

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: MODELOS DE (DES)LEGITIMAÇÃO

Bruno Moura¹

Resumo

O artigo analisa os distintos modelos teóricos de crítica e justificação do atual processo de expansão do Direito Penal no contexto da sociedade do risco e enfatiza a necessidade de harmonizar as exigências de eficácia na luta contra a moderna criminalidade e as clássicas garantias do cidadão.

Abstract: The article analyzes the different theoretical models of criticism and justification of the current process of expansion of Criminal Law in the context of risk society and emphasizes the need to harmonize the demands of efficiency in the fight against modern crime and the classic guarantees of the citizen.

Keywords: Criminal Law. Crisis. Expansion. Legitimation.

Palavras-chave: Direito penal. Crise. Expansão. Legitimação.

1. Introdução

Contextos de crise são frequentes no cotidiano do mundo contemporâneo. Basta mencionar dois exemplos recentes: a crise econômica mundial deflagrada no final de 2008 (fruto da irresponsável política de empréstimos sem garantias para o setor imobiliário nos EUA) e a pandemia da gripe A (H1N1) em 2009. No Brasil há muito tempo são corriqueiros os diagnósticos de “crise política”, “crise do judiciário”, “crise da saúde”, “crise da previdência social”, “crise da segurança pública”, “crise da educação”, etc., veiculados diariamente pelos *mass media*.

Não poderia o sistema jurídico passar imune por esta turbulência. Com efeito, podemos identificar uma profunda e crescente “tripla crise do Direito” (legalidade, Estado social e Estado nacional), que assola inclusive os países de democracia mais avançada e pode ser sintetizada na “crise da democracia”².

¹ Mestrando em Direito penal pela Universidade de Coimbra.

² A crise de legalidade reside na ausência ou ineficácia do controle do fenômeno da ilegalidade do poder (uma espécie de Estado paralelo baseado no sistema de corrupção que, envolvendo política, administração pública e economia, transfere a competência de decisões para sedes extralegais regidas pelos partidos políticos e lobbies

Precisamente por se tratar do meio mais drástico e de intervenção do poder do Estado na esfera de liberdade do cidadão, o Direito penal é o de longe o ramo jurídico mais suscetível a esta espécie de questionamentos. Não por acaso, padece de uma crônica e aguda crise de legitimação.

Sempre se falou em crise no campo jurídico-criminal, constatação que segue como verdadeiro lugar comum nas discussões criminológicas, político-criminais e dogmáticas da ciência penal contemporânea. Mas hoje se questiona mais do que nunca sua atuação: a crise do Direito penal “é o verdadeiro problema penal de nossa época”³.

Na atualidade o fator de crise é a expansão do Direito penal no contexto da denominada “sociedade do risco”. As vias deste fenômeno expansivo já são bem conhecidas: consagração de “novos âmbitos” de proteção através da figura dos bens jurídicos coletivos; aumento de tipos penais em branco e de conceitos jurídicos indeterminados na redação típica; antecipação da barreira de punibilidade mediante a crescente utilização de delitos de perigo abstrato; ampliação do uso de tipos omissivos e de tipos culposos; esfumaçamento das diferenças entre ação e omissão, dolo e culpa consciente, autoria e participação, preparação e tentativa; aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, etc.

Estes instrumentos moldam a imagem de um Direito penal que relativiza ou até mesmo ignora os clássicos princípios de legitimação garantista (exclusiva proteção de bens jurídicos, subsidiariedade, fragmentariedade, legalidade, ofensividade, causalidade,

econômicos) e na crise constitucional derivada do enfraquecimento dos limites ao exercício dos poderes públicos (esvaziamento de conteúdo da função parlamentar, conflitos entre os três poderes e vinculação entre política e máfia), fenômenos vivenciados em países como Itália, França, Espanha e Brasil. A crise do Estado social está no caráter indeterminado, discricionário e contingente das prestações positivas (que, outorgadas à intermediação burocrática e partidária de interesses setoriais e corporativos, originam uma inflação legislativa marcada pela descodificação, emergência, excepcionalidade e perda da generalidade e abstração) e na ausência de um sistema de garantias dos direitos sociais equivalente ao existente para os direitos individuais. Já a crise do Estado Nacional mora na alteração dos lugares de soberania e na falta de um constitucionalismo de Direito internacional que esquematize o problema da hierarquia das fontes do Direito. Tudo isto em: FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. In: *Nuevo Foro Penal*. Medellín, nº. 60, enero-abril de 1999, pp. 59 e ss.

