegurar muitos direitos e garantias individuais e coletivas aos cidadãos, teve “a peculiaridade de trazer inúmeros indicativos acerca do processo de criminalização brasileiro, tanto de forma implícita quanto explícita”. Assim, segundo ele, é fácil perceber que a própria Carta Política contribuiu em certa medida para encorajar o aumento de leis criminalizadoras⁹. Nesse esteio, argumenta:

Ora, não obstante o problema dos riscos pós-modernos, cuja criminalização requer certa flexibilidade das tradicionais garantias, o que se vê na criminalização *pós-Constituição* de 1988 é justamente uma manifestação clara da desenfreada expansão criminalizadora, vale dizer, não se trata da nebulosa área da criminalização dos riscos atuais, mas de tipificações que poderiam estar na área administrativa, sem maiores problemas.¹⁰

Acrescente-se a tais constatações, a evidente crise dos demais meios de controle social, que vem depositando no Direito Penal as esperanças de solução dos mais variados conflitos. RIQUERT e JIMENEZ retratam a consequência disso, aduzindo que “*cuando la política se corrompe, cuando la religiosidad se vuelve intolerancia, cuando la ética social se transforma en odio puritano, es seguro que se apelará al derecho penal para consolidar la corrupción, la intolerancia o el odio*”.¹¹

É justamente por isso que SANTO ressalta que “nenhuma parcela do ordenamento jurídico é mais sensível às variações políticas que a penal. Quando muda a constituição política de um Estado está próxima a transformação de seu sistema punitivo e vice-versa...”.¹² Com similar ênfase, BACIGALUPO defende que a função do Direito Penal depende da concepção de pena que se defenda, e vai além, afirmando que a linha defendida tem íntima concepção com o próprio modelo de Estado.¹³

9 CAVALCANTI destaca: “Assim, é que a Constituição prevê como crimes inafiançáveis e imprescritíveis a prática de racismo (art. 5º, XLII) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV); estabelece serem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII); indica as sanções dos atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º); determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º); e, dentre outras coisas, dispõe que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º).” (CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 199-200)

10 Id.

11 RIQUERT, Marcelo Eduardo; JIMENEZ, Eduardo Pablo. **Teoría de la pena y derechos humanos – nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional**. Buenos Aires: Sociedad anónima editora comercial, industrial y financeira, 1998, p. 17

12 SANTO, Marino Barbero. **Pena de muerte y estado democrático**. Buenos Aires: Doctrina Penal, Depalma, Ano 6, 1983, p. 661-678

13 BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, Trad. André Stefam; Ver. Edílson Mougenot Bonfim, 2005, p. 33-34

Mas qual modelo de Estado - aquele efetivo e real ou aquele previsto formalmente no texto da Lei – vem disciplinando a política criminal brasileira das últimas décadas?

QUEIROZ, pautando-se no modelo de Estado Constitucional de Direito, reitera o argumento de que o Direito Penal deveria representar apenas um dos instrumentos de que “se socorre o Estado para a efetivação de suas funções constitucionais, como assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, já que, com criminalizar, por exemplo, o seqüestro, o homicídio, outra coisa não se pretende senão a proteção, subsidiária, da liberdade e da vida, respectivamente, resguardando-lhes a inviolabilidade proclamada pelo constituinte (CF, art. 5º)”.¹⁴ Por fim, conclui:

De sorte que a hierarquia entre a Constituição e o direito penal não é apenas formal, mas funcional e axiológica (valorativa), na medida em que suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem os valores mais caros, aferidos, naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural. Conseqüentemente, a definição das regras jurídico-penais vai ser determinada pela definição das funções do Estado, porque, em última análise, direito e Estado, pelo seu caráter instrumental (funcional), prestam-se a um fim comum: possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, por meio da prevenção (e repressão) de ataques a bens jurídicos constitucionalmente relevantes.¹⁵

Ainda que assim fosse desejável, certo é, com respaldo em D'AVILA, que o Direito Penal de tradição iluminista,

elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexos de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia.¹⁶

Além disso e das evidentes dificuldades que se afiguram no âmbito dogmático,

14 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19

15 Id.

16 D'AVILA, Fabio Roberto. **A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excuroso sobre o Direito Penal do Risco)**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_penal.htm, Acesso em 22 jul. 2005; no mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar., 2001

a própria atuação do Direito Penal neste novo cenário tem sido objeto de acirrados debates políticos e doutrinários, de uma intensa dialética entre rigoristas e laxistas e, enfim, de uma calorosa discussão acerca da necessidade e legitimidade de um Direito Penal de terceira velocidade.

De qualquer forma, negar espaço ao Direito Penal para enfrentar as demandas da modernidade significa, como bem afirmara COSTA, “a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na proteção das gerações futuras”.¹⁷

O objetivo a ser perseguido, com atenção à realidade, aparenta ser o de buscar a conciliação de universos tão diferentes, mas inevitavelmente necessários. Neste papel de interface, é evidente que servir de mediador de conflitos que aparentam ser perpétuos, implica o risco de ataques de ambas as vertentes. Contudo, no que pesem as dificuldades, bem assevera D’AVILA que “não resta dúvida que a nova leitura, imposta pelos desafios que apontam, implica, verdadeiramente, a difícil tarefa de caminhar sobre a linha tênue da temperança, do bom senso, buscando no passado o que há de indispensável para reconhecer-se a si mesmo, e no presente, as marcas de uma nova feição”.¹⁸

2. DISCUTINDO A LEGITIMIDADE

Um estudioso atento e imparcial de JAKOBS, por certo teria a mesma percepção de APONTE¹⁹ sobre o jurista alemão: ele não é necessariamente antiliberal; ao contrário está atrelado aos limites e desafios da tradição liberal. Justamente por isso, inicia sua teoria sobre o ‘Direito Penal do Inimigo’ em tom nitidamente crítico. Contudo, JAKOBS, pela própria inspiração em LUHMANN, descreve seu modelo de Direito Penal da ‘normalidade’, claramente pautado pela realidade e pelos contornos da sociedade.

17 Ressalta COSTA: “Não somos responsáveis pelas gerações futuras. Somos responsáveis pelos homens e mulheres reais, concretos, que o futuro há-de trazer dentro desta categoria formal a que chamamos gerações. São essas pessoas de carne e osso que nos interrogam do futuro e não uma qualquer abstração, mesmo que densificada na categoria de ‘geração futura’” (COSTA, José de Faria. **A Linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética”**, in *O Homem e o Tempo*. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, Coord. J. A. Pinto Ribeiro 1999, p. 410); no mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1992, passim.

18 D’AVILA, op.cit.

19 APONTE, Alejandro Cardona, **¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?** Bogotá: Editorial Temis, Monografías Jurídicas, v. 100, 2005, p. 50

Justamente por essa visão pragmática de JAKOBS, o debate acerca de uma possível conciliação entre um modelo de 'Direito Penal do Inimigo' e um 'Direito Penal do Cidadão' é fundamental. Só assim será possível evitar o entrelaçamento de universos tão diferentes e a institucionalização de um Estado que pratica efetivamente o terror, em detrimento da eficiência no combate ao terrorismo e ao crime organizado.

A ilegitimidade de uma política criminal que se desenha, sobretudo nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, é bem retratada por KUJAWSKI: “no Estado ilegítimo predomina a instabilidade do poder, já que faltam o direito e as garantias jurídicas. Hoje o poder está em mãos de uns, amanhã em mãos de outros”.²⁰ Para ele,

o Estado ilegítimo, num sistema em que o mando pertence a todos e a ninguém, sofre a infiltração permanente, surda e invisível, da subversão, da contestação permanente, seja dos adversários ou até dos aliados, o que exige, em contrapartida, a escalada da repressão, manifesta ao menor sinal de desestabilização. De onde se segue que o Estado ilegítimo é constitutivamente um Estado de terror, o que se viu também no século XX, com o advento dos Estados totalitários e autoritários. (...) Se a democracia hoje se transforma numa lenda, a legalidade não passa de mera ilusão. Leis e instituições se tornam dia a dia mais tênues e instáveis.²¹

Tomadas tais premissas como parâmetros, é inegável, como acentua FARIA, que a dialética da legitimidade ainda é questão aberta, “assumindo diversos contornos, segundo a assunção política de cada avaliador, sendo que a nossa deita raízes, como já sublinhamos, no Estado Democrático de Direito, do qual deve se deduzir um direito penal liberal-democrático”.²²

A abordagem de um 'Direito Penal do Inimigo' como parte do ordenamento jurídico-penal perpassa, pois, pela resposta à seguinte questão: seria esse um instrumento inevitável para o combate à criminalidade da era contemporânea?

Para responder essa pergunta negativamente, MELIÁ aduz que é possível recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal, ou seja, sem se afastar dos parâmetros constitucionais.²³ Além disso, salienta a

20 KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e Terror**. São Paulo; IBASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 2003, p. 23

21 Id.

22 FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 120-123

23 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Trad. André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005, p. 72-73

possibilidade de “argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos”.²⁴ Finalmente, segundo ele, seria possível esboçar uma análise prévia, interna ao sistema jurídico-penal, em sentido estrito: o “Direito penal (faticamente existente) integra, *conceitualmente*, o Direito penal?”.²⁵

No que pesem tais argumentos, é notório, como acentua SÁNCHEZ, que os Estados vêm gradativamente acolhendo a lógica da perene emergência e, à vista de tal tendência, o próprio autor acredita não ser temerário “prognosticar que o círculo do Direito Penal dos ‘inimigos’ tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e crescer”.²⁶

Ainda sob tal ótica, SÁNCHEZ conclui que a discussão acerca de sua legitimidade teria, certamente, de se basear “em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência”.²⁷ Antes de dar como irrefutável tal assertiva, forçoso reconhecer com arrimo em MELIÁ, que tal debate, desde o princípio, revela

tons bastante rudes, que se dirigem, em particular, contra a mera (re) introdução do par conceitual Direito penal do cidadão e do inimigo por Jakobs. Sem pretender reformular aqui a discussão global em torno do significado do sistema dogmático desenvolvido por Jakobs, sobre sua compreensão ou legitimação, sim há que indicar que aquelas posições que enfatizam os possíveis ‘perigos’, ínsitos na concepção de Jakobs, nem sempre consideram, de modo suficiente, que essa aproximação, tachada de estruturalmente conservadora ou, inclusive, autoritária, já tem produzido, em várias ocasiões, construções dogmáticas com um alto potencial de recorte da punibilidade.²⁸

Em síntese, seria a política criminal de terceira velocidade um mal necessário até que se efetivem, a longo prazo, outras formas de controle social? Um ‘Direito Penal do Inimigo’ concomitante com políticas públicas representaria uma saída excepcional e transitória para o momento?

O enfrentamento dessas questões requer a prévia análise de como a dialética radical entre rigoristas e laxistas pode obstar uma solução serena e intermediária. Além

24 Ibid., p. 73

25 Ibid., p. 73-74

26 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 151

27 Ibid., p. 150

28 JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo...**, p. 74

disso, pressupõe a compreensão de como temas da hermenêutica jurídica – balanceamento de bens jurídicos, relativização dos princípios fundamentais e aplicação do princípio da proporcionalidade – assumem posições centrais no debate, assim como a análise do próprio modelo de Estado e as políticas criminais correspondentes. Tais considerações são primordiais para se idealizar alternativas e propostas iniciais para uma política criminal racional e consentânea com a modernidade.

3. ETERNA DIALÉTICA PENAL: LAXISMO X RIGORISMO

A história, como já alertou VEYNE, parece cíclica.²⁹ A análise dos ciclos históricos do Direito Penal serve para afastar a ilusão de que um modelo dogmático ou de política criminal possa ser perene. Nesse sentido, a lição de BARRETO é irretocável:

A fixidade do direito, quer como idéia, quer como sentimento, é uma verdade temporária e relativa, se não antes uma verdade local, ou uma ilusão de ótica intelectual, devida aos mesmos motivos que nos levam a falar da fixidade das estrelas. (...) Platão dissera que não há ciência do que passa; veio o espírito moderno e redargüiu convicto: - só há ciência do que é passageiro, -pois tudo que pode ser objeto científico, -o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perene, mas o fenômeno de uma transição permanece de uma contínua passagem de um estado a outro estado.³⁰

Com a mudança dos hábitos, dos costumes e, enfim, do mundo, era inevitável que o Direito Penal sofresse transformações.

Antes, os chamados clássicos do Direito Penal pátrio assistiam às inovações decorrentes da idéia de ‘periculosidade’ e muitos deles, elogiados pelos modernos críticos do ‘Direito Penal do Inimigo’, defendiam a idéia do sistema duplo binário para as medidas de segurança como a grande invenção no combate da criminalidade.

Ora, qual o bem jurídico mais importante da Constituição Federal senão a vida?!

A necessidade de tutela de bens, por vezes, paradoxalmente antagônicos, como a vida e a liberdade, não autorizaria uma leitura de que garantias penais e processuais seriam relativas? Seria, portanto, claramente ilegítima uma política criminal

29 VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Brasília: Edunb, Trad. Alda Baltar e Maria A. Kneipp, 1982, passim

30 BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. Recife: Landy, 2001, p. 62-63

pautada nessa perspectiva?

Essas questões não são novas, como não são os ciclos que permeiam o debate.

“Há sempre um *corsi e ricorsi* de história, amoldando-se aqui e ali, o Direito a uma nova realidade, ainda que por vezes seja operacionalizado por métodos ou idéias antigas, que poderão em dado momento constituir mais que novidade, mas solução ou, quando menos, busca de aperfeiçoamento”.³¹

Os ciclos da dogmática penal, os ciclos sobre as finalidades da pena e, enfim, os ciclos das escolas penais estão sempre marcados pelos antagônicos e, por vezes, radicais discursos laxistas e rigoristas.

Alternam-se ciclos de repressão e de discursos garantísticos: do abolicionismo (criminologia radical e responsabilidade da sociedade, onde “a sobrevivência do capitalismo é o *sursis* elástico do facínora”³²), ao ‘terrorismo penal’ (movimento da ‘Lei e da Ordem’, onde a sociedade militarizada pede licença para se expressar diante de uma verdade já prescrita).

O laxismo, que preconiza idéias pouco severas, amplas e conciliatórias, não consegue sentar-se à mesa com os postulantes do rigorismo, tendentes, moralmente, a optar pelo julgamento mais rigoroso e severo.³³

Enquanto os acadêmicos se digladiam, o poder político, alheio ao processo científico que deveria dirigir a elaboração de um Direito Penal justo e ínsito ao seu tempo, atende, ora aos eleitores (que clamam por segurança, sob os ecos da mídia sensacionalista), ora aos atuais chefes de Poderes (que clamam por legislações brandas diante da falta de vagas no sistema penitenciário), produzindo leis

31 BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997, p. 58
32 DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 105

33 Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 (1999); Vale o registro da lição de DIP: “Nas reflexões penalísticas, os termos laxismo e rigorismo são tomados por empréstimo da Moral. A partir do séc. XVI, os moralistas propuseram sistemas de moralidade, cujo fim, muito amplamente frustrado, era o de propiciar alguma facilitação na tarefa árdua de transformar a consciência duvidosa – fosse isso por dúvida especulativa, fosse por dúvida prática – em uma certeza moral, ao menos no plano prático. (...) “O que se tem designado por laxismo e rigorismo penal é, não um sistema de educação ou formação singular da consciência do autor de crimes, mas critérios a) de política criminal – desembocando numa filosofia penal e numa atuação penal legisprudente e jurisprudente, bem como b) uma cosmovisão penalística de algum modo presente em todo ou em parte considerável do corpo social. (...) Graficamente, porém, a mais adequada identificação dos rótulos laxismo e rigorismo, na esfera penalística, dá-se restritamente pela maior ou menor severidade na prevenção e repressão de certas condutas”. (DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 185-186)

completamente incongruentes, assistemáticas e que não se amoldam à configuração social e a nenhum movimento ou escola específica.

