

ESTUDO DAS TEORIAS DA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PENAL

STUDY OF THEORIES OF THE SCIENTIFIC REVOLUTION OF CRIMINAL LAW

Ronald Jean Henriques¹
PUC Minas

Resumo

O presente estudo pretende demonstrar a (in) aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo dentro do Estado Democrático de Direito, haja vista a sua coerção coercitiva daqueles denominados Inimigos ao suprimir direitos e flexibilizar garantias mantendo um fundamento sobre tal atuação na coibição de entes perigosos que não Escolha a segurança na coletividade. Fazendo-se relevante para a pesquisa de uma vez que o procedimento é trazido para a teoria, a dúvida estruturação estatal, a então caracterização daquele que assume o título de Inimigo e sua consequência despersonalização. Sob essa ótica, observa-se uma atualização do tema sobre uma base de tratamento e um tratamento diferenciado como uma medida de prevenção e de coerção para a delinquência, analisando ainda uma atualização dessa teoria sob a égide do Estado Democrático de Direito e suas bases igualitárias. Verifica-se que não Direito Penal do Inimigo, em suas bases teóricas e filosóficas de controle social, para uma extinção de direitos àqueles que são denominados inimigos, entendendo-os como "não-pessoas" Dentro do Estado Democrático de Direito. Analisar-se, portanto, conjuntamente a teoria, o Estado Democrático de Direito segundo suas prerrogativas garantistas e os princípios básicos e inexcusáveis ao cidadão. Logo, o presente trabalho busca entender essa perspectiva diferenciada de tratamento para o indivíduo denominado Inimigo, assim como elucidar as questões quanto à flexibilização de garantias direcionadas a estes tipos, fazendo-se atual por analisar uma possível inserção do Direito Penal do Inimigo no âmbito do Estado Democrático De Direito.

Palavras-Chave

Pena. Direito Penal. Estado Democrático. Processo penal.

Abstract

The present study intends to demonstrate the (in) applicability of the Enemy's Criminal Law within the Democratic State of Law, given its coercive coercion of those so-called Enemies by suppressing rights and flexibilizing guarantees by maintaining a foundation on such action in the control of dangerous entities that do not Choose security in collectivity. Making itself relevant to the research of once the procedure is brought to the theory, the dubious state structuring, the then characterization of the one who assumes the title of Enemy and its consequence depersonalization. From this point of view, there is an update of the

¹ Doutorando em Direito pela PUC Minas.

theme on a basis of treatment and differential treatment as a preventive and coercive measure for delinquency, analyzing an update of this theory under the aegis of the Democratic State of Law and its egalitarian basis. It is verified that not Enemy Criminal Law, in its theoretical and philosophical bases of social control, for an extinction of rights to those who are called enemies, understanding them as "non-people" within the Democratic State of Law. To analyze, therefore, jointly the theory, the Democratic State of Right according to its prerogatives guarantees and the basic and inexcusable principles to the citizen. Therefore, the present work seeks to understand this differential perspective of treatment for the individual named Enemy, as well as to elucidate the issues regarding the flexibilization of guarantees directed to these types, making it current for analyzing a possible insertion of the Enemy's Criminal Law within the scope of Democratic state.

Keywords

Penalty. Criminal Law. Democratic State. Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

No passado, acreditava-se que bastava o Estado liberal clássico, que através da omissão de condutas danosas ao indivíduo, resguardaria a dignidade da pessoa humana. No entanto, o Estado deixou de ser o único possível agressor dos indivíduos. Devido a uma sociedade de poder crescente, é cada vez maior o número de entes privados que exercem seu poder social e econômico sobre outros particulares. Portanto, na posição de responsável por demandas sociais, o Estado brasileiro, abandonando a antiga filosofia da não-intervenção, passa a seguir um posicionamento ativo na garantia de direitos fundamentais.

É função legítima do Judiciário a guarda do Direito. Além disso, não valeria de nada um princípio democrático íntegro, se o Judiciário permitisse que os direitos fundamentais, uma das condições para o exercício desse princípio, fossem violados sob a justificativa que não cabe ao Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas. Sobre a diminuição da segurança e previsibilidade jurídicas, tendo em vista, a possibilidade de decisões judiciais fundadas em princípios gerais do direito constitucional, cabe ressaltar que haverá sim a perda de alguma segurança, mas o princípio da segurança jurídica não é supremo, nem superior ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A sociedade pós-moderna está fundamentalmente marcada pela globalização, pela velocidade das informações, pela tecnologia, pela

inexistência de fronteiras, porque o homem está desterritorializado. Desapareceu o projeto de vida do homem como ser atomizado de Leibniz, porque a luta não é mais de um homem contra o outro em face de sua natureza violenta, mas pela disputa de bens que garantam a sobrevivência, o bem-estar, a riqueza, enfim, o poder para dominar o semelhante. O homem dos séculos XX e XXI desenvolveu uma sociedade de massa, de consumo, com concentração de riqueza nas mãos de poucos e clamorosos desequilíbrios socioeconômicos. Como era de se esperar, a violência aflora com toda a sua força. A violência da sociedade pós-moderna é ontologicamente distinta e apresenta uma fenomenologia típica das sociedades complexas. Buscar as causas dessa violência exige uma reflexão além da simples criminalidade.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Por meio de um recorte histórico, faz-se importante caracterizar, em linhas gerais, o Direito Penal arcaico e pré-liberal, pois, como preleciona Batista,² há forte coerência entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal, a ponto de o conhecimento dos primeiros, por meio da análise de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos.