³ IDEM. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 342. Falando em crise: SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18; HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*. Porto Alegre, ano III, nº. 18, fev./mar. 2003, pp. 144-157; LÜDERSEN, Klaus. *La función preventivo-geral del sistema del delito*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 99 e 100; EMILIO SARRULLE, Oscar. *La crisis de legitimidad del sistema penal: abolicionismo o justificación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, pp. 16 e ss.; CALLEGARI, André Luis. et al. *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, *passim*; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Crise do direito penal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº. 88, volume 765, julho de 1999, pp. 417-435; GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo. *As grandes transformações do Direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 27 e ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal*. In: *ADPCP 53* (1999), pp. 286 e ss., onde fala em “crise na prestação” e “crise de efetividade” do Direito penal.

responsabilidade subjetiva, culpabilidade, etc.) em favor do atendimento às demandas de eficiência na gestão política ou administração da (in)segurança objetiva e subjetiva da população⁴.

Logicamente, o avanço do Direito penal material sobre a esfera de liberdade dos cidadãos trouxe um intenso debate acerca da justificação deste processo. Neste campo, surgem distintas posturas político-criminais e criminológicas que procuram ofertar critérios materiais de delineamento e valoração do fenômeno expansivo e, assim, delimitar o âmbito legítimo do Direito Penal. Estes modelos teóricos de (des)legitimação serão analisados a seguir.

2. Direito Penal do Risco

Uma primeira corrente de pensamento considera que as transformações sofridas pelo moderno Direito penal são fenômenos irreversíveis segundo o atual estágio histórico-cultural de evolução das necessidades sociais. Neste *Direito penal do risco*, o caráter inexorável e irrenunciável dos instrumentos de expansão utilizados pelo legislador conduz à justificação dogmática e político-criminal dos mesmos.

Sem embargo, esta aceitação não se dá de forma ilimitada e acrítica, mas sim através da releitura de determinados princípios-garantias e critérios de imputação, em certa medida relativizados em prol de sua compatibilidade com as novas exigências dirigidas ao Direito penal. Em outros termos, o programa aceita restritiva e condicionalmente as “novas formas de criminalidade” e seus elementos (bens jurídicos coletivos, imputação objetiva, delitos de perigo abstrato, etc.) como realidades político-criminais e empírico-normativas face às quais já não se pode voltar atrás e que precisam ser devidamente explicadas pelo arcabouço conceitual construído a partir do paradigma do risco⁵.

⁴ Informativos: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, pp. 17 e ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 21 e ss.; SGUBBI Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell' illegalità penale*. Bologna: Il Mulino, 1990, *passim*; KUHLEN, Lothar. *El Derecho penal del futuro*. In: *CJDP*, pp. 230-240.

⁵ Esta orientação em: ROXIN, Claus. *El legislador no lo puede todo*. In: *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*. México, nº. 12, 2004/2005, pp. 321-347; IDEM. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* In: *TBJ*, pp. 443-458; SCHÜNEMANN, Bernd. [nota 2], pp. 11 e ss.; IDEM. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, *passim*; HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: *TBJ*, pp. 179-196; TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, *passim*; STRATENWERTH, Günther. *Desarrollos modernos del Derecho penal en Europa Central*. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*. Buenos Aires, nº. 8, 1998, pp. 53-66. Entre nós: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 89

Sem embargo, o conceito de “Direito penal do risco” apresenta um alto grau de ambigüidade e ambivalência, pecando pela generalização e abstração da problemática dos limites do *jus puniendi*. O tratamento racional da questão só pode estar na análise diferenciada e individualizadora dos diversos níveis, fundamentos e conseqüências da utilização daqueles elementos, bem como da compatibilidade específica de cada uma destas categorias com o regime de garantias fundamentais e regras básicas de imputação⁶.

3. Retorno ao Direito Penal “Clássico”

Para a escola jurídico-penal de Frankfurt, o “Direito penal moderno” deixou de ser a *ultima* e se converteu na *prima* ou inclusive *sola ratio* da intervenção estatal, aumentando irrefletidamente a sua incumbência para a solução de problemas do cotidiano através da assunção de tarefas que lhe são originalmente estranhas.

Os “déficits crônicos de realização prática” ou “déficits de funcionamento” resultantes da clara incapacidade de cumprir estas novas promessas (um enorme número de processos fica parado ou é encerrado ainda na fase de investigação; os juízes penais não preenchem plenamente as condições para punição; as cifras negras são excessivamente altas; a seletividade da justiça procura as pessoas “erradas ou “peixes pequenos” e não as “corretas” ou “peixes grandes”) o transformaram em um *Direito penal simbólico*, que relega a um segundo plano sua missão instrumental de tutela de bens jurídicos. Eis a chamada “dialética da modernidade”: na tentativa de obter uma eficiência nunca antes vista, o atual Direito penal se tornou anacrônico e contraproducente, além de passar por cima das tradicionais garantias fundamentais do cidadão⁷.