Esqueça-se a realidade dos países que sofreram atentados terroristas e pense-se tão somente na realidade brasileira: seria possível rotular ou identificar em qual modelo de política criminal está hoje pautado o Direito Penal brasileiro?

A despeito dos interesses em jogo, a história do Direito Penal permite-nos uma conclusão lógica: um Direito Penal repressor e cruel antecede um novo ordenamento humanitário³⁴ e preocupado com o homem que, invariavelmente, acaba dando ensejo a outras legislações voltadas ao combate da criminalidade. Talvez isso se deva a um intenso receio em diminuir o aparato repressor do Estado, sem atentar aos princípios do razoável e do proporcional.

Veja-se o caso brasileiro em que as Ordenações do Reino motivaram o aparecimento do Código Criminal de 1830, muito influenciado pelas idéias humanitárias do Iluminismo; pouco tempo depois, o aumento da criminalidade ensejou a edição de um Código mais conservador para sua época, o Código de 1890.

Em tempos recentes, o movimento das 'Diretas Já' e a Constituição de 1988, motivaram a consagração de inúmeras garantias individuais (pensadas para os presos políticos) erigidas à categoria de cláusulas pétreas que mais tarde vieram a ser utilizadas como garantias do delinqüente organizado. Com a exploração da mídia, surgiram legislações, como a Lei de Crimes Hediondos, que deram azo ao aumento da população carcerária e que motivaram a edição de legislações aptas a diminuir a utilização da pena de prisão (como as Leis de Penas Alternativas e dos Juizados Especiais Criminais). Esse círculo vicioso vêm se constituindo em mais um elemento para justificar o atual debate sobre o endurecimento da legislação, dado o flagrante aumento da criminalidade e a omissão do Estado e das outras formas de controle social.

Tais constatações refletem o exemplo brasileiro.

O Brasil, diferentemente daqueles Estados iniciados por contratos sociais, teve

34 O movimento iluminista, no qual se destacou o marquês de BECCARIA, através do panfletário tratado 'Dos Delitos e das Penas', provocou, por exemplo, o desaparecimento das penas infamantes e cruéis, a emancipação do Direito Penal das idéias religiosas e iniciou com êxito o movimento abolicionista em relação à pena de morte.

na origem alienígena um Direito posto, oriundo de um Estado interventor. A isso se sucedeu o Estado de Bem-Estar Social e, com o aumento da complexidade da sociedade moderna, o inevitável aumento da criminalidade, fator, dentre outros, utilizado pelos militares para legitimar um golpe de Estado. Nesse ciclo, novo Estado repressor antecedeu uma Constituição aparentemente democrática, em que inúmeras garantias destinadas inicialmente a presos políticos foram alçadas ao Direito, desencadeando, nos últimos anos, a idéia da criação de novas legislações para um Estado mais policial e interventor.

Ora, é inegável que o 'pós-modernismo' configurado pela mistura e miscigenação que gerou nossa Carta Magna pretendeu atender, ao mesmo tempo, ao preso político e à criminalidade organizada. A esse respeito, MORAES Jr. faz interessante paralelo com a situação vivida pela Alemanha pós-nazismo:

Não carece ser grosseiro, apelando para o habitual *Freud explica*, para entender que a Alemanha pós-guerra, frustrada pelo colapso do *Reich de Mil Anos* que durou menos de vinte, estivesse a procurar desesperadamente o lado contrário do que teria sido o seu hino de triunfo: em lugar dos fornos crematórios para inocentes (dos quais ninguém se lembraria se a vitória não tivesse soprado para o lado errado), o perdão irrestrito para os culpados. A lengalenga era pouco mais ou menos esta: 'Quem disse que não tínhamos bons sentimentos? Eles foram eclipsados ou obliterados por um pequeno grupo. Aquelas multidões alucinadas em estádios gigantescos ou eram ilusão propagandística ou nada representavam. Na verdade, a maioria do povo germânico estava em casa – fazendo compotas? – não, alimentando judeus e/ou ciganos e/ou comunistas escondidos nos sótãos. Tanto isso é verdade que, agora, libertos do nazismo, nós podemos construir teorias extremamente caridosas e permissivas sobre o tratamento das condutas anti-sociais'.³⁵

O Estado dominador, permeado pelas súplicas de 'segurança já!' e não sabendo mais o que fazer para dar solução satisfativa à demanda de justiça penal frente ao problema da criminalidade, desencadeou um quadro que oscila entre os princípios de um movimento abolicionista penal e o rigorismo que se transmuda em lei. Isso ocorre toda vez que a criminalidade assume níveis insuportáveis ou faz vítimas com cobertura direta da imprensa.

A ineficiência do Direito em resolver tal situação e os muitos rótulos falaciosos da 'ineficiência da Justiça' fizeram surgir novas legislações que vieram remediar o problema carcerário e a insuficiência dos meios de reeducação dos presos. Trata-se de

35 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 22-23

leis que agora soltam criminosos por indultos e anistias, por despenalização de condutas, pela criação de penas alternativas à prisão, pela formatação de operadores do 'direito da pena mínima', até chegar aos 'profetas do laxismo penal'.

Como se vê, de um extremo a outro, o legislador e o Executivo agem sem qualquer suporte científico, sem qualquer estratégia ou planejamento, máxime porque nos tempos modernos a resposta deve ser 'imediate'.

Além disso, com o inevitável aumento da criminalidade, sobretudo pela ausência de políticas públicas essenciais e políticas de fiscalização penitenciária, elevaram-se os brados por um Direito mais humanitário aos presos. Aumentaram os clamores por condições dignas nas cadeias e pela reeducação dos condenados. Foram criadas legislações contemplando pretensões e anseios que, logicamente, também estão além da capacidade do Direito Penal. Mais uma vez, cresceram as frustrações.

Uma dessas equivocadas legislações criadas para maquiar a omissão do Estado (Lei nº 9.714/98) agora é usada como subterfúgio para justificar a desnecessidade da manutenção do *sursis*, instituto comprovadamente benéfico para o homem, para a sociedade e para o Estado, caso este realizasse efetivamente seu papel fiscalizador. O *sursis*, por ser mais dispendioso a um Estado que deve fiscalizar, já foi sepultado no Anteprojeto de reforma do Código Penal.³⁶

Essa inversão de valores e os novos movimentos penalísticos alheios aos limites do próprio direito de punir querem agora aduzir que o Estado não suporta a carga das causas penais que recebe para solução, sugerindo, pois, a descriminalização de condutas ou o que alguns denominam de 'Direito Penal Mágico'.³⁷ Tal Direito se baseia no princípio da insignificância, na teoria da adequação social, no princípio da oportunidade, no processo penal, na despenalização, na justiça do acordo, na desjudicialização, enfim, em mecanismos que já romperam há muito com as regras de um Direito Penal clássico pautado pela segurança da lei e das garantias penais e processuais de progênie iluminista.

Os novos paradigmas, conforme já alertado, aparentam ter aberto as portas

36 cf. art. 10: "Revogam-se os arts. 50, 77 a 82, o inciso V do art. 83 e o parágrafo único do art. 109 do Decreto-lei no 2.848, de 1940 – Código Penal, e o art. 89 da Lei no 9.099, de 1995"
37 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 221

para legitimizar a flexibilização de garantias penais e processuais.

“Não será arbitrária e, portanto, indevidamente ofensiva ao direito fundamental à liberdade a incriminação baseada numa presunção de perigo a um bem jurídico?”,³⁸ assinalam uns; outros denunciam a nova legislação laxista – “a Lei 9.099 e o Direito Penal Mágico: uma rampa ensaboada para a Letargia social”³⁹ e expressam sua indignação: “o laxismo penal tupiniquim repete, pelo prazer musical de repetir, como papagaio submisso, teorias explicáveis em outros contextos de cultura histórica, mas inexplicáveis aqui e agora.”⁴⁰

BONFIM traduz acertadamente essa interminável discussão:

O mundo contemporâneo oscila entre os princípios de um movimento abolicionista penal (Grammatica), de um Direito Penal liberal, de uma Nova Escola de Defesa Social (Marc Ancel) ao recrudescimento penalístico que se evidencia a cada vez que a criminalidade emergente assume níveis insuportáveis.

Ao lado da justiça consensuada – em que já não mais se fala em busca da verdade real, mas da verdade consensuada, do acordo – como última expressão de nosso processo penal, fortalece-se o chamado princípio da intervenção mínima, donde surgiram verdadeiras teorias do minimalismo penal, expressão buscada à *little word fashion* (já que o negócio é moda!). Menos roupa, mais elegância. Menos tecido, menor o gasto (...) (mesmo a poesia dá sinal desse *tour de force* contemporâneo, através dos minimalistas e econômicos *haikais*).⁴¹

Toda essa redundância é intencionalmente dirigida para enfatizar esse círculo vicioso já consolidado.

Tanto o discurso que se intitula *politicamente correto* (a prisão não recupera), quanto o discurso que prega *tolerância zero* (ignorando que grande parcela do aumento da criminalidade está na omissão do Poder Político e das outras esferas de controle social, e não em um Direito Penal brando), impedem o bom senso e a racionalidade que deveriam nortear o tema.

Entender que os radicalismos não apresentam solução adequada à sociedade é algo relativamente simples. Os antagonismos radicais revelam-se, no entanto, ainda mais divorciados da realidade quando apresentam propostas que ignoram as características e os novos paradigmas da sociedade moderna.

38 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 15

39 DIP; MORAES Jr., op. cit., p. 221

40 Ibid., p. 22-23

41 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 95

O resultado desse conjunto de mudanças no âmbito do controle penal da modernidade, conforme acentua AZEVEDO, ainda não está de todo claro, e é muitas vezes paradoxal e ambíguo: “De um lado, não se pode negar uma ampliação das possibilidades de controle por parte do Estado. De outro, a complexidade do contexto social em que operam os mecanismos de controle, e as dificuldades de gerenciamento do próprio aparato punitivo, são de tal ordem que cada vez mais se torna fictícia a idéia de um monopólio dos meios de violência legítima por parte do mesmo, assim como se reforçam as características de seletividade do sistema e a impunidade para a maioria dos delitos”.⁴²

Enfim, como expressa BONFIM, “prisão-retribuição, penas alternativas, caráter correccional da reprimenda e princípio retributivo, criminalização primária e descriminalização, ‘direito penal liberal’ e ‘movimento da lei e da ordem’, deverão ‘sentar-se à mesa da política criminal’ para fazer render *pro societate*, sem apriorísticos pré-julgamentos”.⁴³ Isso porque, como ele bem sentencia “as verdades absolutas e as interpretações unilaterais da vida que há um século anunciavam a revolução do homem, hoje não são mais que lembranças doces das vias cordianas”.⁴⁴

Com efeito, bandeiras não podem representar certificados de isenção do dever de pensar e, nesse esteio, vale o bom senso de HUNGRIA: “Nem escravos, nem déspotas. Nem o Estado exclusivamente para o indivíduo, nem o indivíduo exclusivamente para o Estado, mas ambos para a conquista e promoção do autêntico bem de cada um e de todos, o que em última análise, é a própria finalidade do direito”.⁴⁵ Ou ainda, no dizer de CONDE e HASSEMER:

*Un Derecho penal terrorista embrutece también a los demás procesos de socialización (y a la inversa). Un sistema demasiado permisivo, que no imponga y afirme sus normas seriamente, desplaza la solución del problema a otros sistemas de control social, favoreciendo el surgimiento de instancias de control social privado, es decir, de una justicia particular que imponga sus propias normas, sanciones y procedimientos.*⁴⁶

42 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100006&script=sci_arttext&tlng=pt, Acesso em 27 jul. 2005

43 BONFIM, **Direito Penal...**, p. 92-93

44 Id.

45 HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. v. I, Tomo 1º, arts. 1 a 10, p. 22

46 CONDE, Francisco Munõz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, p. 325

Esquecendo-se desses ensinamentos, alguns, em nome de uma alardeada 'liberdade do cidadão' criticam de antemão a possibilidade de um 'Direito Penal do Inimigo', sem pensar que ele já existe e, à sorrelfa, vem adentrando nos sistemas penais de todo o mundo; outros, sob o argumento da 'segurança irrestrita da sociedade', esquecem-se que um 'Direito Penal do Inimigo' sem racionalidade e limites conduziria à tirania e à supressão da liberdade dos indivíduos.

No entanto, a busca do equilíbrio – de uma política criminal *pro societate*, moldada pelo bom senso e racionalmente apta a analisar a legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' - somente se inicia com o conhecimento desse contexto contemporâneo: o do mundo pós-moderno, pós-industrial e (pseudo) globalizado. Fugir ao debate ou procurar deslegitimar a concepção de JAKOBS com simples menção de princípios e interesses tutelados pela Constituição aparenta ser, como se verá, inócuo.

4. BALANCEAMENTO DE INTERESSES

O caminho para resolver a dialética que ora se apresenta não é tão simples. A princípio seria mais cômodo e 'politicamente correto'⁴⁷ justificar a completa impossibilidade constitucional de um Direito Penal de terceira velocidade.

Ocorre que este caminho impede uma solução realista (eis que ainda persistirão demandas de enfrentamento desse novo tipo de criminalidade) e, além disso, obsta perceber que à revelia do caloroso debate acadêmico, novas leis de emergência continuarão a ser criadas, ocultando e maquiando as omissões do Estado e das demais esferas de controle social.

E não é só. Ainda que se busque a resposta para a ilegitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' na hermenêutica, o caminho também não é tão singelo.

GOMES e CERVINI alertaram que “uma coisa é o político-criminalmente

⁴⁷DIP, Ricardo; MORAES Jr.; Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002

‘desejado’, outra bem diferente é o jurídico-constitucionalmente possível”.⁴⁸ Outra grande parte da doutrina, pautada pelo sistema garantista de FERRAJOLI, enumera diversos princípios e garantias (implícitos ou explícitos) que deveriam ser respeitados em um Estado Constitucional de Direito.⁴⁹

De outra parte, QUEIROZ, com astúcia, parece constatar que a questão não representa simples fórmula matemática:

E se a Constituição Federal, alfa e ômega do ordenamento jurídico e, pois, o começo e fim da atividade judicial (e doutrinária), não estabelece fórmulas matemáticas para solução dos casos penais, declarando, simplesmente, em termos gerais e abstratos, o que os seus intérpretes não podem fazer, mas não o que podem – limites essencialmente “negativos de atuação” -, força é convir que o juiz e o doutrinador dispõem, conseqüentemente, de ampla liberdade de argumentar jurídica e validamente.⁵⁰

É acertado afirmar, como o fazem SHECARIA e CORRÊA Jr., que “o reconhecimento de uma hierarquia de importância entre os direitos fundamentais, bem como da existência de valores supremos na Constituição, poderia gerar maior racionalidade no sistema punitivo”.⁵¹ Contudo, inexistindo tal fórmula mágica, como resolver questões de ponderação de interesses, ainda mais com relativização da verdade hermenêutica?

Como bem acentua FERRAZ Jr., “a hermenêutica não elimina as contradições, mas as torna suportáveis”.⁵² O autor acentua ainda mais a problemática, descortinando a questão da verdadeira interpretação: “a interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de

48 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 44

49 FERRAJOLI enumera os princípios da seguinte forma: “1) princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, p. 74-75)

50 QUEIROZ, Paulo de Souza. **É Realmente possível distinguir Direito Penal de Política Criminal?**, Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_penal.htm>, Acesso em 27 jul. 2005

51 SHECARIA, Sérgio Salomão. CORRÊA Jr., Alceu. **Teoria da pena. Finalidades, Direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56

52 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 309

violência simbólica”.⁵³

Se a verdadeira interpretação depende, grosso modo, da habilidade comunicativa, como encontrar a verdade na defesa da liberdade ou da vida, na dignidade da pessoa humana ou na segurança dos cidadãos? Enfim, tudo depende da boa persuasão, do contexto e da decisão política.