Acerca da importância de adentrar-se no estudo da estrutura penal que antecede o Iluminismo, Carvalho³ assevera que “[...] olvidar o modelo jurídico do medievo significa, fundamentalmente, ignorar as possibilidades e as armadilhas geradas pela assunção de saberes opostos e conflitantes ao garantista”.

Fazendo uma digressão histórica, Zaffaroni e Pierangeli⁴ se reportam às culturas distantes como China, Índia, Japão, Coréia, Egito e outras. As características dessas civilizações, no que tange ao direito penal, revelam uma organização teocrática em que as penas eram atroz e

² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22-23.

³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 05.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176-177.

eminentemente corporais; tinham função moral e imperava o talião: o autor do delito era impelido a padecer com a pena que sofrera a vítima.

Ainda de acordo com Zaffaroni e Pierangeli,⁵ o mais antigo direito penal conhecido advém da Babilônia, com o código do rei Hammurabi, do século XXIII a.C., que continha disposições civis e penais. O código de Hammurabi considerava crianças e escravos coisas, podendo ser objeto de furto. Suas penas eram cruéis e desumanas, eis que no flagrante de arrombamento, o ladrão era morto e emparedado; a mulher adúltera era jogada ao rio com as mãos atadas; o sujeito que praticasse um furto aproveitando um incêndio era jogado às chamas. Predominava o princípio do talião nessa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte.

Em Atenas, as penas começam a perder a crueldade de tempos remotos; a base teocrática é afastada (os gregos não julgavam em nome dos deuses); com Grécia e Roma, tem-se o momento em que se abrange o maior grau de laicização do direito penal na antiguidade, apesar de não ser esta, uma conquista definitiva na história, havendo um longo percurso de marchas e contramarchas.⁶

Em Roma já se pode falar de uma verdadeira ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de treze séculos que se estendem desde o VIII a. C., com a monarquia, até o VI da Era Cristã, com o *Digesto* [...]. Embora os romanos não tenham alcançado no direito penal o mesmo brilho que lograram no direito civil, não há dúvida de que na atividade legislativa seu papel foi importantíssimo, como não podia deixar de ser em um império que cobriu um período tão vasto da história humana da qual deriva em forma direta nossa cultura.⁷

A origem do direito penal primitivo de Roma, como de outros povos, foi sagrada. Contudo, com o advento da Lei das XII tábuas (século V a. C.), o direito já se encontra laicizado, assentando-se a distinção entre delitos públicos e delitos privados. Aqueles eram perseguidos pelos

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 178.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

representantes do Estado e estes pelos próprios interessados. Os delitos contra homens livres em que o Estado detinha interesse na persecução (v.g.: a morte do ‘pater’, isto é do chefe da ‘gens’, considerado ‘homem livre’), tornavam-se delitos públicos. Desse modo, o direito penal se afirma em seu múnus público representando o interesse do Estado, publicizando-se por meio do procedimento extraordinário, constituído por tribunais que atuavam por delegação do Imperador.⁸

Ferrajoli⁹ sustenta que do direito romano ao direito comum europeu, ou seja, o direito pré-moderno (anterior às codificações) havia uma pluralidade de fontes e de ordenamentos não organizados, muitas vezes conflitantes entre igreja, império, feudos, municipalidades, corporações e similares. Essa falta de um sistema formal de fontes positivas, contraditórias entre si, fez com que o direito vigente continuasse “[...] essencialmente igual ao velho direito romano transmitido e robustecido pela ciência jurídica medieval. Em outras palavras, consistia, mais que um sistema de leis, em um patrimônio doutrinário e literário”.¹⁰

Com a aproximação da Igreja ao embrionário Estado moderno (aquela fornecendo legitimidade ao poder do soberano e este proporcionando a utilização dos quadros burocráticos) consolida-se um modelo jurídico-político no qual a intolerância domina, servindo como principal característica.¹¹

Zaffaroni e Pierangeli¹² informam que o direito penal canônico, aparece recompilado, no século XV, no Codex Juris Canonici, formado através de várias fontes, tratando de sintetizar o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos. A pena se inclina no sentido tutelar, desembocando no procedimento inquisitorial. Via no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 182-183.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 696.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 697.

¹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 14.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185.

Segundo Carvalho,¹³ na Idade Média, o instrumental normativo de definição do desvio, soergue-se com o entrelaçamento entre as noções de direito e moral. A ofensa apresenta-se, simultaneamente, contra Deus e o Príncipe, gerando o tipo de lesa-majestade divina. O desviante da moral passa a ser chamado de herege, posto que profana verdades inadmissíveis para os dogmas religiosos, ou seja, geradas fora da concepção teocêntrica e monoteísta.