Neste quadro, os teóricos da escola de Frankfurt propõem um projeto de restrição do campo de atuação do Direito Penal, de modo a lhe garantir a máxima dose possível de

e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, *passim*.

⁶ Segundo KUHLEN, a expressão “Direito penal do risco” possui alto grau de ambigüidade e ambivalência, assumindo quatro significados distintos: preservação do futuro frente a grandes riscos pelo Direito penal; proteção antecipada de bens jurídicos universais através dos delitos de perigo abstrato; Direito penal simbólico; sistematização da evolução recente do Direito penal. Informativos: PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In: *CJDP*, pp. pp. 263 e ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. [nota 3], pp. 23 e ss.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999, pp. 15 e ss.

eficiência no combate à criminalidade dentro do marco permitido pelas exigências de respeito àqueles princípios-garantias⁸.

A formulação que mais se destaca é a apresentada por HASSEMER, que postula um verdadeiro e incondicional retorno ao “Direito Penal Clássico” (construído segundo a filosofia política da Ilustração, particularmente a partir do contrato social teorizado pela filosofia idealista alemã como superação do direito natural), marcado por duas características fundamentais: (i) a tutela de bens jurídicos individuais ou pessoais tradicionais (vida, liberdade, patrimônio, honra, saúde, etc.) e, somente em casos excepcionalíssimos, a tutela de bens jurídicos coletivos, desde que imediatamente funcionalizados em benefícios dos bens jurídicos pessoais (as falsidades documentais podem ser reconduzidas ao interesse individual na integridade dos meio probatórios; parte dos delitos ambientais pode ser reconduzida ao conjunto de condições vitais dos indivíduos, etc.); (ii) a rígida vinculação aos tradicionais princípios materiais e formais de garantia (legalidade, ofensividade, *ultima ratio*, proporcionalidade, etc.).

Esta limitação ao “núcleo” ou “centro” do Direito Penal envolve, conseqüentemente, a negação *in totum* da técnica dos crimes de perigo abstrato e a manutenção dos delitos de lesão como padrão de tipificação, admitindo-se com parcimônia a utilização dos delitos de perigo concreto naquelas hipóteses de colocações em perigo de extrema gravidade.

Para aproximar o Direito penal à sua real capacidade de solução dos conflitos (enquanto “Direito Penal nuclear” ou “básico”), HASSEMER pretende transportar o conjunto de tipificações penais referentes à “moderna criminalidade” para um novo ramo do sistema jurídico, denominado de “Direito de Intervenção” (*Interventionsrecht*). Este novo sistema de proteção, cuja tarefa seria cuidar em geral dos ilícitos ambientais, econômicos, em matéria de drogas, etc., se localizaria entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador, entre o Direito público e o Direito civil, e em virtude da menor severidade das sanções, seria informado por um regime de garantias materiais e processuais mais flexível do que aquele vigente no âmbito criminal⁹.

⁸ A tendência reducionista frankfurtiana em: HASSEMER, Winfried. [nota 6], pp. 15 e ss., onde salienta que tanto as distorções no funcionamento das leis quanto as conseqüências injustas e arbitrárias de seu funcionamento conforme o pretendido constituem déficits de realização; IDEM. [nota 2], pp. 144-157; HERZOZ, Félix. *Límites al control penal de riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)*. In: ADPCP 46 (1993), pp. 317-327; IDEM. *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*. In: *Revista La Ley Penal*. Barcelona, nº. 4, pp. 54-58; PRITTWITZ, Cornelius. [nota 5], pp. 259 e ss.

⁹ Sobre tudo isto: HASSEMER, Winfried. [nota 6], pp. 19-42 e 116-119; IDEM. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 189-209 e 223-244; IDEM. [nota 2], pp. 156 e 157.

Sem embargo, a despeito das boas intenções deste programa, sua realização está fadada ao fracasso. Primeiramente, o individualismo monista da teoria personalista do bem jurídico, além de radical e ultra-liberal, é pouco realista, ignorando a atual dimensão dos problemas sociais e das demandas de solução¹⁰. Em segundo lugar, o “Direito de Intervenção” é uma idéia muito pouco precisa, pois seu conteúdo e conformação são apenas indicados de *lege lata*: sabe-se que ele deve se situar em algum lugar do ordenamento jurídico, mas não se sabe exatamente onde. Dito de outro modo: está lançado em um buraco negro. Em terceiro termo, os instrumentos substitutivos não possuem a dimensão comunicativa superior típica dos meios do Direito penal, capazes de assinalar aos cidadãos a existência de custos muito superiores ao benefício pessoal proporcionado pelo delito. Em todo caso, é preciso uma análise profunda e diferenciada para descobrir em quais âmbitos esta troca de instrumentos é viável. Por último, o “Direito Penal Clássico”, tal como visualizado pelos penalistas da escola de Frankfurt, simplesmente não existiu: trata-se de uma utopia histórica, pois o contrato social que fundamenta esta proposta não é elemento exclusivo do Idealismo alemão e do Iluminismo, senão os antecede, como demonstra o pensamento jusnaturalista e racionalista formulado por HOBBS, GROCIO e PUFENDORF¹¹.

4. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo

Indubitavelmente, o modelo político-criminal mais controvertido e polêmico da atualidade é aquele elaborado por JAKOBS, que transitando de um discurso crítico para um discurso legitimador¹², destaca a existência de dois tipos ideais de Direito penal, entendidos

¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. [nota 2], pp. 14 e ss., onde resume (p. 14): o “individualismo de Frankfurt está condenado a exprimir em demasia um único princípio, convertendo-o assim, em vez de em um elemento positivo, em um obstáculo”.

¹¹ Estas críticas estão diluídas em: SCHÜNEMANN, Bernd. [nota 4], pp. 53-55, 57, 63-67 e 188, onde acrescenta que um Direito de Intervenção implicaria na necessidade de uma multidão de funcionários de fiscalização e controle com poder de polícia e que os postulados de justiça e de igualdade são pisoteados pela escola de Frankfurt; IDEM. [nota 2], pp. 16-41; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. [nota 3], pp. 149 e ss., com especial destaque à utopia histórica de um “Direito Penal liberal”; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, pp. 199 e 200; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, pp. 161 e 167.

¹² O primeiro está em seu famoso escrito para uma conferência em Frankfurt em 1985, onde criticou a antecipação da barreira de punibilidade através de certos delitos de perigo abstrato. A bem da verdade, já neste momento JAKOBS propunha uma legitimação excepcional em situações de emergência: JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. In: IDEM. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos *et. al.* Madrid: Civitas, 1997, pp. 293-324, onde resume (pp. 322 e 323): “Certamente são possíveis situações, que talvez se dêem neste momento, nas que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigência caso se aguarde com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas inclusive então o Direito penal de inimigos pode-se legitimar como um Direito penal de emergência que rege excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes têm por isso que ser separados estritamente do Direito penal de cidadãos, preferivelmente também em sua pretensão externa. (...) O Direito penal de inimigos deve tem também que ser separado do Direito penal de cidadãos de um modo tão claro

não como setores clara e rigidamente separados, senão como “duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”: o Direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e o Direito penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*)¹³.

JAKOBS parte de duas premissas fundamentais Primeiramente, a função do Direito penal é garantir a identidade normativa da sociedade através da manutenção da vigência de suas normas fundamentais. Em segundo lugar, o conceito de *pessoa* ou *cidadão* é definido normativamente: a personalidade jurídica é um atributo outorgado pelo Direito positivo, que em certas hipóteses excepcionais pode revogar esta atribuição, transformando a pessoa em mero *indivíduo*¹⁴.

O Direito penal do cidadão trata o autor do fato como pessoa em Direito (titular de direitos e obrigações na ordem jurídica). O crime cometido pelo cidadão é um deslize e a pena, ao levá-lo à sério como pessoa, o mantém dentro do ordenamento. Isto é assim porque neste caso o criminoso oferece a garantia cognitiva de que no futuro se conduzirá como cidadão fiel ao Direito. Aqui o Direito penal observa todas as garantias materiais e processuais, aguardando a exteriorização de uma perturbação da esfera jurídica de outra pessoa ou de uma instituição jurídica positiva para intervir.

Diferentemente, o Direito penal do inimigo não trata o delinqüente como cidadão/pessoa, mas sim como mera fonte de perigo para a vigência da norma, *i.e.*, como um ser sensível que se orienta pelo código satisfação/insatisfação de interesses e não pelo código lícito/ilícito. O criminoso cidadão é, pois, excluído pelo Direito penal (mas não pelos demais ramos jurídicos). Isto ocorre quando através de condutas reiteradas (criminalidade econômica, sexual, drogas e contra a segurança do Estado) o da incorporação do sujeito a uma organização criminosa (crime organizado ou terrorismo) o sujeito se transforma em autor por tendência e se desvia do Direito de forma decidida e provavelmente duradoura, deixando de

que não exista perigo algum de que se possa infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por analogia ou de qualquer outra forma no Direito penal de cidadãos”. Nas conferências em Berlin (1999) e novamente em Frankfurt (2002) JAKOBS altera sua posição. Informativo sobre estas duas fases: GRECO, Luís. *O chamado Direito penal do inimigo*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº. 7, 2005, pp. 211-246; PRITTWITZ, Cornelius. *Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?* In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (Coord.). *La política criminal em Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 111 e ss.