Liberdade do acusado de um lado e vida das potenciais vítimas de outro; princípio da dignidade da pessoa humana no trato do ‘inimigo’ e direito da coletividade à segurança. Enfrentar conflitos desta natureza implica ponderação de interesses, questão altamente debatida entre constitucionalistas contemporâneos.

LARENZ, por exemplo, aduz que esses conflitos devem ser enfrentados “mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis”.⁵⁴

Como se vê, não é o caso de afirmação de uma verdade, o que torna impossível matematizar a questão. O próprio LARENZ, aliás, salienta que o recurso a uma ‘ponderação de bens no caso concreto’ decorre, na verdade, da inexistência de uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que se possa ler o resultado como numa tabela.⁵⁵ E, ademais, ilustra a colocação da seguinte forma:

Se se procura justificar as duas exigências (liberdade do indivíduo e interesses da comunidade), igualmente legítimas num Estado de Direito, a solução, ‘em cada caso só pode achar-se na ponderação cuidadosa da importância dos interesses opostos entre si e possivelmente diretamente contraditórios’. Se continua a defender-se a este respeito que ‘segundo a concepção global da Lei Fundamental, a personalidade humana livre é o valor supremo, pelo que tem de ficar garantidas a maior liberdade possível também na escolha da profissão’, resulta então que esta liberdade ‘só pode ser restringida na medida em que isso é indispensável para o bem comum.’⁵⁶

Nesta longa discussão, ressalta CAVALCANTI, surge o que FERRAZ Jr. denomina ‘neutralização dos valores pela ideologia’: “se é certo que a liberdade é um valor, também é correto afirmar que, em certos discursos dogmáticos, essa liberdade

53 Ibid., p. 283

54 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575-576

55 Id.

56 Ibid., p. 577

passa a ter conteúdo liberal, conservador, fascista, comunista, entre outros”,⁵⁷ Obviamente, essa assertiva, por si só, não resolve a questão da legitimidade constitucional de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

Em casos excepcionais, aliás, DWORKIN justifica como se deve dar o aproveitamento de uma regra em detrimento temporário de outra:

Quando dois princípios entram em colisão, tendo um que ceder em face do outro, isto não significa que o princípio afastado será declarado inválido. Esta relação de precedência ressalta o aspecto de que, diante de determinadas situações, o princípio A preceder o princípio B e, ao revés, sendo observadas outras situações, passa o princípio B a preceder o princípio A.⁵⁸

DWORKIN, sob o mesmo prisma, acentua que “conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão do peso”.⁵⁹

Como se vê, não basta neste contexto de modernidade, que propugna por fórmulas racionais para enfrentar a criminalidade organizada e o terrorismo, uma simples afirmação ou construção de um modelo de princípios constitucionais para que a anunciada verdade alcance consenso. Aliás, o consenso já não é natural no mundo acadêmico, quanto mais na opinião pública.

BOBBIO recorda uma polêmica similar sobre o grande contraste histórico que dividiu os seguidores das duas ideologias dominantes há mais de um século - liberalismo e socialismo: “nenhum dos dois ideais pode ser realizado em suas extremas conseqüências sem alguma limitação às possibilidades de realização do outro”.⁶⁰ E ilustra:

O exemplo mais evidente é o contraste entre o ideal da liberdade e o ideal da ordem. Não se pode deixar de reconhecer que a ordem é um bem comum a todas as sociedades, tanto que o termo contrário ‘desordem’ tem uma conotação negativa semelhante à de ‘opressão’, contrário de ‘liberdade’, e de ‘desigualdade’, contrário de

57 CAVALCANTI, op.cit., p. 95

58 Ibid., p. 271-272

59 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, Trad. Nelson Boeira, 2002, p. 439; no mesmo sentido: ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2ª ed. Madri: Gedisa, 2004, passim; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 204

60 BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Unesp. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 1995, p. 112-113

‘igualdade’. Mas a experiência histórica e a experiência cotidiana nos ensinam que ‘ordem’ e ‘liberdade’ são dois bens em contraste entre si, tanto que uma boa convivência somente pode ser fundada sobre um compromisso entre um e outro, de modo a evitar o limite extremo ou do Estado totalitário ou da anarquia.⁶¹

HASSEMER, também tratando da dogmática da ponderação de bens, ilustra com os recentes exemplos: *“la renuncia a la persecución penal o la punición del llamado ‘testigo de la corona’ em el ámbito del terrorismo, en vistas de un apremiante ‘estado de necesidad de investigación’; una ‘pena sobre las ganancias’ contra traficantes de drogas – desconocida em los demás casos de nuestro derecho penal; la valoración de notas privadas sólo em la criminalidad grave”*.⁶² E, por fim, o próprio autor legitima tal raciocínio, aduzindo que

*el mecanismo es transparente: el método de la ponderación de bienes legítima, en horas de necesidad, la injerencia em derechos y principios que, si no, rigen como fundamento de nuestra cultura jurídica: principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, in dúbio pro reo, protección del ámbito íntimo de la persona. El sistema penal eleva su eficiencia prescindiendo parcialmente de la sujeción a sus principios y es puesto a disposición como um instrumento fuerte.*⁶³

4.1. Relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos

Tratar de ponderação de princípios, regras ou interesses dispostos constitucionalmente implica reconhecer a relatividade dos mesmos. Se, para alguns, isso representa um discurso ‘politicamente incorreto’, ao menos traz a vantagem de uma solução realista e divorciada dos extremismos.

GRECO FILHO leciona que “o Direito talvez cronologicamente coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana” e conclui, afirmando que “toda ordem jurídica não teria sentido se não tivesse por fim ou conteúdo a realização desses valores”.⁶⁴

No entanto, qual seria a atual formatação da sociedade? Os valores que

61 Id.

62 HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy – Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Buenos Aires: Ad-Hoc, Trad. Patricia S. Ziffer, 2003, p. 63-64

63 Ibid., p. 64

64 GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 08-09

pautaram o modelo de Direito Penal clássico ainda são absolutos ou, ao contrário, tiveram seus contornos modificados e passaram a conviver com outros?

Está se tornando evidente que as garantias e os princípios utilizados pela doutrina quase como uma cartilha - necessidade, proporcionalidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, taxatividade, anterioridade, ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade -,⁶⁵ soam como mero discurso acadêmico e inócuo frente às posturas adotadas pelos Estados para enfrentamento da criminalidade contemporânea.

Não bastasse isto, boa parte da Doutrina parece se olvidar, quando trata do tema, que a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente disciplina em seu art. 29 que:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Além disso, o art. 27 do *Pacto de San José*, do qual, *v.g.*, o Brasil é signatário - diploma tantas vezes citado para fundamentar críticas a violações de direitos humanos - admite a possibilidade de suspensão de garantias individuais em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do próprio Estado.

Ainda na mesma esteira, poder-se-ia recordar que a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1795 proclama, em seu art. 6º, que “aquele que viola abertamente as leis declara-se em estado de guerra contra a sociedade”. Com arrimo em MORAES Jr., ainda é possível recordar que a mesma Declaração inclui a segurança entre os direitos naturais e imprescritíveis do

65 GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais do Século XXI, v. 6, 2002, p. 32-33

homem ao lado da liberdade (art. 2º). Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793 “não apenas reitera a congenialidade e a imprescritibilidade do direito à segurança, como ainda esclarece que ela ‘consiste na proteção, concedida pela sociedade a cada um de seus membros, para a conservação de suas propriedades’ (arts. 2º e 8º)”.⁶⁶

Em verdade, é preciso reconhecer, com respaldo na antiga lição de BENTO DE FARIA, que não há, nem pode haver, direitos absolutos: “tais conceitos, portanto, não malferem a *liberdade* que, mais do que qualquer outro, para não degenerar na consagração ou tolerância de abusos, ofensivos das seguranças do regime e do respeito as suas leis, os quais dissolvem os costumes e afugentam o escrúpulo, é justamente o direito que exige a mais cuidada fiscalização e o mais perfeito policiamento”.⁶⁷

O tão festejado ASÚA, por sua vez, também ressalta que “se a liberdade fosse um valor por si somente, admitiria a maximização: quanto mais liberdade, maiores bens. E basta fazer mentalmente o ensaio, para convencer-se de que a liberdade levada a tais extremos cairia em libertinagem. (...) Não se deve esquecer isto quando se constrói o Direito Penal do futuro. Durante o tempo que, e posto que a liberdade não é um valor em si, senão que persegue um fim, teremos que proclamar que não há liberdade contra a liberdade, e que o Estado tem direito de defender-se”.⁶⁸

De igual modo, enfrentando a problemática questão da ‘colisão de direitos’, argumenta PEREIRA DE FARIAS:

Conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão de direito e, sob determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Tudo parece, conforme já ilustrado por FERRAZ Jr., uma simples questão de

66 DIP; MORAES Jr., op.cit., p. 16

67 BENTO DE FARIA, Antonio. **Código Penal Brasileiro (Comentado)**. Rio de Janeiro: Record, v. I, 1961, p. 11

68 ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990, p. 73

69 PEREIRA DE FARIAS, Edilson. **Colisão de direitos**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2000, p. 64-65

hermenêutica, onde a verdade depende da habilidade do emissor da mensagem.

Aliás, a própria Suprema Corte brasileira já decidiu que direitos humanos fundamentais, entre eles as garantias e os direitos individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não poderiam ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito.⁷⁰

A relatividade e a limitação de direitos, em determinados casos, representam, em última instância, o que a doutrina denominou de ‘Princípio da convivência das liberdades públicas’.⁷¹

MORAES, explicitando tal teoria, aduz que “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.⁷²

Tal discussão está tão em voga, que bastaria recordar recente debate promovido pelo jornal Folha de São Paulo, edição de 16/07/2005, no tópico “TENDÊNCIAS/DEBATES”, onde fora colocada a seguinte questão: “No combate ao terrorismo, liberdades individuais podem sofrer restrições?”

O mesmo MORAES, na ocasião, defendia a possibilidade de relativização de garantias constitucionais em casos excepcionais, aduzindo que

a restrição é ato anormal, que demonstra a situação crítica em que se acha a sociedade e a necessidade de meios incomuns, porém institucionais, para o retorno à normalidade, sendo circunscrita aos princípios da necessidade e da temporariedade. Mas falar em restrição não significa falar em extinção, não é eliminação, não é abuso ou arbitrariedade, sendo absolutamente vedada a supressão de todos os direitos individuais, sob pena de tirania ou anarquia, pois não há como suprimir, em hipótese alguma, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de consciência e

70 STJ – 6a T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Aciole – Ementário, 08/721 (RT-STF 709/418)

71 CAMARGO ARANHA, por sua vez, denominou de ‘teoria do interesse preponderante’ (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. **Da Prova no Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 56)

72 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 57-58; no mesmo sentido: LAVIÉ, Quiroga. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123)

religião, à honra, ao acesso ao Judiciário, entre outros, pois, na lição de Rui Barbosa, esse regime é extraordinário, porém não arbitrário, é de exceção, "mas de exceção circunscrita pelo direito constitucional, submetida à vigilância das autoridades constitucionais".⁷³

De outra parte, DALLARI defendeu postura negativa, aduzindo que não existe "nenhuma justificativa para os atos terroristas, seja qual for o pretexto dos criminosos, pois nenhum objetivo nobre, como a conquista da independência ou da democracia, pode servir de cobertura para a prática de crimes planejados e executados com frieza e crueldade". Além disso, afirmou que o que se revela "um grande risco para a humanidade é a reação exagerada, uma espécie de terrorismo de encontro, espalhando temor e insegurança, tratando a todos como terroristas em potencial, fazendo, em última análise, o que parece ser o objetivo dos terroristas, que é a criação de um ambiente de terror".⁷⁴

Salientou, ainda que a questão

foi objeto de intensa discussão em uma reunião promovida pela Comissão Internacional de Juristas e realizada em Berlim, em agosto de 2004. Durante três dias, estiveram reunidos juristas de diferentes partes do mundo, inclusive do Brasil, discutindo precisamente a ameaça do terrorismo e como combatê-lo, sendo certo que fora aprovado um documento intitulado 'Declaração de Berlim sobre a Defesa dos Direitos Humanos e do Estado de Direito na Luta Contra o Terrorismo', contendo observações que, embora elaboradas numa reunião de juristas, dirigem-se a toda a humanidade.⁷⁵

É interessante, contudo, ressaltar que o próprio DALLARI que, por ocasião do debate posicionara-se contrário à relativização de garantias, manifestou-se a respeito da liberdade com outro viés:

O problema, como se vê, não é de maior ou menor quantidade de liberdade, mas é de qualidade de liberdade. A concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente egoísta, pois desligou o indivíduo de compromissos sociais e, por isso mesmo, deu margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, pois cada um vivia isolado na sua liberdade, procurando obter o máximo proveito para si.⁷⁶

Assim, antes de mera interpretação constitucional, a falta de racionalismo,

73 DALLARI, Dalmo de Abreu; MORAES, Alexandre de. **No combate ao terrorismo, liberdades individuais podem sofrer restrições?** Folha de São Paulo, 16 jul. 2005, 'Tendências/Debates'

74 Id.

75 Id.

76 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 257-258

equilíbrio e bom senso parece ser o grande desafio da atualidade. Veja-se, por exemplo, o paradoxo que se evidencia no combate ao terrorismo em todo o mundo: se um dos maiores objetivos da ação contra o terror é preservar as liberdades individuais das sociedades ocidentais, como seria possível restringir as liberdades que se tentam proteger dos ataques protagonizados pelos terroristas. Aliás, o tema é tão polêmico que mais de 170 Chefes de Estado e de Governo se reuniram na Cúpula Mundial da ONU, entre 14 e 16 de setembro de 2005, para abordar temas, como a promoção dos direitos humanos e as formas de combate ao terrorismo.

Portanto, o que parece ser simples linguagem retórica, evidencia, na verdade, os extremismos que ainda imperam, seja no mundo acadêmico, seja na prática legislativa.

4.2. Princípio da proporcionalidade

Enfrentar a legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' pressupõe, portanto, compreender que o debate é permeado pela eleição de políticas criminais que, ao menos perante a opinião pública, podem se justificar como um adequado balanceamento de interesses no qual se respaldaria, ainda que excepcional e transitoriamente, a relativização de garantias penais e processuais.

Além disso, seria irreal não reconhecer que o Princípio da Proporcionalidade também pode e é utilizado em situações problemáticas como estas.