A influência do modelo jurídico-penal da Inquisição, em que religião, moral e direito se confundiam, aportou em terras brasileiras no século XV, com as Ordenações Filipinas (1603), posto que “A palavra pecado abunda nos tipos penais e os crimes contra a fé católica eram penalizados pelo Estado sem ter uma separação efetiva entre as atribuições de um ou de outro no que diz respeito ao ato de punir”.¹⁴

A pena de morte era prevista para a maioria dos delitos previsto nas Ordenações Filipinas; poderia ser executada de quatro formas diferentes: morte cruel, morte atroz, morte simples e morte civil, numa variação entre a mais grave e a menos grave. Havia um grande poder discricionário do julgador, sendo que, para alguns delitos, era cominada a chamada pena crime arbitrária.¹⁵

Extremamente contundente é a crítica que Batista Pereira faz do Livro V, das Ordenações do reino: “Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas era um misto de despotismo e beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia só ao critério da utilidade. [...]”.¹⁶

Ressalta-se que o estatuto repressivo com feições inquisitoriais perdura além da proclamação da Independência do Brasil, no ano de 1822,

¹³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 15.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 13.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198-199.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

e a outorga da Constituição de 1824, até o Código Penal de 1830, possibilitando a configuração de um paradigma observável em inúmeros modelos de Direito e Processo Penal, tais quais a teoria da prevenção especial ou da defesa social, ou do tipo normativo do autor.¹⁷ Imperioso evidenciar-se o momento de ruptura do direito medievo (com tantas influências para o direito moderno), no novo mundo, e a constituição do Estado civil. Com os filósofos contratualistas do século XVII e XVIII, passou-se a perquirir a tolerância frente às iniquidades perpetradas pela Igreja.

Sustentando a separação entre as funções do Estado e da Igreja, e o conseqüente rompimento ente Direito e moral, com John Locke (1632-1704) instituiu a tolerância como fundamento dos processos de laicização, identificada com a secularização. Com essa concepção de limitação do poder do Estado, ergue-se uma das teses basilares do pensamento político da humanidade: a ruptura entre os juízos individuais internos (moral) e externos (Direito).¹⁸

Aqui cumpre abrir um parentese para destacar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789. Tutelando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração fez sucumbir o antigo regime, de modo que, a partir desse momento, a soberania popular exsurge e os direitos humanos passam a ser reconhecidos. Essas mudanças não demoraram a refletir no âmbito do Direito Penal. Assim, em 1764 vem a lume uma obra que delimita a área e serve como paradigma de toda a Ciência Criminal. Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, publica *Dei delitti e delle pene*, livro que “marca o início da fase moderna do direito penal. [...] É o defensor do liberalismo no direito penal”.¹⁹

Beccaria lança as bases do Direito Penal contemporâneo a partir de suas críticas à legislação penal européia. Esta passa a ser revista com vistas a limpar as atrocidades e tortura então vigentes, até porque as idéias

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 13-14.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 35.

¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 21.

ilustradas não haviam sido incorporadas na seara penal, sendo somente tratado de passagem.²⁰ Esse Direito Penal garantista traz em seu núcleo princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, contrapondo-se às arbitrariedades dos séculos anteriores.²¹

O Direito Penal com base principiológica e garantista é um novo direito: “os novos princípios penais, que também são orientadores de direitos humanos, restringem e estabelecem limites para a legitimidade do poder punitivo”.²² Desta feita, o iluminismo revela o Direito Penal como ciência autônoma. É nessa fase que o homem moderno toma uma postura crítica com o Direito Penal como problema filosófico e jurídico que é.²³

Dando seguimento, é mister destacar que as teorias do contrato social, propugnadas por Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778), diferem entre si. O contrato social para Hobbes servira para justificar o absolutismo real; para Locke, o capitalismo e o parlamentarismo; e, para Rousseau, o liberalismo e a República. Nessa passagem, Beccaria²⁴ prestigia a teoria rousseauiana do contrato social, *in verbis*: “[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. Cunhado pela doutrina de penalista do contratualismo, “Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 258.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

²² SEMER, Marcelo. **Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 95-128, 2007, p. 99.

²³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998, p. 402-411, p. 403.

²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

idéias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio da legalidade do delito e da pena”.²⁵

Na sociedade moderna fica claro que novos bens jurídicos passaram a carecer de tutela, como meio ambiente, segurança informática, genética, etc.; todavia a intervenção estatal, quando necessária, deverá ser sempre fragmentária e subsidiária. A sociedade de risco retratada por Beck se revela como um cenário para o surgimento do Direito Penal *moderno*, que pode ser identificado por estender a intervenção penal a espaços da sociedade que até então não eram alcançados pelo Direito Penal tradicional. A crescente produção de leis penais extravagantes, nesse ponto, seria a dimensão mais evidente desse Direito Penal *moderno*, em um processo de clara *expansão*.²⁶

A expressão Direito Penal *moderno* não foi pré concebida como “*bandeira*” a ser levantada por aqueles que defendem a ampliação do poder punitivo estatal, e nem mesmo o conteúdo legislativo desse Direito Penal moderno se revela homogêneo entre os Estados de tradição penal germânica. O que tem sido notado, em verdade, é um conjunto de transformações comuns pelas quais as legislações penais desses Estados têm passado, como a criação de tipos penais de perigo abstrato; tutela a bens jurídicos de caráter difusos; penas mais severas; criação de leis penais extravagantes; etc., de forma que o Estado passa a se valer do Direito Penal para *organizar e prevenir* a sociedade.²⁷

Na sociedade de risco, a sensação de insegurança se transforma em uma marca característica, inquietante e ameaçadora, muitas vezes ampliada ainda mais pelos órgãos da imprensa, como visto no item anterior, o que faz com que a população se sinta desprotegida e passe a exigir respostas rápidas do Estado em prol de sua segurança. E é exatamente dentro desse cenário de insegurança que o Estado começa a se valer do Direito Penal para dar uma resposta à população.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 259.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 50.