¹³ JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*. März 2004, Heft 3, p. 88.

¹⁴ Estas bases em: IDEM. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?* In: *ZStW* 107 (1995), pp. 843 e ss.; IDEM. *Strafrechtliche Zurechnung. Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung. Manuskript von der Rechtsphilosophisches Seminar der Bonn Universität*, 1995, pp. 1 e ss. Informativo sobre o conceito de pessoa em HEGEL e JAKOBS: MÜSSIG, Bernd. *Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 371 e ss.

oferecer a garantia cognitiva mínima necessária para ser tratado como pessoa, uma vez que a expectativa de comportamento a ele dirigida é continuamente defraudada.

Aqui o Direito penal apenas atua preventivamente contra um perigo, através da imposição de uma “pena” que, ao se orientar exclusivamente para a garantia de segurança ante a ameaça de fatos futuros, constitui na verdade uma medida de segurança que tem a comissão do delito como pressuposto. A intervenção penal é antecipada para alcançar o âmbito prévio à ocorrência de um *output* lesivo à vigência da norma (delitos de perigo abstrato e punição de atos preparatórios), pois a periculosidade do autor justifica a interceptação ainda em sua esfera de organização privada. Em suma, o Direito penal do inimigo não mantém a vigência da norma através da pena, senão combate perigos através da mera coerção. E se legítima, desde que claramente delimitado, pela existência de um direito fundamental dos cidadãos à segurança pública, em razão do qual o Estado tem o *dever* de não tratar como pessoa aqueles que o vulneram¹⁵.

Este programa político-criminal é tão absurdo que não são necessárias muitas linhas para rechaçá-lo. Primeiramente, o estágio atual da política criminal mostra que todo o Direito penal já está contaminado pelo Direito penal do inimigo e por isto falha qualquer tentativa de traçar uma mínima separação entre dois tipos ideais de Direito penal. Em segundo lugar, mal se pode acreditar que JAKOBS use o escandaloso e indecoroso conceito de “não-pessoa”, cujo manuseio é inaceitável do ponto de vista normativo: a dignidade da pessoa humana consagrada nas Constituições democráticas contemporâneas impede o tratamento de criminosos, por piores que sejam, como inimigos contra os quais o Direito Penal deve deflagrar um procedimento de guerra. A proposta se vale exclusivamente de uma racionalidade formal-instrumental que ignora as questões de validade material e nem sequer se

¹⁵ JAKOBS, Günther. [nota 12], pp. 88 e ss., onde sintetiza (p. 90): “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 ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse 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 que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta de um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. 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”. O discurso legitimador de JAKOBS é evidente, ainda que não ilimitado (p. 94): “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só pode esperar ser tratado como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que se tem denominado Direito penal do inimigo” Os limites, segundo JAKOBS, residem no que ele denomina de Direito penal do inimigo “supérfluo”: aquela antecipação para o futuro legitimada para os terroristas e demais inimigos não está, todavia, legitimada para os casos de planejamento de *qualquer* delito, ou seja, para delitos “normais” como um simples roubo ou furto.

preocupa em maquiar a nítida e ínsita tendência a um Direito penal autoritário e militarizado que traz à lembrança as atrocidades cometidas pelo regime nacional-socialista na Alemanha.

Em terceiro termo, esta concepção bélica consagra um Direito penal de atitude interna que desrespeita a existência de um *forum internum*, sujeitando e instrumentalizando de forma incondicional o indivíduo em favor das necessidades de controle de determinada direção política. Ao mesmo tempo, trata-se de um Direito penal de autor, que se recusa a definir materialmente o campo dos “fatos de inimigos”. Em quarto lugar, é bastante duvidosa a vinculação da institucionalização do Direito à disposição interna de determinados indivíduos, pois a vigência da norma independe da atitude de infidelidade de algumas pessoas. Por último, a idéia de que os inimigos não precisam ser tratados como cidadãos/pessoas evidencia um pessimismo cultural destituído de qualquer base empírica¹⁶.

Em suma, o Direito penal do inimigo é um Direito penal do risco que se desenvolveu na direção errada e que paradoxalmente pretende proteger o Direito e a liberdade através de violações do Direito e da liberdade¹⁷, além de prejudicar o necessário debate acerca do alcance legítimo do Direito penal legítimo e sobre suas alternativas parciais (seja o Direito civil e o Direito administrativo, seja o Direito de intervenção proposto por HASSEMER e o sistema de velocidades elaborado por SILVA SÁNCHEZ)¹⁸.