BIANCHINI descrevera tal princípio como subprincípio da necessidade, aduzindo que ele “deriva da força normativa dos direitos fundamentais, e, portanto, o legislador deve observá-lo na regulação das medidas limitativas de ditos direitos, restringindo-os unicamente quando as ingerências sejam idôneas, necessárias e proporcionadas em relação com a persecução de fins constitucionalmente legítimos”.⁷⁷

BARROS, contudo, atribui-lhe um contorno mais amplo ao explicar que “... o

⁷⁷ BIANCHINI ilustra um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade ocorrido no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual o STF suspendeu, por liminar, os efeitos da Medida Provisória n. 2.045/2000 que proibia o registro de armas de fogo, por considerar não haver proporcionalidade entre os custos sociais, como desemprego e perda de arrecadação tributária, e os benefícios que compensassem o sacrifício (ADInMC 2.290-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18-10-2000, Informativo STF, n. 16, de 20-10-2000, n. 207, p. 1, *apud* BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, v. 7, 2002, p. 84)

princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título”.⁷⁸

CAVALCANTI, por sua vez, leciona que tal princípio, advindo do Direito Administrativo e criado para limitar a arbitrariedade do Poder Executivo, teria ingressado no Direito Penal através de BECCARIA, mas que somente a partir do século XX, precisamente na Alemanha, o princípio ganhara fundamento constitucional.⁷⁹

Já com este amplo e moderno contorno, BARROS afirma que, entendida como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação pautada na proporcionalidade traduziria a exigência de que os meios adotados fossem apropriados à consecução dos objetivos pretendidos:

O pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.⁸⁰

MARIANO DA SILVA, de sua parte, salienta que essa moderna concepção fora efetivamente desenvolvida na Alemanha, exemplificando o tema com uma paradigmática decisão da Corte Constitucional germânica, proferida em 16/03/1971:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.⁸¹

Ainda sobre o assunto, MARIANO DA SILVA ressalta o ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, segundo a qual,

a teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com a infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por

78 BARROS, op. cit., p. 30

79 CAVALCANTI, op.cit., p. 317-318

80 BARROS, op.cit., p. 214

81 MARIANO DA SILVA, César Dario. **Provas ilícitas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21-22

outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.⁸²

Assim, o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para se aferir qual deverá prevalecer em determinado caso, sendo, portanto, possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia, quando houver preponderância destes últimos.

Provas de que tal discussão não é mero retrato do 'mundo acadêmico' são fornecidas por importantes posicionamentos firmados pela Jurisprudência pátria. O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁸³ entendeu, por exemplo, que “havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda a interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”. Em outra oportunidade, decidiu que “a livre manifestação do pensamento, o livre exercício de cultos religiosos, a inviolabilidade da casa, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, apenas para se dar alguns exemplos, são direitos constitucionais que encontram limitações e que não podem ser tão amplamente exercidos”.⁸⁴

Já o Superior Tribunal de Justiça,⁸⁵ acatando o princípio da proporcionalidade, decidiu que a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal não tem caráter absoluto.

Assim, com arrimo em MARIANO DA SILVA, forçoso reconhecer que todo direito, por mais valioso que seja, encontra limites em outros direitos de igual ou superior valia:

Mesmo o direito à vida, que é o maior consagrado em nossa Constituição, cede em face do mesmo direito. Tanto isso é verdade que o Código Penal, em seu artigo 23, enumera algumas excludentes de antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código.

82 Id.

83 TJSP, Apelação Criminal n° 185.901-3-Indaiatuba, 3ª Câmara Criminal, Rel. Segurado Braz, vu, 30.10.95

84 TJSP, Apelação Criminal n° 177.130-3-Ribeirão Preto, 5ª Câmara Criminal, Rel. Christiano Kuntz, vu, 27.04.95.

85 STJ, HC n°3982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, vu, DJU 26.02.96

Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais.⁸⁶

O próprio Supremo Tribunal Federal, aliás, ilustra o quão difícil é o trato do tema e que, a rigor, nenhum direito é absoluto. Embora tenha entendido que “no Estado de Direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos”,⁸⁷ esse Tribunal já decidiu que para o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes, deve ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade “em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável”⁸⁸.

Além disso, já explicitamente reconheceu que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁸⁹

Trata-se, pois, de compreender o retrato da modernidade, em que os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que acentuam o

86 MARIANO DA SILVA, *op.cit.*, p. 21-22

87 STF, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04

88 STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03

89 STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/00; No mesmo sentido sobre a colidência de interesses e necessária ponderação: "As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica." (HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04); "Delação anônima. (...) A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. (...) O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito". (MS 24.369, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/10/02)

princípio da igualdade, deram espaço aos direitos de terceira geração. Estes últimos que “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade”.⁹⁰

Enfim, como leciona BACIGALUPO, o princípio da proporcionalidade tem também transcendência na medida em que o Direito Penal constitui uma limitação de direitos fundamentais: “*entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado*”.⁹¹

5. MODELOS DE ESTADO E DIREITO PENAL

A legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’, ademais, não pode ser questionada ou simplesmente criticada sem se atentar para os modelos de Estado e políticas criminais que justamente buscam preservá-los.

Neste aspecto, acertadamente observou BATISTA que há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal, “de sorte que o conhecimento dos primeiros, não através de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros jurídicos, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos”.⁹² RAMÍREZ, de sua parte, especifica a idéia, traçando a íntima ligação da pena com o Estado.⁹³

Com efeito, o Direito Penal, seja qual for a sua época e local de vigência, tem sempre por objetivo a preservação do modelo de Estado adotado e, conseqüentemente, dos ‘bens’ que lhe são mais importantes e essenciais: “o modelo de Estado a se preservar é que implicará um direito penal mais ou menos comprometido

90 STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95

91 BACIGALUPO, Enrique. **Justicia Penal y Derechos Fundamentales**. Barcelona: Marcial Pons, Monografias Jurídicas, 2002, p. 94

92 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22-23

93 RAMÍREZ, Juan Bustos. **Bases Críticas de um Nuevo Derecho Penal**. Bogotá: Editorial Temis, 1982, passim

com os direitos e liberdades individuais, com os valores efetivamente relevantes e com a sua própria legitimação”.⁹⁴

SHECARIA e CORRÊA Jr., nesse esteio, argumentam que “se se trata de um Estado Social e Democrático de Direito, que representa a fusão entre o Estado liberal e o Estado social, a que se acrescenta uma terceira característica – a democracia –, não há cogitar de sanção penal desregrada, arbitrária, sem limites”.⁹⁵

Contudo, tal assertiva aparenta estar levemente divorciada da realidade, máxime em um país periférico e subdesenvolvido como o Brasil, cujo exemplo democrático já fora utilizado por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA⁹⁶ para assinalar que “a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido”.

Demonstrando identificar a realidade, JAKOBS, em uma conferência proferida em outubro de 2004 em Bogotá, concluiu: “*La democracia debe conservar sus fundamentos; ella vive de requisitos concretos*”. O ajuste dos indivíduos à normatividade, segundo sua concepção, seria um deles e, justamente por isso, a ausência desse ajuste revelaria uma ameaça à própria Democracia.⁹⁷

Neste diapasão, questionava JAKOBS: quando se trata de democracias ameaçadas por indivíduos que, em seu comportamento e de maneira regular e permanente, não assumem nem respeitam nenhuma regra fundamental do Direito, pode o Estado reagir com base na própria normatividade?⁹⁸

É justamente nesse aspecto que sua regular dogmática pautada em LUHMANN deu lugar à polêmica criminal da modernidade: é possível o enfrentamento da criminalidade moderna sem uma política criminal que ao menos se assemelhe ao ‘Direito Penal do Inimigo’?

Repita-se: ao incorporar os princípios do Estado Liberal e do Estado Social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas renovaram as garantias individuais, mas introduziram uma série de normas destinadas a tornar concretas a liberdade e a igualdade dos cidadãos. Desse modo, passaram a tutelar valores de interesse geral,

94 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 19

95 SHECARIA; CORRÊA Jr., op.cit., p. 8-9

96 *apud* COMPARATO, Fábio Konder. **Democracia direta já!** Folha de São Paulo, 05 ago.2005, ‘Tendências/Debates’

97 APONTE, ¿**Derecho Penal de Enemigos o...**, p. 50

98 *Ibid.*, p. 50

como os pertinentes ao trabalho, à saúde, à assistência social, à atividade econômica, ao meio ambiente, à educação, à cultura, etc.

Como bem acentua LUISI, se “de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais”, “de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado”.⁹⁹

Com isso, lembra o autor, o Estado Social criou sérias dificuldades para o funcionamento do próprio Estado:

... acentuou-se a presença do Estado, e limitou-se a liberdade do cidadão, onerando-o com uma série de encargos e deveres. E isto importou na necessidade da edição de numerosas leis para disciplinar esta nova realidade. Face esta nova realidade, ou seja, a exigência de uma produção legislativa rápida e quantitativamente de vulto, vem se operando uma distorção na estrutura de poderes do Estado. A rigor, atualmente o grande legislador não é mais o legislativo, mas os outros poderes, mormente o executivo.¹⁰⁰

Em outros termos, o advento do Estado de Bem-Estar Social transformou a visão procedimentalista do Direito em visão veementemente substancialista, ensejando o reconhecimento de inúmeras e diferentes novas demandas. Essas novas demandas se devem à legitimação do Direito para novos conflitos, à flexibilização dos conceitos jurídicos e, em conseqüência, à criação de inevitável instabilidade interna do sistema jurídico e insegurança aos destinatários das normas.

Nesse esteio, se o Estado Liberal tinha como corolário a busca de garantias formais ao indivíduo pelo Estado de Direito, implicando, na seara penal, em programas de descriminalização e redução da intervenção punitiva estatal, a mudança de paradigmas trazida pelo Estado Social Democrático (que representa a junção daqueles modelos) mostrou-se inevitável. É óbvio que tal fato não pode ser desprezado na discussão acerca da necessidade, legitimidade e inevitabilidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’.

SÁNCHEZ realça essa mudança de paradigmas, ao afirmar que “a pretensão

99 LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 12
100 Ibid., p. 120-121

de harmonizar um Estado máximo e um Direito Penal mínimo constitui uma '*contradictio in terminis*'. (...) A insegurança em relação à percepção dos benefícios (meio ambiente, terrorismo, consumo etc e não somente educação, saúde, saneamento básico, etc.) provenientes direta ou indiretamente do Estado conduz a que se promova a instrumentalização do Direito Penal para (intencionalmente) garanti-las".¹⁰¹

Por tudo isso, cogitar-se de um Direito Penal mínimo somente seria possível no marco de um Estado mínimo, no dizer de SÁNCHEZ.¹⁰²

Em suma, com arrimo em FERRAJOLI, o problema da legitimação ou justificação do Direito Penal e, especificamente, de um 'Direito Penal do Inimigo' é bem mais complexo do que simples discussão ou interpretação da Constituição Federal: "ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio".¹⁰³

5.1. Omissões do poder público

Ao se questionar a própria legitimidade do Estado, seja sua forma de atuar ou sua omissão, compreende-se que a origem da adoção de uma política criminal de emergência traduz a inapetência estatal.

ROSA, nesse aspecto, aduz:

Se é discutível o Direito Penal do inimigo quanto à sua essência, maior apreensão deve causar a inevitável inclinação de um Estado impotente a lançar mão dessa via extraordinária para realizar a disciplina que não consegue regular. O Direito Penal não soluciona problemas sociais, mas resulta de valores agregados à cultura resultante da complexidade das relações humanas. Logo, utilizar-se do Direito Penal com fins políticos ou administrativos implica o desvirtuamento da solução, com conseqüências desastrosas no núcleo do Estado de Direito: a liberdade.¹⁰⁴

Sob esse mesmo prisma, aliás, IHERING já alertara há algum tempo que

101 SÁNCHEZ, *A Expansão...*, p. 53-54, nota 96

102 Id.

103 FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 168

104 ROSA, Fábio Bittencourt da. *Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo*. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,67,0,0,1,0>>, Acesso em 25 jul. 2005

“quando o arbítrio e a ilegalidade se aventuram audaciosamente a levantar a cabeça, é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a lei não cumpriram o seu dever”.¹⁰⁵

BIANCHINI também ressalta que a adoção de determinadas políticas criminais destinadas a acalmar uma demanda social, na realidade, desobriga o Estado de compor programas estruturais de política social: “criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito”.¹⁰⁶

Trata-se do ‘Direito Penal simbólico’, tema aqui já tratado e que NEVES chamou de ‘legislação-álibi’. Tal legislação não passa de uma “tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos”.¹⁰⁷

A advertência de se esquecer dos efetivos limites operativos de um dos meios de controle social como o Direito Penal, já era, aliás, feita por LYRA: “o legislador não é responsável pelas tarefas do poder judiciário e do poder executivo, tanto vale dizer a aplicação das normas e o aparelhamento carcerário e assistencial para a execução das penas e medidas de segurança”.¹⁰⁸ A verdadeira prevenção da criminalidade, dizia ele, “é a justa e efetiva distribuição do trabalho, da cultura, da saúde, é a participação de todos nos bens da sociedade, é a Justiça Social”.¹⁰⁹

Pode-se resumir tais lições com as taxativas reflexões de DOTTI:

O Estado não cumpre as leis criminais que promulga; O Estado não oferece um sistema carcerário minimamente eficiente para manter, tratar e recuperar o preso; O Estado não tem polícia criminal, educacional, de saúde pública ou de assistência aos excluídos; O Estado permite que os seus agentes integrem o crime organizado ou por ele sejam corrompidos; O Estado é negligente ao desconsiderar a realidade nacional e os dados científicos das ciências penais e sociais para elaborar uma competente Política Criminal e Penitenciária de médio e longo prazo; O Estado, em nenhuma de

105 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41

106 BIANCHINI, op. cit., p.123

107 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 39

108 LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. 2ª ed. Rio Janeiro: José Konfino, 1977, p. 56-57

109 LYRA, **Novíssimas Escolas Penais**. Rio Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 364

suas instâncias (Legislativa, Executiva ou Judiciária), pode tributar ainda mais o cidadão para confiscar-lhe, agora, não mais os valores pecuniários, porém os mais elementares direitos para uma vida digna de ser vivida.¹¹⁰

Ainda  o Direito Penal possa tipificar eticamente a sociedade, parece evidente que ele não se presta, por si só, a transformações sociais. Além das fundamentais políticas públicas não efetivadas pelo Estado, o controle social também deve ser exercido pela família, pela educação, pela medicina, pela religião, por entidades civis, pela imprensa, pela ciência, etc.