²⁷ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Ara Editores, 2010. p. 33

A expansão do Direito Penal nas últimas décadas tem se tornado cada vez mais notória, passando ele a ser utilizado pelo Estado como uma espécie de resposta aos anseios da população. O grande diferencial das tendências político-criminais hodiernas se verifica no seu caráter reativo de combate à crescente criminalidade, buscando-se previno-la e antecipá-la.

É que dentro desse contexto, diante das cobranças da população, insuflada ainda pelo espetáculo criminalístico difundido pelos meios de comunicação, a reação do Estado se traduz em políticas criminais punitivistas e puramente simbólicas,²⁸ com a finalidade de mostrar à sociedade que o Estado não está inerte diante do “*combate à criminalidade*”. Edifica-se um convincente discurso de que a criminalidade organizada - vislumbrada com maior incidência e temor na criminalidade profissional, econômica, no tráfico de drogas, armas e pessoas, e no terrorismo - é uma ameaça fatal para as pessoas e para a própria manutenção da ordem social, devendo-se reprimi-la a qualquer custo (direito penal de emergência).

E, notadamente, ao se pensar nas legislações penais mais recentes, como os crimes de ordem econômica, ambientais, leis antiterroristas e leis de combate à criminalidade organizada, o que se verifica é que elas procuram, de fato, antecipar cada vez mais o momento consumativo do crime, de forma a facilitar a sua punição, gerando freneticamente novas tipificações de diversas modalidades de condutas preparatórias/indiciárias de atos lesivos e aumentando desproporcionalmente as reprimendas e a flexibilização das garantias penais e processuais de cunho liberal-clássico. Esse fenômeno de expansão do Direito Penal é bastante criticado pela doutrina em geral, notadamente pelos penalistas da “Escola de Frankfurt”. Tais críticas podem ser, em linhas gerais, divididas sob duas correntes principais, conforme análise feita por Silva Sanchez:²⁹ *minimalistas e expansionistas*.

As críticas da corrente *minimalista* mostram-se contrárias a qualquer possibilidade de se expandir o Direito Penal, baseando-se na ideia

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **El derecho penal simbólico y los efectos de las penas**. Actualidad Penal, n. 1, p. 5-6. 2001.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 54.

clássica do Direito Penal mínimo³⁰. Os autores desta corrente defendem a manutenção do Direito Penal como ramo subsidiário do ordenamento jurídico, somente podendo ser invocado quando nenhum outro ramo do Direito for capaz de tutelar um bem jurídico indispensável à sociedade.³¹ Portanto, cumpre averiguar a distinção entre o Direito Penal Mínimo e o minimalismo penal, objeto do próximo tópico.

A política penal adotada pelo presidente dos Estados Unidos na década de 1980, Ronald Reagan, iniciou o retorno do ciclo da teoria no ordenamento jurídico daquele país. Com o intuito de exterminar a venda e uso de drogas, Regan instituiu a política do “Just say no” (apenas diga não). Para tanto, criou medidas que expandiram a capacidade do direito penal.³² O governo Reagan aumentou as penas de prisão para usuários e traficantes de drogas e criou leis que autorizavam medidas extremas. Por exemplo: a lei de confisco passou a permitir que a polícia apreendesse bens de traficantes de drogas sem nem sequer levar o caso à justiça. Traficantes enriquecem à custa de envenenar jovens, certo? Nada mais justo que arrancar deles os bens comprados com dinheiro tão torpe.³³

Semelhante política já havia sido adotada na década de 1920 nos EUA. A fim de evitar a venda de bebidas alcoólicas, em 1929, o vendedor do produto poderia ser condenado em até 5 (cinco) anos de prisão, além de ter que pagar uma multa de 10 mil dólares. A população carcerária que

³⁰ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Peru: Ara Edidores, 2010, p. 25-26.

³¹ “Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sociopolíticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos” (ROXIN, Caus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109).

³² BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 11.

³³ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 11.

era de 3 (três) mil presos antes da rigorosa política contra o uso e venda de bebidas alcoólicas, subiu para 12 (doze) mil presos.³⁴

A doutrina se espalhou pelo mundo. Em meados das décadas de oitenta e noventa, do século XX, o movimento de “lei e ordem” foi implementado nos ordenamentos jurídicos das nações denominadas centrais, para logo após se instalar nos periféricos. Os métodos de importação dos conceitos americanos seriam variados: através de missões de estudos de altos funcionários europeus nos Estados Unidos para examinar e copiar o “modelo de segurança”, relatórios oficiais encomendados de pesquisadores para fundamentar decisões políticas (em troca de notoriedade na mídia), disseminação de teorias adaptadas ao país receptor. O processo de importação seria acompanhado de intensa publicidade, que propagandeava o sucesso do modelo de combate ao crime.³⁵