5. O Direito Penal de Três Velocidades

SILVA SÁNCHEZ entende que a expansão do Direito Penal tem espaços de legitimidade e de ilegitimidade. Para delimitá-los, o autor espanhol propõe um sistema que

¹⁶ As críticas em: PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *RBCCRIM* 47 (2004), pp. 42 e 43, onde destacar que o conceito de “não-pessoa” não pode ser mais usado após 1945: “o dano que JAKOBS causou com suas reflexões e seu conceito de Direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do Direito penal e processual contrário ao Estado de Direito. Mas também na discussão na Alemanha ele pode ser responsabilizado por quebrar o tabu de destruir necessariamente os limites pelo menos em tese indiscutíveis entre Direito penal e guerra”. Também: IDEM. [nota 11], pp. 117-119, onde aponta que o uso do conceito de inimigo não só é desumano e ressuscita noções nacional-socialistas justificadoras da exclusão de certos grupos de indivíduos, senão também constitui uma benção científica e filosófica ao populismo autoritário, tão atraente na América Latina, através da separação entre “bons” e “maus”, “amigos” e “inimigos”. Ainda: GRECO, Luís. [nota 11], pp. 211 e ss.; D’AVILA, Fabio Roberto. O espaço do Direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. In: *RBCCRIM* 64 (2007), pp. 88 e ss.; MÜSSIG, Bernd. *Op. cit.*, pp. 385 e ss. onde anota que a instrumentalização/desformalização do Direito penal cidadão pelo Direito penal do inimigo é um “escândalo em termos de direitos humanos” que “identifica um mundo de sombras do Direito: o estado de exceção como ordem”.

¹⁷ PRITTWITZ, Cornelius. [nota 15], pp. 44 e 45; IDEM. [nota 11], pp. 107 e ss., onde destaca também que é igualmente notável e lamentável que a dura e quase unânime crítica ao Direito penal do inimigo de JAKOBS se refere apenas ao conceito: tivesse ele escolhido outro nome (o “Direito de luta contra a delinquência”, por exemplo), teria recebido o aplauso de muitos.

¹⁸ IDEM. [nota 11], p. 119.

diferencia o Direito Penal em três grandes setores, segundo a intensidade da rigidez dos princípios de garantia e das regras de imputação. Em todo caso, a unidade substancial do Direito penal está no “ponto médio” entre um Direito penal mínimo e um Direito penal máximo, o que garante que aqueles três blocos sejam, na medida da funcionalidade de cada um, suficientemente garantistas¹⁹.

O primeiro setor é o “Direito penal nuclear” ou “Direito penal de primeira velocidade”, que por se valer da pena privativa de liberdade como instrumento fundamental, dever ser informado por princípios garantísticos extremamente rígidos (taxatividade, proporcionalidade, proteção de bens jurídicos, lesividade, *ultima ratio*, culpabilidade, grande exigências probatórias, etc.) e pelas rigorosas e tradicionais regras de atribuição da responsabilidade (imputação objetiva, dolo, autoria, comissão por omissão, regras sobre o erro, etc.). Trata-se, pois, de um “modelo de maior intensidade garantística”. O segundo âmbito é o “Direito Penal moderno” ou “Direito penal de segunda velocidade”, que por se valer de penas não privativas de liberdade (penas pecuniárias e restritivas de direito), se caracteriza pela relativização daqueles princípios de garantia (princípio da legalidade, culpabilidade, lesividade, etc.) e pela flexibilização controlada dos elementos de imputação da responsabilidade (responsabilização de pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria e da comissão por omissão, diminuição das exigências no campo das condições de evitabilidade do erro, etc.). Dito de outro modo, a expansão do Direito penal neste âmbito é explicada e legitimada pela generalização do uso de sanções penais alternativas à pena de prisão. Já o terceiro setor que está autorizado a considerar o delinquentes como um verdadeiro inimigo e a deixar de observar praticamente por completo o regime de garantias individuais. Este excepcional “Direito Penal do Inimigo” ou “Direito penal de terceira velocidade” tem sua atuação condicionada aos pressupostos de “emergência” e “transitoriedade” (criminalidade de Estado, terrorismo e criminalidade organizada)²⁰.

Com efeito, trata-se de uma proposta engenhosa e que tem o mérito de ofertar ao legislador penal um modelo diferenciador de equacionamento dos problemas da moderna criminalidade segundo suas peculiaridades. Contudo, tal programa contraria as próprias premissas: se é necessário manter o Direito Penal para o tratamento dos problemas sociais

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. [nota 3], pp. 149 e ss., onde parte da premissa de que a configuração dos diferentes sistemas de garantias e de imputação depende da gravidade das conseqüências jurídico-penais empregadas: não é preciso que em todo o sistema jurídico existam as mesmas garantias, o mesmo acontecendo com o sistema jurídico-penal, que não é obrigado a estabelecer os mesmos princípios para o caso de sanções substancialmente diversas. Nesta trilha, o verdadeiro fenômeno a ser sempre contido seria a expansão do *Direito Penal da pena privativa de liberdade*.