CONDE e HASSEMER sintetizam assim a questão:

Las posibilidades que tiene el Derecho penal de alcanzar las metas preventivas generales residen, pues, en gran parte, en la relación que tiene con otros procesos y sectores del control social. Con mayor energía y con mayor publicidad que otras instancias de enculturación y socialización, el sistema jurídico-penal, a través de la conminación penal y la ejecución de la pena, afirma y asegura las normas que en cada sociedad respectiva se consideran indispensables. Pero estas normas no son del dominio exclusivo del Derecho penal.¹¹¹

Justamente por isso, reitera CONDE, é inquestionável que a função motivadora da norma penal só pode ser eficaz se precedida ou acompanhada da função motivadora de outras instâncias de controle social:

Um direito penal sem esta base social prévia seria tão ineficaz como insuportável, e ficaria vazio de conteúdo ou constituiria a típica expressão de um direito penal puramente repressivo que só teria eficácia como instrumento de terror. Também a função motivadora emanada de outras instâncias de controle social seria ineficaz se não fora confirmada e assegurada, em última instância, pela função motivadora da norma penal. Os modelos de sociedade atualmente existente não têm podido renunciar, todavia, a esta instância formal de controle social que é o direito penal.¹¹²

Não bastasse isto, APONTE recorda JAKOBS para apresentar outro perigo que se constata da omissão estatal e das demais esferas de controle, ou seja, a confusão entre política criminal e política de segurança pública:

A pretensão de segurança – em suas diferentes variáveis e mais tratando-se de aquelas afirmadas de maneira puramente ideológica – não significa na prática a pretensão de afirmação do direito: *‘es más, como se ve en la práctica y esto puede*

110 DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 47-48

111 CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, p. 325

112 CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005, p..26

explicar por qué JAKOBS se refiere en el último tiempo de manera tan crítica a Guantánamo, la pretensión de seguridad puede ponerse precisamente en contra el derecho'. Neste sentido se pode entender que o autor sustenta que o fim alcançado pela pena nestas circunstâncias não é tanto a prevenção do direito, senão a mera 'provisión de seguridad'.¹¹³

Em qualquer caso e, especialmente, em países periféricos como o Brasil, diz APONTE, “as políticas de segurança logram absorver as políticas de ação social; inclusive, e de maneira especial, logram absorver a política criminal (...)”.¹¹⁴

Em suma, sentencia QUEIROZ, “a norma penal, pois, não é o começo da socialização, mas a sua culminação”.¹¹⁵

5.2. Os limites operativos do Direito Penal

Ignorar as considerações a respeito das omissões do Poder Público é querer ocultar o maior responsável pela adoção de políticas criminais de emergência, ainda que se ressalve que em determinadas hipóteses, elas sejam inevitáveis. Outrossim, como bem acentuam GOMES e BIANCHINI, “exigir ou supor que esse meio de controle social (o Direito Penal) possa cumprir outras funções, para além do que sua capacidade natural permite, pode significar a exacerbação do seu papel simbólico, com o grave risco de perda de suas reais funções”.¹¹⁶

SILVA FRANCO, aliás, parece traduzir muito bem os efeitos, máxime ao Poder Judiciário, da completa falta de percepção para os limites do Direito Penal:

No Estado de Direito, Juiz Penal não é policial de trânsito, não é vigia de esquina, não é zelador do patrimônio alheio, não é guarda do sossego de cada um. Não é sentinela do Estado. Ele não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade, a criminalidade agressiva e ousada. O Estado verdadeiramente democrático reservou para tais fins outros órgãos da sua estrutura organizacional.¹¹⁷

PRITTWITZ, no mesmo diapasão, acentua que “os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução – mencione-se aqui

113 Ibid., p. 52

114 Ibid., p. 53

115 QUEIROZ, **Direito Penal...**, p. 08-09

116 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002, p. 107

117 LUISI, op.cit., p. 117

apenas os exemplos da ecologia e da economia – na verdade permanecem sem solução devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal”.¹¹⁸

Ainda neste mesmo sentido, GRECO FILHO, ao questionar a busca imediata de uma legislação para atender as novas demandas penais decorrentes dos avanços tecnológicos da internet, ironicamente destaca:

A conclusão, portanto, salvo demonstração em contrário, é a de que devemos deixar o direito penal em paz, porque está ele perfeitamente apto a atender à proteção dos direitos básicos das pessoas e se houver alguma modificação a fazer deve ser feita dentro de uma perspectiva de proteção genérica de um bem jurídico e não porque eu tenho um Pentium II de 300 Mh, disco rígido de 4 Gb, 64 Mb de memória RAM, 4 Mb de memória de vídeo e monitor de 20” (...).¹¹⁹

Em suma, o que está em jogo não é tanto a duvidosa eficácia da promoção de mudanças sociais a partir do Direito, e mais especificamente do Direito Penal, tampouco a improvável capacidade do Direito de atuar como mecanismo de controle social. A indagação final, para utilizar a concepção de LUHMANN, “está em saber se as estruturas do direito são suficientes para estabilizar expectativas normativas nessas novas áreas ou se, ao contrário, o direito não estaria cedendo parcialmente lugar a alternativas diferenciadas, não propriamente jurídicas, de organização social, especialmente nas periferias”.¹²⁰

Aliás, o tão censurado JAKOBS alertara que o Direito Penal apenas poderia preservar uma constituição normativa existente, mas não conduzir a tempos melhores,¹²¹ o que parece confirmar a tese de que sempre fora crítico de um modelo de Direito Penal de terceira velocidade, ainda que, mais recentemente, tenha-o como inevitável.

Vislumbrar o Direito Penal como *ultima ratio*, designando-o, assim, como via última do Direito no empreendimento de seus fins, significa escolher o correto momento

118 PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./-abr. 2004, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, p. 40-41

119 GRECO FILHO, Vicente. **Algumas observações sobre o direito penal e a internet**. São Paulo: Revista Direito Mackenzie n. 1, 2000, p.35 et seq.

120 CAMPILONGO, **O Direito na...**, p 153

121 JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 65

de utilização do seu aparelho repressor.¹²² Ao revés, a existência de um ‘Direito Penal do Inimigo’, como bem acentua JAKOBS,

não é sinal da força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe. Certamente são possíveis situações, que talvez ocorram inclusive neste momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigências se se espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa.¹²³

6. POLÍTICA CRIMINAL

Em um Estado ‘Democrático’ de Direito, é preciso reconhecer que o saber político-criminal é, como o próprio nome indica, um saber político. Mas por melhores que sejam os argumentos especializados de que se disponha, as propostas correspondentes só adquirirão legitimação democrática e, por conseguinte, só poderão fazer valer sua pretensão de transformar-se em normas coletivas imponíveis *erga omnes*, na medida em que sejam acolhidas pelas convicções gerais. Como bem acentua RIPOLLÉS, “é justamente a pretensão de anulá-las e de reservar a competência decisória a certas elites jurídicas, as únicas pretensamente capazes de penetrar na essência dos princípios reguladores de nossa convivência, o que pode ser qualificado, sem dificuldades, de Direito autoritário”.¹²⁴

Agora, se, na teoria, a competência decisória depende de um consenso, se a política traçada reflete a formatação da sociedade e, ainda, se a criminalização envolve juízos de valor que partem dos parâmetros históricos, sociais e culturais de cada época e lugar, o que, então, se verifica no processo de criminalização quando ocorre o deslocamento e a fragmentação das identidades culturais? “E mais, com o incremento da globalização, como se estrutura o processo de criminalização diante da constante aceleração dos movimentos sociais?”.¹²⁵

122 CAVALCANTI, op.cit., p. 17

123 JAKOBS, **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. André Luís Callegari, 2003, p. 143

124 RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais – Teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 208-209

125 CAVALCANTI, op.cit., p. 182

A anunciada crise da modernidade, cujo exemplo pode ser sintetizado na busca de um 'Direito Penal do Inimigo' como política criminal da última hora, nada mais representa senão a omissão do Estado, a crise de valores sociais, a crise das demais instâncias de controle social, enfim, um retrato da própria crise do homem.

Já disse DOTTI que a "Política Criminal e o Direito Penal atuam como vasos comunicantes da realidade social",¹²⁶ ou ainda, no dizer de ZAFFARONI e PIERANGELI, a norma penal é a filha da decisão política, levando sua bagagem genética, ainda que o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma seja cortado pelo princípio da legalidade.¹²⁷

Justamente por isso justifica HASSEMER que a

política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma 'ciência penal total', aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito Penal, Direito trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da juventude e da saúde pública.¹²⁸

FERRI vai além, aduzindo que a política criminal, pela complexidade de elementos que congrega, não seria uma ciência, mas uma arte: "é a arte do legislador em utilizar, adaptando-se às condições do próprio país, as conclusões e as propostas que a ciência dos crimes e das penas lhe apresenta".¹²⁹

Na realidade, ela se ocupa com a repressão do crime; a política social tem em vista as medidas preventivas, os meios de evitá-lo, no que pese o fato inquestionável de que aquela vem sendo utilizada para cumprir o papel desta última. Neste sentido, como bem acentua CIRINO DOS SANTOS, no caso brasileiro parece evidente que

a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a *política criminal* do Estado existe, de fato, como simples *política penal* instituída pelo

126 DOTTI, **Curso...**, p. 73

127 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 133

128 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 24

129 FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 1999, p. 81

Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.¹³⁰

Repisando tais premissas, PIMENTEL afirma ser “lição comum de todos os mestres que a lei deve traduzir um anseio da coletividade, servindo a uma finalidade que consista na satisfação de um mínimo ético absoluto, no dizer de Manzini. Se a lei for impopular, pelo excessivo constrangimento que possa trazer à liberdade dos cidadãos, fatalmente será descumprida e dará origem a um cortejo de incidentes que tornará desaconselhável a sua vigência”.¹³¹

Fazendo um paralelo com as demandas da modernidade, emprestam-se as palavras do autor para afirmar que não parece que leis com caráter preventivo possam, *a priori*, incorrer em impopularidade, o que torna a resolução desta dialética ainda mais complexa:

A lei que favorece a tranqüilidade pública, que estabelece a segurança das relações entre os cidadãos, que forma uma barreira contra os valentões, os atrevidos, os perturbadores da ordem e da disciplina sociais, só poderá ser uma lei indesejável, estimada e respeitada. (...) Contra esta aspiração se levantam os marginais, os homens sem princípios e sem educação, constrangendo os mais tímidos e violando impunemente o direito que cada um tem de se realizar, de conseguir os seus fins, de ir e vir, de viver, enfim, despreocupadamente, sem temores e sobressaltos.¹³²

A complexidade e a profundidade do problema tornam essenciais sugestões que envolvam uma política criminal racional para a modernidade, de modo que, diante inevitabilidade do momento, se delimite um ‘Direito Penal do Inimigo’ com regras claras e bem fixadas, evitando a contaminação de todo o sistema.

6.1 Propostas para uma política criminal racional à modernidade

Parece evidente que o debate social e jurídico da política criminal contemporânea já não mais oscila simplesmente entre os pólos de mais ou menos

130 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 1

131 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 169

132 Id.

garantismo, mas sim entre os modelos mais ou menos eficazes de prevenção da criminalidade. Portanto, haveria necessidade de uma política criminal mais pragmática, que RIPOLLÉS denominou de modelo penal de 'bem-estar', "*que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. Para ello es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empírico-sociales*".¹³³

Nesse esteio, a proposta por uma política criminal alternativa poderia seguir alguns passos trazidos por HASSEMER, comumente esquecidos por aqueles que se dedicam a criticar um Direito Penal de terceira velocidade. Esses críticos nunca respondem a pergunta: o que fazer enquanto não se adotam políticas públicas, enquanto o Estado não cumpre seu papel e enquanto se define a constitucionalidade de políticas criminais para 'inimigos'? Uma geração inteira estará condenada a conviver com a criminalidade organizada e com o terrorismo, enquanto aguarda uma postura ativa do Poder Público e demais esferas de controle social?

HASSEMER formula alternativas para três momentos distintos, embora não pareça resolver a contento essas questões a curto prazo:

A longo prazo, a Política social, é a melhor Política criminal.

A médio prazo precisamos introduzir na Política interna razão pragmática em lugar de guerras de trincheiras e guerras de crenças. Precisamos responder diferentemente a diferentes formas de criminalidade, devemos realizar experimentações controladas e abandonar passo a passo caminhos percorridos que não deram certo.

A curto prazo, devemos novamente aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e a proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser guarnecidas com instrumentos que permitam o seu controle.¹³⁴

Endossando parcialmente tais sugestões, seria possível formular algumas outras, ao menos para servir de preâmbulo a um debate e para dar ensejo a uma pauta mínima de discussão entre laxistas e rigoristas: a) definição dos limites operativos do Direito Penal, para que se evidenciem as omissões das outras esferas de controle

133 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana**. Revista Elec-trónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, n. 06-03, p. 03:1-03:34. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 06-03 (2004), 19 may], Acesso em 25 jul. 2005

134 HASSEMER, **Três Temas...**, p. 74-79

social, máxime a falta de políticas públicas estatais; b) codificação da legislação e periodicidade dos Códigos, com estratégia, bom senso e racionalismo; c) abordagem multidisciplinar da política criminal com base na realidade brasileira; d) delimitação clara dos diferentes modelos de política criminal, especificando os tratamentos para as diversas variedades do Direito Penal.

Os contornos desses principais tópicos necessitam ser repisados.

6.1.1. Compreensão dos limites do Direito Penal

A Teoria dos Sistemas de LUHMANN, ponto de partida para a dogmática penal de JAKOBS, fornece uma relevante vantagem: ao diferenciar os sistemas sociais, dentre os quais o subsistema do Direito Penal, seus códigos operativos tornam-se evidentes e, por consequência, as atribuições do Direito Penal e de outras formas de controle social.

Nesse sentido, CAMPILONGO ressalta as vantagens da teoria pré-paradigmática de NIKLAS LUHMANN:

A primeira delas é a que vê na politização do Judiciário e, mais precisamente, na função política dos Tribunais, algo relevante e positivo para o direito. (...) A segunda idéia combatida com o recurso à teoria dos sistemas é a de que o sistema jurídico, nas condições de funcionamento de um direito 'pós-moderno', produzido por fontes não estatais e dotado de uma racionalidade flexível, não se limitaria a operar com um código binário 'simplório', do tipo direito/não-direito. Indicar uma função específica para o direito nada tem a ver com um menosprezo à sua relevância. A terceira e última idéia refutada é a de que a contribuição da teoria dos sistemas para o direito seja 'conservadora', 'antidemocrática' ou 'neoliberal'. Democracia, da perspectiva apresentada nesta tese, é manutenção de elevadas possibilidades de escolha.¹³⁵

CONDE, ainda que se revele um engajado crítico tanto de JAKOBS quanto de LUHMANN, reconhece também a virtude dessa construção teórica:

A teoria sistêmica proporciona um valioso instrumento para o estudo e a descrição dos fenômenos sociais e, portanto, também do controle social (incluindo, naturalmente, o Direito Penal), mas não para sua valoração e crítica. Certamente devemos admitir que as normas jurídicas garantem um alto grau de estabilidade e funcionamento das expectativas sociais, mas, se não são analisadas independentemente dos seus conteúdos valorativos, não podem encontrar diferença alguma entre uma norma

135 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 175

jurídica e qualquer outro tipo que regule um grupo social determinado (inclusive uma subcultura ou um subgrupo social que viva à margem da lei).¹³⁶

Enfim, uma boa observação dos limites do sistema jurídico, permite, por exemplo, que o sistema político (Estado), sabedor dos limites do Direito, dê referências ao sistema jurídico (criando programas compatíveis – editando leis racionais) e, ao mesmo tempo, cumpra seu papel (ou ao menos torne transparente sua omissão para ulteriores cobranças). Dessa forma se verificará, com arrimo em QUEIROZ, que o Direito Penal não pode ser nada além da *ultima ratio da* política social.¹³⁷

6.1.2. Reserva e periodicidade de Código

Dotar o Direito Penal de racionalidade pressupõe também tornar público aos destinatários seu conteúdo normativo.

Nesse aspecto, aliás, o Desembargador Vicente Piragibe, por ocasião da edição do Decreto 22.213, de 1932,¹³⁸ com o qual Getúlio Vargas aprovou a Consolidação das Leis Penais, já justificara a necessidade de codificação, seja para obstar o desconhecimento e a aplicação da lei, seja para torná-la clara e ao alcance de todos, ainda mais porque não é lícito a ninguém invocar a ignorância do Direito.¹³⁹

GOMES e BIANCHINI, nesse sentido, pregam a reserva de Código (tudo que é mais sério deve ir para dentro do Código Penal), além da reserva de lei complementar (nenhuma modificação pode ser feita, a não ser por lei complementar), aduzindo que “a maior tarefa do penalista neste princípio de terceiro milênio, por conseguinte, consiste precisamente em combater a irracionalidade de grande parte do Direito Penal exageradamente intervencionista e simbólico”.¹⁴⁰

No mesmo esteio, alerta BATISTA:

O mais ambicioso dos cenários possível cuidaria de, pela revisão técnica, simplificação e finalmente incorporação ao código de toda a legislação penal especial, rumar para

136 CONDE, *Direito Penal...*, p. 106

137 QUEIROZ, *Direito Penal...*, p. 13

138 *apud* PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.323-403

139 Art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942

140 GOMES; BIANHINI, *op.cit.*, p. 36-37

uma revogação de qualquer lei ou disposição penal extravagante. Isso equivaleria a estabelecer a chamada 'reserva de código', impondo-se limites à patologia criatividade legislativa criminalizante, e ao emprego constante da infecunda decisão penal como venalizada peça publicitária ('direito penal simbólico').¹⁴¹

A idéia de expectativa normativa (essencial na dogmática de JAKOBS, pautada na Teoria dos Sistemas de LUHMANN) se coaduna com tal sugestão. Outrossim, sendo inevitável, a curto prazo, um modelo de 'Direito Penal do Inimigo', seria fundamental que esse modelo destinado à criminalidade grave, à criminalidade organizada e ao terrorismo, estivesse codificado e bem delineado, sob pena de contaminar todo o sistema e todos os parâmetros que pautam o 'Direito Penal do Cidadão'.