Reflexão semelhante foi abordada pelo alemão Gunther Jakobs, penalista que criou a teoria do “direito penal do inimigo”, o oposto do “direito penal do cidadão”.³⁶ Para a referida teoria, garantias individuais deveriam ser suspensas ao criminoso com auto nível de periculosidade, deixando-se, inclusive, de ser considerado uma pessoa, passando a ser denominado como “inimigo da sociedade”. Jakobs fundamenta a teoria do “direito penal do inimigo” nos contratualistas Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, que, segundo ele, defendem a supressão de benefícios aos delinquentes que infringirem o contrato social.³⁷

Luís Gracia Marín afirma que o direito penal contemporâneo adota características do direito penal do inimigo, ampliando-se, portanto, o grau intervencionista do direito penal. Consequentemente, observa-se a

³⁴ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 15.

³⁵ PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 29.

³⁶ MARTÍN, Luís Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

³⁷ PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 34.

diminuição da aplicação dos direitos e garantia individuais do cidadão. Tudo isso com a finalidade de atingir uma parcela específica da população.³⁸

A fim de engrandecer os fundamentos apontados pela teoria, Alessandro Baratta³⁹ levanta os resultados da teoria do direito penal máximo, objetivando demonstrar o fracasso do modelo, quais sejam: a) a pena de liberdade, que não passa de uma “violência institucional” realizada para reprimir os indivíduos; b) a eficácia da tutela dos organismos responsáveis pela justiça penal para uma pequena parcela da sociedade, “socialmente privilegiados”; c) o sistema penal reprime as “classes populares”, não obstante os fatos denominados típicos penais estarem “distribuídos em todos os estratos sociais”; d) os problemas gerados pelo sistema punitivo são maiores do que os existentes pela sua inexistência; e, e) O sistema punitivo não é adequado para a ação do discurso de defesa social e as teorias utilitárias da pena.

[...] conferindo ao direito penal o objetivo de minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela), quer dos direitos dos desviantes, quer dos direitos dos não desviantes, o nosso esquema preclui autojustificações apriorísticas de modelos de direito penal máximo, consentindo somente justificações, a posteriori, de modelos de direito penal mínimo. Em particular, ele reconhece que a pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.⁴⁰

³⁸ MARTÍN, Luís Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-77.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Argentina: B de F, 2004, p. 300-302.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

A teoria é, principalmente, difundida por 3 (três) pensadores: o italiano Alessandro Baratta, o argentino Raúl Zaffaroni e Luigi Ferrajoli. Os 2 (dois) primeiros juristas mencionados sustentam a ramificação do direito penal mínimo que qualifica o minimalismo penal como meio para se chegar ao sistema ideal, o abolicionismo penal. Por outro lado, Luigi Ferrajoli considera o minimalismo como um “fim em si mesmo”, necessitando, no entanto, relegitimar o sistema penal existente. Como já dito alhures, as críticas da corrente *minimalista* mostram-se contrárias a qualquer possibilidade de se expandir o Direito Penal, baseando-se na ideia clássica do Direito Penal mínimo.⁴¹ Os autores desta corrente defendem a manutenção do Direito Penal como ramo subsidiário do ordenamento jurídico, somente podendo ser invocado quando nenhum outro ramo do Direito for capaz de tutelar um bem jurídico indispensável à sociedade.⁴²

A corrente *expansionista*, por sua vez, é subdividida entre *expansionista normativa* (também chamada de *prescritiva*) e *expansionista descritiva* (ou *prospectiva*). A primeira - *prescritiva* - defende a necessidade de intervenção penal em novas áreas sociais como, por exemplo, o setor econômico. Autores como Schunemann,⁴³ Tiedemann⁴⁴ e Gracia Martín⁴⁵

⁴¹ De acordo com Massimo Donini, há uma certa identidade entre os postulados de Direito Penal mínimo dos autores italianos e do Direito Penal nuclear da Escola de Frankfurt (DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Ara Editores, 2010. p. 25-26).

⁴² “Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sociopolíticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos”. (ROXIN, Caus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109).

⁴³ SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Org.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

⁴⁴ Cf. Presente y futuro del Derecho Penal económico. In: Vv. Aa. Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: BOE, 1995, pp. 29-42.

veem a imprescindibilidade de se valer do Direito Penal para se proteger as gerações futuras e que, nesse aspecto, ramos como o Direito Civil e o Direito Administrativo se revelariam ineficazes para se tutelar os riscos inerentes à atividade econômica.

Já a corrente prospectiva, na qual se inclui o próprio Silva Sanchez, propôs-se a descrever um prognóstico de expansão natural do Direito Penal como realidade indiscutível.⁴⁶ Esse prognóstico de expansão estaria relacionado ao fenômeno da globalização e às novas funções sociais assumidas pelo Direito Penal contemporâneo, que até então eram reguladas por outros ramos do Direito. Os autores da corrente expansionista descritiva se valem dessa interpretação do cenário social globalizado para tentar antever os rumos do Direito Penal, buscando, por conseguinte, delimitar essa expansão a um nível razoável, respeitando os mandados constitucionais de criminalização, mas tentando afastar a arbitrariedade de novos institutos jurídicos penais.