²⁰ IDEM. *Ibidem*, pp. 149 e ss.

atuais (e não retirá-lo como pretende os adeptos da escola de Frankfurt) precisamente pela inegável dimensão comunicativa superior que o Direito Penal possui²¹, não parece coerente mantê-lo ali onde a pena privativa de liberdade (âmbito no qual se manifesta o maior potencial comunicativo do Direito Penal) já não seja instrumento de intervenção. Ademais, nem todos os setores da moderna criminalidade podem ser satisfatoriamente tematizados apenas com penas privativas de direito e pecuniárias (por exemplo, o núcleo do Direito Penal tributário e econômico), como reconhece o próprio SILVA SÁNCHEZ²². Ademais, a proposta insere no Direito Penal dois paradigmas incompatíveis entre si e que em curto prazo levariam à subjugação ou destruição de um pelo outro, sob a provável forma de uma sub-reptícia e incontrolável invasão do “cerne” pela “periferia”²³. Por último, a tentativa de submeter o Direito Penal do inimigo a requisitos mais estritos não é capaz de sanar o absurdo autoritarismo e anti-garantismo da teoria de JAKOBS.

6. *Labelling Approach*

Diferentemente dos demais, o último modelo tem origens na criminologia, mais precisamente na criminologia de matiz sociológica e crítica. Segundo a teoria do *labeling approach*, o crime é um rótulo que o sistema jurídico-penal aleatoriamente distribui entre a população. O Direito penal é uma das agências do sistema de controle social e atua de modo intencionalmente seletivo: recruta sua “clientela” entre aquelas pessoas integrantes das camadas mais baixas mediante uma política criminal classista e uma *praxis* policial-judicial arbitrária que se encarrega de atribuir o delito àqueles indivíduos que desagradam de um modo ou de outro aos interesses das autoridades e agentes integrantes desta maquinaria de controle.

Dito de outro modo, o crime não é uma entidade ontológica, mas sim uma construção social que é artificialmente imputada a certos sujeitos “azarados” que respondem como “bodes expiatórios” pelos problemas de eficiência do sistema penal global (*teoria do etiquetamento*). Este *modus operandi* absolutamente injusto e autoritário redundando na

²¹ IDEM. *Ibidem*, pp. 154-156. No sentido da crítica: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 148: “Mas persistiria a contradição (ínsita também na tese da Escola de Frankfurt), de impedir a aplicação das penas mais graves e de maior eficácia preventiva (se privativas de liberdade) precisamente às condutas dotadas de maior potencial de risco para os bens mais importantes da humanidade”.

²² IDEM. *Ibidem*, pp. 155 e 156, onde admite que o setor dos delitos econômicos (que segundo o autor deveria pertencer ao Direito penal de segunda velocidade) é informado na realidade por penas privativas de liberdade de considerável duração e, por isso, é forçado a considerá-lo integrado ao núcleo do Direito Penal.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 148.

deslegitimação não apenas do “Direito penal clássico”, mas também e principalmente do “Direito penal moderno”, pois inúmeras e extensas promessas por este assumidas não são cumpridas da realidade: o “Direito penal da classe alta”, em cujas “redes” caem não apenas os “peixes pequenos”, mas também os “peixes graúdos”, é uma ilusão que existe apenas na literatura jurídico-penal e na cabeça do legislador²⁴.

Este modelo apresenta dois inegáveis méritos. Primeiramente, introduz critérios criminológico-empíricos de suma relevância para a discussão da problemática acerca da legitimação do Direito penal. Em segundo lugar, destaca a forma de atuação extremamente perniciosa e arbitrária das agências de persecução e aplicação das normas penais, aspecto fundamental da crise do Direito penal e desconsiderado pelos demais modelos. Sem embargo, o radicalismo deste programa peca ao postular uma deslegitimação *in totum* do Direito penal rumo ao abolicionismo, desconsiderando a existência de inúmeras condicionantes e peculiaridades que exigem um modelo de (des)legitimação diferenciador²⁵.

7. Conclusões

A atual crise do Direito penal é produto de sua expansão verificada nas últimas décadas. Neste contexto, a discussão sobre os limites normativos da política criminal se perde em meio a diversos modelos teóricos de (des)legitimação que são insuficientes para explicar e valorar a totalidade do complexo e polifacético fenômeno expansivo.

Em meio a este mar de dúvidas a única certeza é a necessidade de conciliar as novas exigências de prevenção na luta contra a moderna criminalidade e as insuperáveis demandas axiológico-normativas veiculadas pelas garantias jurídico-penais tradicionais. Afinal, “garantismo significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito penal”²⁶.