A crítica fácil e emocional à criminalização racional de um Direito Penal de terceira velocidade revela um discurso divorciado da realidade. Diante das circunstâncias de um país periférico (complexidade, política criminal demagógica, Estado omisso que usa o Direito Penal como resposta mais célere e menos custosa para resolução de crises de insegurança), afinar o discurso para legitimar excepcionalmente uma política criminal diferente para o 'inimigo', dificultaria a criminalização sorrateira e às ocultas, como tem ocorrido e como fatalmente continuará ocorrendo.

Além disso, sabendo que toda lei é 'transitória', não no sentido intertemporal, mas temporal, seria fundamental o reexame periódico da legislação penal. Como já observara LYRA, "quando são discutidos todos os valores – os velhos já sem força e os novos ainda sem força – a estima pelos bens jurídicos penalmente protegidos passa a ser, em regra, eventual. A proteção jurídica inclui e exclui, aprecia e deprecia, tolera e cobra ao ritmo das circunstâncias".¹⁴²

ZAFFARONI e PIERANGELI também endossam a idéia de um Direito Penal mais dinâmico, afirmando que o "direito penal fundado antropologicamente não pode pretender haver encontrado um mínimo de ética que tenha sido fixado de uma vez para sempre".¹⁴³

Enfim, com arrimo em BONFIM, além da reserva de Código, a codificação

141 BATISTA, **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 90

142 LYRA, **Novíssimas...**, p. 307

143 ZAFFARONI; PIERANGELI, *op.cit.*, p. 375

deveria ter datas-limite, máxime porque “necessita o legislador, à luz do momento em que vive, a necessária referência axiológica para a produção normativa”.¹⁴⁴

Tais propostas, por certo, permitiriam um Direito Penal mais voltado ao seu tempo e mais conhecido pelos cidadãos, o que certamente contribuiria para a redução da impunidade. Aí sim, como pretende JAKOBS, a violação do Direito implicaria, com a imposição de uma sanção (nos moldes do ‘Direito Penal do Cidadão’), na simples reafirmação do próprio Direito.

Aliás, IHERING já alertara que “quando mil homens têm de dar combate, o desaparecimento de um só pode passar despercebido; mas quando cem dentre eles abandonam a bandeira, a posição daqueles que ficam fiéis torna-se cada vez mais crítica; todo o peso da luta recai sobre eles exclusivamente”.¹⁴⁵ REALE, no mesmo sentido já dissera:

Podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Isto significa que elas valem objetivamente, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados.

Foi Kant o primeiro pensador a trazer à luz essa nota diferenciadora, afirmando ser a Moral *autônoma*, e o Direito *heterônomo*. Nem todos pagam imposto de boa vontade. No entanto, o Estado não pretende que, ao ser pago um tributo, se faça com um sorriso nos lábios.

Há, no Direito, um caráter de ‘alheidade’ do indivíduo, com relação à regra. Dizemos, então, que o Direito é *heterônomo*, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir.

A lei pode ser injusta e iníqua, mas enquanto não for revogada, ou não cair em manifesto desuso, obriga e se impõe contra a nossa vontade, o que não impede que se deva procurar neutralizar ou atenuar os efeitos do “direito injusto”, graças a processos de interpretação e aplicação que teremos a oportunidade de analisar. É inegável, porém, que em princípio, o Direito obriga, sendo o característico da heteronomia bem mais profundo do que à primeira vista parece. Daí podemos dar mais um passo e dizer que o *Direito é a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana*.¹⁴⁶

Em suma, este racunho tem a tímida pretensão de fomentar o início de um debate e ajudar a combater a impunidade – maior óbice para se imaginar um Direito Penal que vise tão somente à reafirmação do Direito e de valores ético-sociais e não busque alternativas para combate de ‘inimigos’. Conforme a lição de MORAES Jr., é necessário reconhecer que “se as violações das normas não são punidas, ou não são

144 BONFIM, *Direito Penal...*, p.190

145 IHERING, op. cit., p. 41

146 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49

punidas de forma sistemática, tornam-se sistemáticas”.¹⁴⁷

6.1.3. Abordagem multidisciplinar e realidade brasileira

Defender uma abordagem interdisciplinar do processo de criminalização implica possibilitar o diálogo entre as várias disciplinas que observam metodologicamente o crime. “A Política Criminal serve, nesta análise interdisciplinar, como fio condutor dos estudos e pesquisas realizados por aquelas disciplinas, evitando que a Dogmática Jurídico-penal se feche em seu sistema formal”.¹⁴⁸

Nessa perspectiva, parece interessante a sugestão de HASSEMER, que advoga a utilização das experiências práticas de modo a permitir uma discussão mais racional acerca da aptidão dos instrumentos utilizados para determinados objetivos. Em outros termos, sugere que se estude quais as conseqüências e os efeitos práticos da adoção de determinada legislação e política de segurança pública.¹⁴⁹ Por conseguinte, um novo começo na política de segurança pública não poderia prescindir das seguintes condições: “conhecimento mais preciso das formas de criminalidade que ora nos trazem problemas, especificação de seus distintos cenários e formas de combate, distribuição bem proporcionada do arsenal teórico e prático entre ambas as formas atuais de ameaça”.¹⁵⁰

Trata-se de sugestão similar à formulada por LYRA já há algum tempo: “se há aumento qualitativo e desproporcionado da criminalidade propriamente dita, apuremos suas causas para o correspondente tratamento, sobretudo preventivo”.¹⁵¹

Além de dados e elementos que possam, efetivamente, possibilitar estratégias de combate à criminalidade, com o menor custo ao Estado e ao cidadão, seria fundamental que tais diretrizes fossem traçadas em conformidade com a realidade brasileira. LYRA, nesse aspecto, recorda TOBIAS BARRETO e SILVIO ROMERO que há mais de um século já reclamavam a necessidade de se ‘pensar brasileiro’ os

147 DIP; MORAES Jr., op.cit., p. 10

148 CAVALCANTI, op.cit., p. 345

149 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 69

150 Ibid., p. 65-66

151 LYRA, *Novíssimas...*, p. 363-364

‘problemas nacionais’ e dentro ou fora do Brasil, “produzir, purificar, ‘apertar ou torcer’ modelos e receitas, para encontrar soluções ‘à nossa gente’.”¹⁵²

Enfim, é imperioso seguir a orientação de HUNGRIA, segundo o qual “nós ainda não nos libertamos do mau vêzo de acolher, sem refletir, as idéias que nos chegam, *empacotadas*, da Europa. Ainda não nos corrigimos da balda de ter acessos de tosse quando o Velho Mundo apanha a coqueluche...”.¹⁵³

6.1.4. Clara delimitação de um Direito Penal e Processual do Inimigo

Diante das considerações ora rascunhadas e que devem ser ponderadas para uma resposta acerca da legitimidade e necessidade, ao menos excepcional e momentânea, de um modelo de política criminal que relativize garantias penais e processuais, que antecipe a punibilidade e aplique penas desproporcionais aos chamados ‘inimigos da sociedade’, é necessário repisar os dilemas bem colocados por LUISI: “será possível para enfrentar os desafios da modernidade e da pós-modernidade, a preservação de uma ordem jurídica respeitosa das garantias dos Estados democráticos de Direito? Ou se faz para tanto necessário um Direito em que mister se fará o sacrifício das liberdades individuais?” Este é, como acentua o autor, o grave desafio que se avizinha para este novo milênio.¹⁵⁴

Em suma, a reação estatal contra o crime organizado deve pautar-se pelo Direito Penal clássico ou por um Direito Penal de exceção e de emergência? Se, ademais, esse Direito Penal de terceira velocidade é inevitável, na prática, não seria fundamental, como propõe JAKOBS, delimitá-lo?

GOMES e CERVINI, ácidos críticos de um Direito Penal de emergência, reconhecem que “não se investiga a criminalidade moderna, da era pós-industrial, informatizada ou ‘digital’, com o Direito Penal e Processual clássicos”. “Pensar o contrário”, segundo eles, “é o mesmo que comparar os meios de comunicação e de transporte do século passado com os atuais”.¹⁵⁵

152 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 36

153 HUNGRIA, *Comentários...*, v. I, Tomo I, p. 22

154 LUISI, *op.cit.*, p. 327

155 GOMES; CERVINI, *op. cit.*, p. 53

De outra parte, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR ressaltam existir duas razões básicas que impedem evitar a menção dos discursos legitimantes do poder punitivo:

- a) em primeiro lugar, porque conservam vigência, apesar de não serem atualmente enunciados em forma pura ou originária, mas em construções ecléticas que se justapõem, formulando-os sob novas formas enunciativas. A rigor, não há novos discursos legitimantes, mas sim novas combinações e formulações dos tradicionais.
- b) de sua visão conjunta, resulta uma clara disparidade – que nunca é de detalhe, mas dos próprios fundamentos – razão pela qual dá lugar a construções diversas e completamente incompatíveis. Isso evidencia escassa solidez fundamentadora e crise permanente no discurso. Na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem ‘racionalizar’ qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que são apresentados.¹⁵⁶

Ora, não seria justamente por tais motivos que se avizinha como irremediável que o Direito Penal da modernidade seja permeado por características e parâmetros típicos de um modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’?

FRAGA também reconhece a inevitabilidade desta constatação, aduzindo:

*Independientemente de las críticas que merece la construcción de un Derecho penal para enemigos, el consenso es mayoritario respecto al diagnóstico; esto es, en cuanto a la existencia real de cada vez más legislación concebida para luchar contra determinados grupos de individuos, en la que se aplica una sutil flexibilización del modelo de imputación clásico y de las garantías concebidas en el periodo de la Ilustración. Con lo cual, sin perjuicio de las diferentes posiciones que se advierten en la doctrina, existe coincidencia sobre la actual tendencia que imprime el legislador penal en este sentido.*¹⁵⁷

No mesmo sentido, SÁNCHEZ ressalta que ainda que boa parte dos pensadores do Direito Penal advogue a volta do Direito Penal liberal, buscando recuperar a configuração de um Direito estritamente de garantia dos cidadãos diante da intervenção repressiva do Estado, “nessa pretensão se dão elementos não somente anacrônicos, senão precisamente ucrônicos”,¹⁵⁸ eis que a “verdadeira imagem do Direito Penal do século XIX não é, pois, aquela que alguns pretendem desenhar em

156 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, v. I, 2003, p. 114

157 FRAGA, Facundo J. Marin. **Derecho penal del enemigo**. Disponível em [http://www.eldial.com / edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57](http://www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57)>, Acesso em 22 jul. 2005

158 SÁNCHEZ, conforme nota do tradutor, refere-se aqui à utopia aplicada à história, isto é, ao exercício mental de imaginar a história como poderia ter sido, e não como realmente foi (SÁNCHEZ, op. cit., p. 136-137)

nossos dias”.¹⁵⁹

Justamente por isso, SÁNCHEZ defende e justifica a existência de Direitos Penais de diferentes velocidades: “nem em todo o sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo o sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as conseqüências jurídicas são substancialmente diversas”.¹⁶⁰

MORAES Jr., aliás, questionara em tom contundente aqueles que condenam um tratamento diferenciado e mais severo, argumentando: “Devemos renunciar à faculdade de distinguir entre cidadãos honestos e facínoras? Ou sequer devemos cogitar dessa ignominiosa, que a todos nos atiraria à vala comum da amoralidade opaca? (...) Bem por isso, talvez ocorra a algum honesto sugerir, em causa própria, que há critérios universalmente válidos para distinguir homens retos e criminosos – a Ética, a Lei”.¹⁶¹

Diante desse percurso que se afigura sem volta, é fundamental concluir que, no caso brasileiro, a delimitação se revela ainda mais necessária, uma vez que, como observa MARCÃO, a legislação brasileira é exemplo típico de uma mistura que não apresenta a preponderância de nenhuma das tendências do Direito Penal moderno:

A legislação penal brasileira ora tende para o Direito Penal Mínimo, ora para o ‘Movimento de Lei e Ordem’, nesta hipótese, somente por casuísmo, como vem acontecendo a partir dos assassinatos de dois políticos no Estado de São Paulo. Não é possível conviver harmonicamente em um Sistema Penal indefinido, sem rumo, perdido, casuísta. As conseqüências estão sendo sentidas por todos.¹⁶²

Assim, o primeiro e irremediável passo seria diferenciar os elementos caracterizadores e já presentes na legislação, de modo a evitar a contaminação de toda a dogmática pelos diferentes modelos. GRACIA MARTÍN reflete exatamente essa sugestão: “*Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica con arreglo al Derecho penal del ciudadano, la tarea*

159 Id.,

160 Ibid., p. 137

161 DIP; MORAES Jr.; op.cit., p. 44-45

162 MARCÃO, Renato Flávio. **Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal**. Disponível em <http://speretta.adv.br/pagina_indice.asp?iditem=2291>, Acesso em 28 jul. 2005

- apenas comenzada - que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano".¹⁶³

No mesmo sentido, o próprio JAKOBS, mais uma vez evidenciando seu tom crítico ao 'Direito Penal do Inimigo', salienta: "é tarefa ainda recém-iniciada da ciência a de identificar as regras do Direito Penal de contrários e separá-las das de Direito Penal dos cidadãos para, dentro deste último, poder insistir ainda com maior firmeza no tratamento do criminoso como pessoa inserida no direito".¹⁶⁴

Ademais, ressalta HASSEMER, seria fundamental distinguir dois campos que ainda que provoquem repercussões públicas semelhantes, são radicalmente diferentes no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidade de combate - criminalidade de massas e criminalidade organizada, haja vista que "quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional".¹⁶⁵

7. DIREITO PENAL: RETRATO DA CRISE DA MODERNIDADE E DO HOMEM

Enfim, a discussão acerca da legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo', em que pesem argumentos jurídicos favoráveis e contrários - que passam pelo contexto da realidade social, pela dialética laxista-rigorista, pelo balanceamento de interesses, pela relativização de direitos por meio de uma ponderação proporcional de bens e pelo modelo efetivo de Estado com suas ações e omissões - reflete, em verdade, a própria crise que vive a sociedade moderna em todas as áreas de controle social.