Observa-se que todas essas correntes identificadas por Sánchez, em linhas gerais, apresentam entendimentos variados a respeito da possibilidade de se expandir o Direito Penal para conter novos tipos de condutas e proteger novos bens jurídicos, e o ponto fundamental das críticas apresentadas está em se perguntar se a real finalidade do Direito Penal está servindo de base às novas legislações penais.⁴⁷

⁴⁵ SCHUNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 25.

⁴⁶ De acordo com Silva-Sánchez, “[...] se levarmos em conta a evolução do Direito Penal espanhol, europeu e internacional, fica difícil questionar as teses básicas da Expansão: a saber, que há mais delitos, que as penas são mais graves e que as garantias tendem a relativizar-se”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217).

⁴⁷ Há, entretanto, autores que sustentam a legitimidade do Direito Penal moderno, isto é, de um novo Direito Penal capaz de abranger esses novos setores sociais que antes eram regulados por outros ramos do Direito. Segundo esses autores, essa expansão do Direito Penal não significa uma negação às garantias fundamentais, mas apenas evidencia uma escolha de caráter político diante de uma sociedade desigual que já não mais consegue ser regulada pelo Direito Penal clássico (GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. **Política Criminal**, v. 1, p. 1. 2006).

E neste ponto, os autores de Frankfurt propõem um retorno àquele Direito Penal mínimo de origem nos ideais iluministas como resposta à crise que é evidenciada no sistema penal nas últimas décadas. Vale dizer, o Direito Penal deve proteger o bem jurídico através da criminalização de certa conduta quando nenhum outro ramo do direito puder fazer de outra forma menos radical, buscando-se reduzir as figuras penais ao menor número possível, como leciona Ferrajoli.⁴⁸

O referido autor propõe um parâmetro utilitário para vincular os objetivos do Direito Penal mínimo e os limites que devem ser respeitados ao atribuir uma pena para garantir que não seja aplicada de forma excessiva e/ou injusta. Para obviar estes defeitos e embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes.⁴⁹

É o modelo de política criminal que se apresenta mais próximo de um Estado Democrático de Direito. A intervenção do Estado deve ser respaldada sempre nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais respeitando às garantias e acima de tudo, tal intervenção deve ser mínima, ou seja, somente mostra-se necessária para obtenção de tutelar um bem jurídico quando este for ameaçado, ou ainda, quando for cabível a aplicação de uma pena como via de correção da conduta cometida.

Afirma Ferrajoli⁵⁰ que o Direito Penal tem como intuito “uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas.” Além disso, “[...] a primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo.” Portanto, são finalidades contraditórias e colocadas em prática no curso do Processo Penal, por exemplo, uma na condição da acusação e outra na defesa do acusado, sendo necessário o respaldo das garantias do

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 310.

acusado, principalmente, à liberdade do mesmo, ao atribuir a pena adequada. Deve-se então, tutelar os direitos fundamentais do acusado, fazendo desta forma a conexão das duas finalidades do Direito Penal.

É sob esta base que as duas finalidades preventivas- a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do Direito Penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e o limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.⁵¹ Assim, mostra-se que há dois vieses de extrema importância na aplicação do Direito Penal. Em primeiro lugar, a punição do acusado de forma proporcional ao crime praticado. E do outro lado, a necessidade de tutelar os direitos fundamentais do acusado frente ao dever/ punir do Estado. Destacando desta forma, o papel do Direito Penal como limitador dessas duas esferas contrárias.

O Garantismo Penal surgiu em meio a uma crise profunda do Direito, levantada pelo movimento Iluminista, no qual estava seriamente afetado o princípio da legalidade, devido à grandiosa inflação legislativa. Portanto, verifica-se a ocorrência de um enfraquecimento constitucional, momento em que parecia não existir hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais, criando formas de poder público arbitrárias e sem limites. Logo, a teoria em comento foi criada com o intuito de introduzir ao Direito Penal critérios como razão e civilidade, visando, em primeiro lugar, assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como os seus direitos fundamentais, sem ignorar a necessidade de harmonizando, formal e materialmente, a criação e execução das normas penais com a Constituição. Desta forma, estará legitimado o Estado Democrático de Direito, em que nem mesmo por vontade da maioria é possível a violação ou negação dos Direitos Fundamentais, mesmo de forma parcial.

A teoria geral do garantismo jurídico, que nasceu e se desenvolveu em berço iluminista, período conhecido pelo desenvolvimento da “cultura penal” por conta da criação de garantias

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 311.

penais e processuais, tem como intuito ser instrumento do Estado de Direito em face dos poderes jurídico e político, a fim de que o poder seja constituído e servido ao indivíduo. A teoria fundamenta-se, portanto, em centralizar a pessoa para a criação de um ordenamento jurídico ideal, tendo em vista ser a sociedade anterior ao poder político imposto em face de seus cidadãos.⁵² Portanto, a origem da Teoria do Garantismo remonta ao final do século XVII e início do século XVIII, com o surgimento do movimento Iluminista. Começou-se, então, com base na racionalidade, a questionar de forma veemente o autoritarismo que prevalecia até então, dando-se ênfase à proteção dos direitos individuais de cada cidadão, com destaque para a liberdade e igualdade.