²⁴ Neste sentido: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, pp. 85 e ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. Lima: INPECCP, 2008, pp. 456 e ss.; VILLAVICENCIO, Felipe. *Introducción a la criminología*. Lima: Grijley, 2000, pp. 57 e ss.

²⁵ Afinal, a abolição do Direito penal levaria à intensificação do controle social e à diluição de seus limites, abrindo a porta para a imposição de sanções unicamente em razão dos poderosos interesses sociais. Sobre isto: HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*. Traducción de Miguel Ontiveros Alonso. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 7 e ss. Ainda sobre os custos da anarquia punitiva: FERRAJOLI, Luigi. [nota 2], pp. 251 e ss., onde aponta que a abolição do Direito penal conduziria a uma sociedade selvagem ou a uma sociedade disciplinar.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. [nota 2], pp. 335 e 336, onde destaca que é a garantia dos direitos fundamentais que torna o Direito penal e o princípio majoritário aceitável para todos, inclusive para a minoria formada pelos imputados.

Este é o único modo de assegurar ao sistema jurídico-penal aquele mínimo de carga retributiva necessário para evitar sua transformação em um “Direito penal fanfarrão”, cuja “competência sancionadora já não resulte crível”²⁷. A eficácia na luta contra o delito não pode ser buscada a qualquer custo. O decisivo é que as “velhas” garantias seguem gozando de incontornável atualidade: as garantias fundamentais de um Direito penal “clássico” sempre “devem seguir constituindo princípios estruturais legitimadores de toda intervenção penal presente e futura”²⁸. Isto significa, nas exatas palavras de FERRAJOLI, que “não existe outra resposta à crise do Direito do que o Direito mesmo”²⁹.

8. Referências Bibliográficas

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- CALLEGARI, André Luis. *et al. Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.
- D’AVILA, Fabio Roberto. O espaço do Direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. In: *RBCCRIM* 64 (2007), pp. 78-98.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- EMILIO SARRULLE, Oscar. *La crisis de legitimidad del sistema penal: abolicionismo o justificación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. In: *Nuevo Foro Penal*. Medellín, nº. 60, enero/abril de 1999, pp. 59-75.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. Lima: INPECCP, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do Direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, Luís. *O chamado Direito penal do inimigo*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº. 7, dezembro de 2005, pp. 211-246.

²⁷ KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, p. 228.

²⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. [nota 2], p. 308.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. [nota 1], p. 75.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

————— *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde et. al. Bogotá: Temis, 1999.

————— Características e crises do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*. Porto Alegre, ano III, nº. 18, fev./mar. 2003, pp. 144-157.

————— *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*. Traducción de Miguel Ontiveros Alonso. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: *TBJ*, pp. 179-196.

HERZOZ, Félix. *Límites al control penal de riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)*. In: *ADPCP* 46 (1993), pp. 317-327.

————— *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*. In: *Revista La Ley Penal*. Barcelona, nº. 4, pp. 54-58.

JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. In: IDEM. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos et. al. Madrid: Civitas, 1997.

————— *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*. März 2004, Heft 3, pp. 88-95.

————— *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?* In: *ZStW* 107 (1995), pp. 843-876.

————— *Strafrechtliche Zurechnung. Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung. Manuskript von der Rechtsphilosophisches Seminar der Universität Bonn*, 1995, pp. 1-24.

KUHLEN, Lothar. *El Derecho penal del futuro*. In: *CJDP*, pp. 230-240.

LÜDERSSSEN, Klaus. *La función preventivo-geral del sistema del delito*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: B de F, 2004.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Crise do direito penal*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº. 88, volume 765, julho de 1999, pp. 417-435.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal*. In: *ADPCP* 52 (1999), pp. 279-321.

————— *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

- MÜSSIG, Bernd. *Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. (Coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 371-390.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?* In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (Coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 107-119.
- O Direito penal entre Direito penal do risco e Direito penal do inimigo: tendências atuais em Direito penal e política criminal. In: *RBCCRIM* 47 (2004), pp. 31-45.
- *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In: *CJDP*, pp. 258-288.
- ROXIN, Claus. *El legislador no lo puede todo*. In: *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*. México, nº. 12, 2004/2005, pp. 321-347.
- *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* In: *TBJ*, pp. 443-458.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SGUBBI Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell' illegalità penale*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- STRATENWERTH, Günther. *Desarrollos modernos del Derecho penal en Europa Central*. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*. Buenos Aires, nº. 8, 1998, pp. 53-66.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.
- VILLAVICENCIO, Felipe. *Introducción a la criminología*. Lima: Grijley, 2000.