ROMERO já lecionara, recordando IHERING, que "o Direito, que é de um lado a proa, torna-se na luta por uma idéia a poesia, porque o combate pelo direito é, em verdade, a poesia do caráter (...)".¹⁶⁶

Poesia do caráter, crise do homem. "Crise do espírito, aludiria Paul Valéry -, dos valores de dignidade, ao assumir as vestes formais de um *homo oeconomicus* – *homo delinquens* – levando a perplexidade ao *homo juridicus* e ao *homo socialis*, mercê

163 GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, n. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> ISSN 1695-0194>, Acesso em 25 jul. 2005

164 JAKOBS, *Ciência do Direito...*, p. 59

165 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 64

166 ROMERO, Sílvio. *Ensaio de filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 41

da mercantilização dos valores da Justiça... *honor no pecunia estimatur*".¹⁶⁷

Trata-se do mesmo alerta já feito pelo próprio JAKOBS: "parte do Direito Penal nuclear testemunha uma crise de legitimação da sociedade, um problema cuja análise ultrapassa de longe a capacidade da ciência do Direito Penal e para cuja solução o aporte jurídico-penal poderá ser somente periférico".¹⁶⁸

HASSEMER, no mesmo esteio, reafirma que "instituições de controle social, como o mundo profissional, a vizinhança, a escola, perderam sua força para fixarem obviedades normativas da vida em coletividade", concluindo que "no seu conjunto, a tendência atual caminha para o isolamento e a 'des-solidarização', para um fortalecimento social dos já fortes e um enfraquecimento dos fracos". Essas tendências, continua ele, "são responsáveis também por nossas concepções frente à criminalidade e à violência".¹⁶⁹ E conclui:

Levadas aos seus extremos limites, estas tendências produzem uma alteração de longo prazo das normas sociais, das quais as normas jurídicas dependem para sua observância fática e sem as quais as normas jurídicas não conseguem nenhum resultado; para exagerar na linguagem, num mundo de diabos nem a política nem o Direito Penal têm alguma chance.¹⁷⁰

Justamente por isso, não mais surpreende que a criminalidade tenha crescido de maneira vistosa em toda parte. O que, sim, surpreende, ressalta DIP, "é que a prática político-criminológica não se haja dado conta de (ou decidido) revitalizar a família".¹⁷¹

Assim, reviver os postulados clássicos ou preparar-se para os novos desafios do Direito Penal revela uma tensão muito bem retratada por SÁNCHEZ: "a questão central seria determinar se o modelo de homem do Estado moderno é o mesmo do Estado liberal ou do Estado social; ou, ao contrário, uma versão superada de ambos, hipótese em que haveria de se analisar quais são suas características".¹⁷²

Em acertada análise, BACIGALUPO deixa evidente a importância do modelo

167 BONFIM, *Direito Penal...*, p. 208

168 JAKOBS, *Ciência do Direito...*, p. 60-61

169 HASSEMER, *Três Temas...*, p. 72

170 Id.

171 DIP; MORAES Jr., op.cit., p. 218-219

172 SÁNCHEZ, *Eficiência e Direito Penal*. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, 2004, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, p. 15-16

de uma sociedade livre: “o conteúdo essencial da liberdade de ação está historicamente condicionado pelo sentimento jurídico de uma sociedade em determinado momento”.¹⁷³

Primeiro conhecer o homem moderno e a sociedade contemporânea, suas crises e virtudes, para depois compreender que, por meio do Direito Penal, tanto se tentam criar e fomentar valores quanto estes se abatem por normas errôneas e apressadamente imprudentes. Assim, sentencia DIP:

Já se disse que ‘o Direito Penal é o direito do homem que se envergonhou de sua nudez moral.’ Costuma-se imaginar que, após o primeiro pecado e antes da primeira pena, os homens se haviam coberto com folhas de parreira. Haja agora parreiras para tanta nudez! Teme-se que o Direito Penal venha a ser somente o direito do homem que se orgulha (*e para que se orgulhe*) de sua exibida nudez moral.¹⁷⁴

Enfim, discutir a legitimidade e necessidade de um Direito Penal de terceira velocidade vai além da busca de fundamentos constitucionais ou legais. O debate deve se pautar pela serenidade, sem juízos precipitados e sem radicalismos sectários. Além disso, deve iniciar-se com a aceitação da idéia ilustrada por DIP, no sentido de que todos reconheçam que, em verdade, a crise do Direito Penal é, antes, “crise da filosofia, crise de princípios, crise das almas”,¹⁷⁵ uma crise refletida no Direito Penal que esconde o caminho que se deve buscar.

Sabedores dos limites do Direito Penal, todos fatalmente procurariam em outras searas, e não somente através do discurso politicamente correto, soluções diversas ao problema da criminalidade. É nítido o aperfeiçoamento pelo qual passaria o próprio Direito, evitando a politização dos Magistrados, a redução do crime a critérios econômicos, a utilização de uma Política Criminal meramente simbólica e, especialmente, um Direito Penal de terceira velocidade que contamine toda a dogmática em detrimento da liberdade do cidadão.

Enfim, é imperioso seguir esse caminho com a sábia advertência do grande TOBIAS BARRETO, para que “o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou”.¹⁷⁶

173 BACIGALUPO, **Direito Penal...**, p. 36-37

174 DIP; MORAES Jr., op.cit., p. 178-179

175 Ibid., p. 91-93

176 *apud* BONFIM, **Direito Penal...**, notas do autor

CONCLUSÕES

"A grandeza de um país não depende da extensão de seu território, mas do caráter do seu povo" (Jean-Baptiste Colbert). **"A Realidade é o pesadelo do mundo dos sonhos"** (Esau Wendler), mas **"a verdade alivia mais do que machuca"** (Miguel de Cervantes).

1. Para a racional compreensão dos novos paradigmas do Direito Penal é fundamental a compreensão das características da sociedade moderna.
2. A sociedade moderna é caracterizada pelo individualismo de massas, pela mudança do sistema de organização e de comunicação, assim como pela globalização, traços preponderantemente responsáveis pela formatação da 'sociedade de riscos', onde a sensação de insegurança coletiva convive com os novos bens jurídicos alçados à tutela do Direito (como os interesses jurídicos difusos), desencadeando a descodificação do Direito, a hipertrofia e irracionalidade legislativa.
3. Tais características são acentuadas, no caso brasileiro, pelo absoluto descrédito no Direito Administrativo e no Poder Público como alternativas de controle social menos árduas à liberdade do cidadão.
4. A técnica legislativa do Direito Penal, pautada pelos princípios clássicos e iluministas, não consegue mais ter aplicação exclusiva, em virtude da natureza dos bens jurídicos de terceira geração (transindividuais), em razão dos novos tipos alçados à tutela do Direito Penal em decorrência dos avanços tecnológicos, e diante da necessidade de repressão dos graves crimes transnacionais da modernidade.
5. As mudanças na dogmática penal e na política criminal dos últimos anos vêm, invariavelmente, ensejando a flexibilização de garantias penais e processuais, com excessiva antecipação da tutela penal, perspectiva de um Direito menos garantista em detrimento de um Direito Penal que busca abrandar riscos.
6. Com as novas demandas dos últimos tempos, o Direito Penal voltou-se predominantemente para a busca da eficácia e da eficiência, transfigurando-se em

instrumento para proteção de bens jurídicos, tendo a prevenção e a orientação para conseqüências como paradigmas preponderantes, implicando no seu uso como instrumento meramente simbólico de educação e transformação social.

7. Nesta perspectiva, o funcionalismo sistêmico surge, segundo a concepção de GÜNTHER JAKOBS, como doutrina em que o Direito Penal é tido basicamente com a função de garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas, independentemente do modelo de Estado ou sistema político-social.

8. A perspectiva funcionalista prega que o Direito Penal deve ser ensinado com base na teoria da pena, de modo a possibilitar a identificação da sanção correta a ser aplicada em determinada circunstância, amoldando-se, depois, a respectiva teoria do delito. A teoria dos fins da pena adquire, portanto, valor basilar no sistema funcionalista, servindo tão somente à manutenção da realidade social.

9. O 'Direito Penal do Cidadão', segundo o modelo funcionalista de GÜNTHER JAKOBS pautado pela prevenção geral positiva, mantém a vigência da norma (retrospectivo), enquanto o 'Direito Penal do Inimigo' combate preponderantemente perigos (prospectivo), ou seja, retrata a concepção de prevenção especial, eis que o agente 'inimigo' é tido como foco do perigo.

10. Compreender a metodologia de GÜNTHER JAKOBS pressupõe compreender seu conceito de pessoa, pautado na concepção de NIKLAS LUHMANN, no tocante aos deveres e direitos atribuídos aos indivíduos.

11. É inevitável, segundo se verifica em todo o planeta, a adoção de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime porque a adoção de alternativas de controle social demanda tempo, e a criminalidade, sobretudo, organizada e transnacional, não pode, neste momento, ser enfrentada com a dogmática tipicamente clássica. Contudo, a construção de GÜNTHER JAKOBS tem de enfrentar um sério dilema, máxime em países subdesenvolvidos: como definir, e em que circunstâncias, quem é 'inimigo' e como excluir um indivíduo do conceito jurídico de 'pessoa' quando, por exemplo, o próprio Estado impediu sua socialização, obstando quaisquer garantias cognitivas iniciais.

12. É inegável que a apresentação da teoria do GÜNTHER JAKBOS foi feita, inicialmente, em tom crítico, denunciando a contaminação da legislação em todo o mundo por instrumentos e parâmetros diversos do modelo clássico-iluminista. Em um segundo momento, tal concepção crítica foi tomada como inevitável e, posteriormente, legitimada por diversos Estados, após os atentados terroristas dos últimos anos.

13. A terminologia utilizada de forma intencionalmente pejorativa, crítica e irônica por GÜNTHER JAKBOS, se de um lado traz a vantagem de evidenciar uma dogmática e uma política criminal que se transformava às ocultas, de outra carrega a desvantagem de ensejar generalizações. É preciso, pois, cautela ao se taxar determinado mecanismo penal ou instrumento processual como típicos de 'Direito Penal do Inimigo', máxime porque é inegável que os novos paradigmas da modernidade reclamam parâmetros diversos para o enfrentamento da criminalidade.

14. A discussão acerca da legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' é mais uma decisão política que jurídica. É possível justificá-lo juridicamente, em casos concretos e extremos, até mesmo com o balanceamento de interesses constitucionais ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade. É imperioso, pois, definir claramente quem deve ser tratado como 'inimigo' e em que circunstâncias uma política criminal dessa natureza pode se justificar, sob pena de as bandeiras que simplesmente propugnam por sua inconstitucionalidade revelarem-se inócuas frente à sistemática incorporação ao ordenamento e à contaminação de toda a dogmática penal.

15. É inegável que grande parte do Direito Penal da normalidade ('Direito Penal do Cidadão') vem sendo contaminado e entrelaçado com regras típicas do modelo de 'Direito penal do Inimigo'. Sem uma clara delimitação, os excessos e a falta de razoabilidade nas medidas adotadas vêm colocando em risco o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Assim, afinar o discurso para legitimar racional e excepcionalmente uma política criminal diferente ao 'inimigo', dificultaria a criminalização sorrateira e às ocultas, como tem ocorrido e como fatalmente continuará ocorrendo e, de outra parte, fomentaria a busca de uma alternativa ao superado modelo penal-clássico, com a fixação de limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias.

16. O caso brasileiro alerta, ainda mais, para a necessidade de delimitação de um modelo de 'Direito Penal do Inimigo', máxime porque o legislador penal brasileiro, ao menos desde a edição do Código de 1940, não adotou como parâmetro exclusivo nenhuma das tendências do Direito Penal moderno.

17. No seio da discussão acerca da legitimidade de se flexibilizar garantias penais e processuais, é imperioso reconhecer que legislações voltadas à aplicação de sanções alternativas à prisão, romperam com princípios básicos do Direito Penal iluminista, como o contraditório, o exercício da ampla defesa e o devido processo legal, franqueando a legitimação de diferentes velocidades do Direito Penal.

18. No cerne da discussão sobre uma política criminal racional é fundamental reconhecer que a adoção indiscriminada de um Direito simbólico oculta os efetivos limites operativos do Direito Penal e dissimula a omissão do Estado na adoção de políticas públicas e de outras formas de controle social, essenciais para que um modelo de 'Direito Penal do Inimigo' seja, mais que excepcional, efetivamente transitório.

19. As sugestões iniciais para fomentar um debate racional e voltado à realidade diante dos problemas constatados são: (i) traçar claramente quais são os limites operativos do Direito Penal, para se evidenciar as omissões das outras esferas de controle social, máxime a falta de políticas públicas estatais; (ii) exigir a codificação da legislação e a periodicidade dos Códigos, com estratégia, análise sistemática, bom senso e racionalismo; (iii) adotar uma política criminal com abordagem multidisciplinar, pensando-se a realidade brasileira, com estudo dos efeitos para ulteriores correções; e, (iv) delimitar de forma transparente os diferentes modelos de política criminal, especificando os tratamentos que devem ser dado às diversas velocidades do Direito Penal.

20. O panorama do atual Direito Penal nada mais representa, como pretendem LUHMANN e JAKOBS, que um retrato da sociedade. Nesse sentido, o 'Direito Penal do Inimigo' é o retrato da crise da humanidade.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNAMO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALCOVER, Pilar Giménez. El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann. Barcelona: José Maria Basch Editor, 1993.

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

APONTE Cardona, Alejandro. ¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Bogotá: Editorial Temis, Monografías Jurídicas, v. 100, 2005.

_____. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 51, 2004.

ARAÚJO Jr., João Marcello de. Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo: Aspectos, Sistema Penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ASÚA, Luis Jiménez de. El Estado Peligroso. Madri: Imprenta de Juan Pueyo, 1922.

_____. Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990.

_____. Tratado de Derecho Penal, 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1965, Tomo III.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-8392004000100006&script=sci_arttext&tlng=pt>, Acesso em 22 jul. 2005.

BACIGALUPO, Enrique. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Malheiros, Tradução: André Stefam; Revisão, Prólogo e Notas: Edílson Mougenot Bonfim, 2005.

_____. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Madri: Marcial Pons, Monografías Jurídicas, 2002.

_____. Manual de Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1987.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, Coleção Pensamento Criminológico, Freitas Bastos Editora 1999.

_____. Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Buenos Aires: Doctrina Penal, ano 8, n. 29, 1985.

BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Fundamentos do Direito de Punir. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal: Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Novas Tendências do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA Jr., Paulo Nogueira. O Mito da Globalização. Folha de São Paulo, 30 mai. 1996, 2º caderno.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Clarets, 2001.

BECK, Ulrich. La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998.

_____. O que é globalização? São Paulo: Paz e Terra, Tradução: André Carone, 1999.

BENTHAN, Jeremy. Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos. Leme/SP: Edijur, 2002.

BENTO DE FARIA, Antonio. Código Penal Brasileiro (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961, v. I.

BETTIOL, Guisepe. Direito Penal. Campinas: Red Livros, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. Criminologia e direito. Campinas: Red Livros, 2001.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, vol. 7, 2002.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Delitos Sócio-Econômicos: 'Eficientismo' a todo Custo. Disponível em <http://www.ielf.com.br/webs/IELFNova/artigos/artigo_lido.cfm?ar_id=276>, Acesso em 27 mai. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora Unesp, Tradução: Marco Aurélio Nogueira, 1995.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 6ª ed. Brasília: UNB, 1994, v. 1.

BONASTRE, Gerardo Damián. Fundamento, esencia y funciones de la pena en el magisterio de Pío XII, Disponível em <<http://www.carlosparma.com.ar/Bonastre.htm>>, Acesso em 22 jul. 2005.

BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edílson Mougnot. Direito Penal da Sociedade. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997.

_____. São Paulo: Discurso de Abertura do I Congresso Mundial do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.emougnotbonfim.com/portuguese/index.htm>>, Acesso em: 02 mai. 2005, 2000.

_____. Os Reflexos da Constituição Cidadã no Processo Penal. Campo Grande: Revista da OAB Mato Grosso do Sul, ano I, n. 1, 'Os Dez Anos da Constituição Cidadã e os seus reflexos nos demais ramos do Direito', 1999.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, Tomo I.

_____. _____, v. I, Tomo II.

_____. Perigosidade criminal e medidas de segurança. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. Da Prova no Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, Apresentação e ensaio: Raffaele De Giorgi, 2000.

_____. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. A função política do STF. Folha de São Paulo, 22 nov.1999, p. 3.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral. Campinas: LZN, 2002, v. II.

CARVALHO, Olavo de. O Jardim das Aflições. São Paulo: Realizações, 2004.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. Crime e Sociedade Complexa. Campinas: LZN, 2005.

CERVINI, Raúl. Criminalidad Organizada y Lavado de Dinero. Belo Horizonte: Del Rey, Direito Criminal - Coleção JUS AETERNUN, Coordenador: José Henrique Pierangeli, 2000, v. 1.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Democracia direta já! Folha de São Paulo, 05 ago. 2005, 'Tendências/Debates'.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da 'Tolerancia Zero' ao 'Direito Penal do Inimigo'. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>, Acesso em 25 jul. 2005, Tradução: Themis Maria Pacheco de Carvalho.

_____. De nuevo sobre el 'Derecho penal del enemigo'. Buenos Aires: Editorial Argentina, Colección "claves del derecho penal", v. 5, Dir. Francisco Muñoz Conde e Eugenio Raúl Zaffaroni, 2005.

_____. Direito Penal e Controle Social. Rio de Janeiro: Forense, Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005.

_____. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

CONDE, Francisco Munõz; HASSEMER, Winfried. Introducción a la Criminología. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

CORNEJO, Juan José Cernusco; DALMA, Gustavo Alfredo. Principales Enfoques del Funcionalismo Sistémico en la Interpretación de la Norma Penal, Disponível em <<http://derechonatural.tripod.com/ponencias/cernuscodalma.htm>>, Acesso em 21 jul. 2005.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Tradução: Miguel Romero Pérez e Calros Villalobos, Coordenação: Javier Torres Nafarrete, 1996.

COSTA, José de Faria. A Linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de 'técnica' e de 'bio-ética', in 'O Homem e o Tempo'. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, Coordenação: J. A. Pinto Ribeiro, 1999.

D'AVILA, Fabio Roberto. A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal: um breve excuroso sobre o Direito Penal do Risco, Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_penal.htm>, Acesso em 22 jul. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu; MORAES, Alexandre de. 'No combate ao terrorismo, liberdades individuais podem sofrer restrições?'. Folha de São Paulo, 16 jul. 2005, Tendências/ Debates.

DEL OLMO, Rosa. Las Drogas y Sus Discursos. Belo Horizonte: Del Rey, Coleção JUS ETERNUN, v. 5, Coordenador: José Enrique Pierangeli, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001

_____. Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1992.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Teoria de Sistemas y Derecho Penal. Madri: Editorial Comares, 2005.

DIETER, Maurício Stegemann Dieter, Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs: aportes a partir da obra de Juarez Círiano dos Santos, Disponível em <<http://www.apmppr.com.br/congresso/trabalhos/UmaCritFunPrevGerPositPena.doc>>, Acesso em 19 jul. 2005.

DIP, Ricardo. Direito Penal: Linguagem e Crise. Campinas: Millennium, 2001.

DIP, Ricardo; MORAES Jr.; Volney Corrêa Leite de. Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas. Campinas: Millennium, 2002.

DIPP, Gilson. Palestra proferida na sede do Ministério Público do Estado de São Paulo. Seminário “A Ação Integrada do Estado no Combate ao Crime Organizado”, São Paulo, 20 mai. 2005.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Fundamentos da Pena. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, Tradução: Nelson Boeira, 2002.

FARIA, José Eduardo Faria. Poder e Legitimidade. São Paulo: Perspectiva, 1978 .

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito; Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 25ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

FRAGA, Facundo J. Marin. Derecho Penal del enemigo. Disponível em <http://www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57> Acesso em 22 jul. 2005

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: José Bushatksky Editor, 1962, v. 1.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I.

_____. _____, v. I, Tomo II.

GAROFALO, Raffaele. Criminologia. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, Tradução: Júlio de Mattos, 1893.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Parte Geral: Teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 3.

_____. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004.

_____. O Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais do Século XXI, v. 6, 2002

_____. Reação de Zaffaroni ao direito penal do inimigo. Disponível em <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=6000&kw=DIREITO+PENAL+DO+INIMiGO>, Acesso em 27 jul. 2005

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. O Direito Penal na Era da Globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. Crime organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, n. 07-02. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene]>, Acesso em 25 jul. 2005.

_____. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'Derecho penal del enemigo'. Valência: Revista General de Derecho Penal, nº 2, 2004.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal', de Roxin. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto076.doc>>, Acesso em 21 jul. 2005 e publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC)*, n. 32, out./dez. 2000, p. 136 e 137.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, n. 1, 2000.

_____. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo. Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 22 jul. 2005

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Madri: Actualidad Penal, n. 43, 1993.

_____. Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, Tradução: Patricia S. Ziffer, 2003.

_____. El Destino de Los Derechos Del ciudadano em um Derecho Penal 'Eficaz'. Buenos Aires: Doctrina Penal, Ano 13, 49-52, Tradução: Francisco Muñoz Conde, 1990.

_____. Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgan. Principales Problemas de la Prevención General. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, 2004.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, Tradução Orlando Vitorino, 1997.

HIRECHE, Gamil Föppel El. A Função da Pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBSBAWN, Eric. A Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, Tradução: Marcos Santarrita, 1997.

HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. Comentários ao Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, Tomo 1º

_____. _____, 1959, v. IX.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

INGENIEROS, José. O Homem Medíocre. Campinas: Edicamp, 2002.

JAKOBS, Günther. Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Tradução: Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

_____. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

_____. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução: André Luís Callegari, 2003.

_____. La Ciencia Del Derecho Penal ante las exigencias del presente. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Tradução: Teresa Manso Porto, 2000.

_____. Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, Tradução: Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijóo Sánchez, 2004.

_____. Sobre la teoría de la pena. Bogotá: Univesidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, Cuadernos de Conferencias y artículos n. 16, Tradução: Manuel Cancio Meliá, 1998.

_____. Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Tradução: Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003; versão em espanhol: Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Bogotá: Univesidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, Tradução: Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, 1998.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005; versão em espanhol: Derecho penal del enemigo, Madri: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. Breves Considerações sobre a Prevenção ao Terrorismo no Brasil e no Mercosul: Justiça Criminal em Tempos de Terror. São Paulo: Auditório 'Julio Fabbrini Mirabete', Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, 05 de out. de 2004.

_____. Direito Penal: Parte Geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y Espana. Disponível em <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02_Rosario.pdf>, Acesso em 21 jul. 2005.

KAUFMANN, Armin. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KUJAWSKI, Gilberto De Mello. Império e Terror. São Paulo: IBASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 2003.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 1975

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASCANO, Carlos J. La Cruzada de Ricardo Nuñez contra el Derecho Penal Autoritário. Disponível em <www.carlosparma.com.ar>, Acesso em 27 jul. 2005.

LAVIÉ, Quiroga. Derecho constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LEVORIN, Marco Polo. Princípio da Legalidade na Medida de Segurança: Determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LUHMANN, Niklas. Complejidad y Modernidad: de la Unidad a la Diferencia. Madri: Trotta, Edição e Tradução: Josexo Berian e José María García Blanco, 1998.

_____. La Differenziazione del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, Tempo Brasileiro, 1983.

_____. O Direito da Sociedade (Das Recht Der Gesellschaft). Barcelona, Tradução provisória: Javier Torres Nafarrete, 2000.

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

_____. Criminalidade Econômico-Financeira. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Direito Penal Normativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

_____. Novíssimas Escolas Penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

_____. Novas Escolas Penaes. Rio de Janeiro: Est.Graph.Canton & Reile, 1936.

LOMBROSO, César. O Homem Delinqüente. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. São Paulo: Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 1, mai. 2005.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Terrorismo de Estado. Folha de São Paulo, 12 jul. 2005, p. A11.

_____. A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?, Folha de São Paulo, 27 jul. 2004, Tendências/Debates.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, Tomo I.

MARCÃO, Renato Flávio. Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3602>, Acesso em 30 mai. 2005.

- MARINA, José Antonio. *Cronicas de la Ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- MARIANO DA SILVA, César Dario. *Provas ilícitas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1997, v. I.
_____. _____, 2000, v. III.
- MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MELLO, Dirceu de. *Criminoso habitual e criminoso por tendência: Acertos e desacertos do Novo Código Penal Brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinquentes - Análise e sugestões*. São Paulo: Revista Justitia, n. 82, 3º trim. 1973.
_____. São Paulo: Aula Proferida no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1º sem. 2004.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004, Tomo I.
_____. *Tratado de Derecho Penal*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, Tradução: Rodriguez Muñoz, 1955, Tomo I.
- MILANESE, Pablo. *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,119,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul. 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases Del derecho penal*. Barcelona: JM Bosch Editor S.A., 1976.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo I.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho Penal: Introducción*. Madri: Universidad Complutense Madrid, 2000.
- MONIZ SODRÉ de Aragão, Antonio. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORSELLI, Elio. *A Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, v. 19, 1997.
- MÜSSIG, Berdn. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de

Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Tradução: Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, 2001.

NAKAZONE, Agenor; GERTEL, Nelson Lacerda. A Justiça Criminal a caminho da falência. O Estado de São Paulo, 30 jun. 2005, p. A3.

NERY Jr., Nélon. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança, in 'Curso sobre a Reforma Penal'. São Paulo: Saraiva, Coordenador: Damásio Evangelista de Jesus, Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1985.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, Atualização: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, 1986, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OUVIÑA, Guillermo. Estado Constitucional de Derecho Penal: Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

PACHECO CARVALHO, Themis Maria de. El ciudadano, el terrorista y el enemigo. Disponível em < <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,16,0,0,1,0>>, Acesso em 27 jul. 2005

PASSOS, Darcy Paulilo dos. Da Ameaça. São Paulo: Revista Justitia n. 22, 3º trim. 1958.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves Apontamentos sobre o Funcionalismo Penal, Disponível em <<http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/penal/artigos/FUNCIONALISMO.PENAL.ROXIN.doc>>, Acesso em 24 jun. 2005.

PEREIRA DE FARIAS, Edílson. Colisão de direitos. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2000 .

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de Mera Conduta. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PINHO, Ruy Rebello. História do Direito Penal Brasileiro - Período Colonial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, SÍLVIA; PANDJIARJIAN, Valéria. Pós-2001: era dos direitos ou do terror? Folha de São Paulo, 09 out. 2001, Tendências/Debates.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, in "Dogmática Y Ley Penal - libro homenaje a Enrique Bacigalupo", Tomo I. Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega Y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., Cordenadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugarldía Espinar, 2004.

_____. Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. Madri: Jueces para la democracia, nº 49, 2004, p. 43-50.

_____. El derecho penal y procesal del 'enemigo': las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Madri: Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Coord. Jacobo López Barja de Quiroga, José Miguel Zugaldía Espinar, v. 1, 2004, p. 693-720

_____. La configuración del 'Homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial. Madri: Serta: *in memoriam Alexandri Baratta*, Coord. Fernando Pérez Alvarez, 2004, p. 1401-1424.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./abr. 2004, Tradução: Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. É realmente possível distinguir Direito Penal de política criminal? Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_penal.htm>, Acesso em 22 jun. 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Bases Críticas de um Nuevo Derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1999.

RAMOS SÁNCHEZ, Javier. Un derecho penal del enemigo. Disponível em <<http://diaspora-vasca.freeservers.com/irakur.htm>>, Acesso em 27/07/2005

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE Jr., Miguel. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. São Paulo: RT, n. 763, p. 415.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. A racionalidade das leis penais: Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista Elec-trónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, n. 06-03. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 06-03 (2004), 19 may]>, Acesso em 25 jul. 2005.

RIQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P., El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes en la ley. Revista Universitaria, ano V, n. 3, jun. 2003, Disponível em <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf> >, Acesso em 28 jul. 2005.

RIQUERT, Marcelo Eduardo; JIMENEZ, Eduardo Pablo. Teoría de la pena y derechos humanos: nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional. Buenos Aires: Sociedad anónima editora comercial, industrial y financeira, 1998.

ROMERO, Sílvio Ensaio de Filosofia do Direito. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2001.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,67,0,0,1,0>>, Acesso em 25 jul. 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1712-1778). Do Contrato Social, VirtualBooks Formato: e-book/rb, Código:RCM, Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, Tradução: Rolando Roque da Silva, 2002.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução: Luís Greco, 2002.

_____. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal , Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSSEL, Bertrand. História do Pensamento Ocidental. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Eficiência e Direito Penal. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Tradução: Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2004.

_____. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

_____. Aproximación al Derecho Penal contemporâneo. Barcelona: JM Bosch Editor S.A., 1992.

SANTO, Marino Barbero. Pena de muerte y estado democrático; Buenos Aires: Depalma, Doctrina Penal, , Ano 6, 1983.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Bases Críticas do Direito Criminal. Leme/SP: Editora de Direito, 2000.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal: Parte General, 3ª ed., Barcelona: JM Bosch Editor S.A., Tradução: Juan del Rosal e José Cerezo, 1956.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Esquerda punitiva. Disponível em <http://ultimainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=17342>, Acesso em 27 jul. 2005.

SCHÜENEMANN, Bernd. Sobre la Crítica a la teoría de la prevención general positiva. Barcelona: Silva-Sánchez (ed), Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Tradução: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 1997.

SHECARIA, Sérgio Salomão. CORRÊA Jr., Alceu. Teoria da pena: Finalidades, Direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (Império). Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1.

SILVA, Ivan Luiz da. Crime Organizado. Recife: Nossa Livraria, 1998.

SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed., 1994.

SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. 4ª ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, Atualização: Guillermo J. Fierro, 1999, Tomo I.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos, in 'Fascículos de Ciências Penais'. São Paulo, n. 5/59.

_____. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOLEDO BARROS, Suzana de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003

TÓRTIMA, Pedro. Crime e Castigo para além do Equador. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

VANEGAS, Farid Samir Benavides. La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal. Disponível em <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,66,0,0,1,0>>, Acesso em 25. jul. 2005.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento Sistêmico. O novo paradigma da ciência. 3ª ed. Campinas: Papyrus, 2003.

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. Madri: Revista de derecho penal y criminología, nº 15, 2005, p. 197-220.

VEYNE, Paul. Como se escreve a história, Brasília: Edunb, Tradução: Alda Baltar e Maria A. Kneipp, 1982.

VIEHWEG, Theodor. Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica, Tópica y Filosofía del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1991.

VITALE, Gustavo L., Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal: Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro: Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. J. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 29 jul. 2005.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., Tradução e prefácio: José Hygino Duarte Pereira, 1899, Tomo I.

WEFFORT, Francisco Correa (org.). Os Clássicos da Política. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1991, v. 2.

WELZEL, Hans. Direito Penal. Campinas: Romana, Tradução de Afonso Celso Rezende, 2004.

_____. El Nuevo Sistema Del Derecho Penal : Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Julio César Faira, Tradução: José Cerezo Mir, 2001.

WINTER DE CARVALHO, Délton. O Direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do Direito. Disponível em <[http://www.google.com/search?q=cache:xfiJbFJS34J:www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf+D%C3%](http://www.google.com/search?q=cache:xfiJbFJS34J:www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf+D%C3%>)>, Acesso em 03 mai. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, Coleção JUS AETERNUN, v. 1, Coordenador: José Henrique Pierangeli, 2000.

_____. Elementos para uma leitura de Tobias Bareto, in 'Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso', Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, Organizador: João Marcello Araújo Junior (diversos autores), 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

*** LIVROS AUXILIARES NA ELABORAÇÃO DO TRABALHO**

SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Cortez, 18 ed., 1992.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas Curriculum vitae e memorial. Curitiba: UFPR, 2000, vols. 2, 6, 7 e 8 (Normas para apresentação de documentos científicos).