Diante do autoritarismo que prevalecia à época, por certo que o Direito Penal seguia a mesma influência, dando margem a todo tipo de barbárie. Os Iluministas passam a questionar essas práticas abusivas, defendendo, por exemplo, a superioridade da prevenção, a necessidade de melhor proporcionar as penas e o uso da pena de morte apenas em casos específicos. Tem-se aí, portanto, o embrião do Garantismo, pois, conforme Ferrajoli⁵³, os princípios do modelo garantista clássico, em especial a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência “[...] são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo”.

Compreende-se, assim, o porquê de Alexandre Morais da Rosa⁵⁴ expressar que a teoria geral do garantismo jurídico está fundada “na dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”. Dessa forma, o modelo garantista mostra-se como o ideal a ser adotado pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que certifica as limitações

⁵² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 16.

ao exercício do poder político, que devem respeitar principalmente a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.⁵⁵

Não se pode restringir, entretanto, a teoria do Garantismo ao Direito Penal. Segundo Feldens,⁵⁶ a teoria do Garantismo encontra seu fundamento no Estado Constitucional e, conseqüentemente, na positividade dos direitos fundamentais, não se restringindo à esfera penal, mas a todo ordenamento jurídico. Elucida o autor:

O garantismo deve ser compreendido: a) como uma teoria de base constitucional; b) orientada à otimização dos direitos fundamentais; c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização; d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais; e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.

Em que pese o papel fundamental do legislador, conforme exposto acima, muitas vezes a Constituição não é considerada (ou respeitada) quando da edição de normas infraconstitucionais. Nesse ínterim, mister destacar que o Garantismo vem a combater o Estado autoritário, estando assentado em uma base principiológica e constitucional, visando à garantia dos direitos fundamentais. É, portanto, a supremacia da Constituição frente a qualquer norma infraconstitucional, exigindo-se a coerência desta com o texto e princípios da Magna Carta como condição para sua validade e aplicabilidade no ordenamento jurídico constitucional.⁵⁷

⁵⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁵⁶ FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010, p. 67-68.

⁵⁷ PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007, p. 189-190.

As limitações advindas do garantismo não serão consideradas apenas pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo e Judiciário, que não poderão utilizar de suas funções além do limite material imposto pelo modelo de Estado Democrático de Direito adotado à luz do garantismo penal.⁵⁸ Ademais, os limites tutelados pelo garantismo não poderão sequer serem sobrepostos por vontade da maioria em face da minoria, respeitando desse modo a inviolabilidade dos direitos fundamentais do ser humano.⁵⁹ No entanto, apesar do encanto democrático apresentado pelo modelo, a teoria geral do garantismo, quando levada à prática, mostra-se frágil por conta do “seu total inatendimento epistemológico e à sua consequentemente impraticabilidade jurídica”. Portanto, passando a ser denominada como uma teoria ideológica, a utilização do garantismo foi cessada pelas instituições estatais após a segunda metade do século XIX, retornando, por consequência, ao emprego do modelo penal autoritário.⁶⁰

Ao descrever o significado de garantismo, Ferrajoli desdobra a teoria em três diferentes ramos: (1) o Estado de Direito, níveis de norma e níveis de perda da legitimação; (2) a teoria do direito e crítica do direito; e (3) a filosofia do direito e a crítica da política.⁶¹ Mostra-nos em sua conceituação que a teoria não importará apenas para a ciência criminal, mas para todos os ramos do direito: “Da palavra ‘garantismo’ é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si [...] que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico”.⁶²

⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 17.

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 17.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

Quanto à primeira definição, o Estado de Direito, Ferrajoli diz que para o sistema penal ser considerado garantista deve-se obedecer um sistema punitivo do Estado em garantia dos direitos das pessoas, minimizando a violência e maximizando a liberdade por meio da “estrita legalidade” jurídica.⁶³ Deve-se, no entanto, ter precaução com esta definição. Garantista será o sistema que efetivamente satisfaz suas demandas criminais com o modelo, e não apenas prevê princípios da teoria em seu ordenamento jurídico e não os pratica, como será reforçado no segundo segmento. Sobre o segundo ramo de “garantismo” lecionado por Ferrajoli, a teoria do direito e crítica do direito, a teoria pretende distinguir a “validade” da “efetividade” da norma, demonstrando a separação do “dever ser”, com modelos de normas garantistas, e o “ser”, mostrando práticas operacionais destoantes com o modelo jurídico adotado naquele ordenamento.⁶⁴ Portanto, em outras palavras, o intuito é questionar qualquer dissonância entre o positivismo-normatividade e a realidade adotada por agentes responsáveis pela manutenção da política criminal, “assim, reiterando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo”.⁶⁵

No tocante à terceira e última subdivisão do conceito de garantismo para Ferrajoli, a filosofia do direito e a crítica da política, observa-se a preocupação da teoria na responsabilidade de o Estado justificar seus atos administrativos por meio dos bens e interesses garantidos à sociedade. Ferrajoli explica que: “o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

ordenamento”.⁶⁶ Aqui é possível observar a influência iluminista, responsável em afastar doutrinas conservadoras da administração estatal e fundar a ideia de Estado democrático de direito. O garantismo se contrapõe ao positivismo jurídico, por permitir modelos penais absolutistas, e as concepções utilitaristas do direito e da pena. O garantismo clássico foi construído pelos princípios da legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência. O sistema garantista, segundo Ferrajoli, depende da verificabilidade de seus princípios para assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.⁶⁷

No modelo garantista de Direito Penal, a Constituição resgata seus valores como documento criador da sociedade, que servirá como núcleo jurídico primordial e irredutível, limitando o poder estatal e maximizando os direitos fundamentais.⁶⁸ Neste ponto é importante ressaltar que Dobrowolski⁶⁹ conceitua Constituição como um documento político e jurídico através do qual se intentam fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Lado outro não se pode negar que a

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38-39.

⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

⁶⁹ DODROWOLSKI *apud* ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42-43.

Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.

Dessa forma, e preliminarmente, conclui-se que a Constituição visa racionalizar o sistema a fim de harmonizar a convivência humana, não permitindo que um indivíduo lese o outro. Sintetizando, pode-se entender que um modelo de Direito Penal Máximo rege-se pela máxima que nenhum culpado pode deixar de ser punido, a despeito de que algum inocente eventualmente possa ser punido; ao contrário, no caso do Direito Penal Mínimo, a atuação se dá no sentido de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”.⁷⁰

Analisando as contraposições existentes, se vê duas principais divisões do Funcionalismo: o Teleológico, defendido por Claus Roxin, e o Radical, defendido por Jakobs, o qual este último tem como seus pilares os termos metodológicos do instrumento fornecido pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Sua doutrina é influenciada pela teoria sistêmica de Luhmann, pois ambos objetivam como centro do sistema a sociedade, sendo os indivíduos apenas considerados como plano subjetivo do plano central. Estes últimos são os que agem em contexto social, sendo passível de normas imputativas. Enquanto outros autores destacam a dignidade da pessoa humana, Luhmann e Jakobs fazem justamente o contrário, colocando a sociedade em seu lugar.⁷¹

Pela visão de Jakobs, a ação do agente é parte integrante da teoria da imputação (onde se tem a conduta, infração à norma e a sua culpabilidade), o que acaba por consequência gerando a implicação de uma pena no agente que, culpavelmente, transgrediu a norma. Nas palavras dele, o Direito Penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários. Jakobs caracteriza a pessoa como um conceito jurídico, onde detém direitos e obrigações em função de seu papel social. A pessoa que não se

⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

⁷¹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

utiliza de seus direitos como pessoa jurídica deixa de ser considerada como tal, não podendo ser apto para se encaixar nos princípios do processo normal.⁷²

O objetivo da teoria da imputação objetiva no sistema penal consiste em determinar os requisitos esperados de uma situação qualquer, de uma informação natural, um complexo com sentido, cuja função comunicativa seja o questionamento da norma. A sociedade (ainda dentro do contexto de sistema comunicativo) age através de ligações de expectativas, sendo a norma nada mais do que estas expectativas de forma estabilizada. O atributo que se dá a pessoa advém de seu papel dentro da sociedade, criando assim, uma ideia de expectativa. No momento em que o indivíduo não realiza seu papel dentro desta sociedade, há uma quebra da expectativa, havendo uma absorção no sentido penal de tal, onde a pessoa quebra seu papel social, desestabilizando o sistema central, ocasionando na violação da norma e, por consequência, para a reestabilização daquele agente, aplica-se a pena. O ponto central para a teoria da imputação de Jakobs são estes papéis sociais que se referem à função desempenhada em um específico contrato social de regras e limites a serem cumpridos.⁷³

A aplicação da pena é uma comprovação de que a norma violada é válida e vigente. A pena para Jakobs tem a função de prevenção geral positiva. Positiva no sentido de que não há ameaça ao indivíduo (ou ao menos é o que se espera de sua real função) e geral porque, com a pena, se demonstra à sociedade de que tais normas violadas e suas crenças estão com vigência total. Na teoria de Jakobs, para saber o que é ação, deve-se esperar que ela aconteça, ou seja, após ao fato. Jakobs repudia a base Welzeniana (teoria finalista), pois não trabalha de forma nenhuma com ontologismo (conhecimento do sujeito antes do fato ocorrido). Jakobs entende a realização de risco como um problema de concorrência de riscos; isto é, dentre os múltiplos fatores que servem de condição para um resultado, cumpre verificar se a ação criadora do risco juridicamente desaprovado é necessária para explicá-lo, ou seja, enquanto o resultado

⁷² JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

⁷³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

não estiver explicado, ele desorienta o sistema. Para o professor alemão, o Direito Penal tem como sua função primordial a proteção das normas, e não do bem jurídico (justamente o contrário da ideia do Funcionalismo Teleológico), pois em seu posicionamento nega a existência de bens jurídicos. Assim, para Jakobs, só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, viole um papel que já era pré-definido dentro do contexto social, onde este papel traduz-se, dentro do meio jurídico, através da figura da posição de garantidor da norma.⁷⁴

No plano da culpabilidade, Roxin diz que a pena não deve depender apenas da culpabilidade ou não do agente, mais do que isto, ela deve ter um caráter preventivo. Na linha de pensamento em que o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos, a maior preocupação da pena não deve ser apenas com a punição do agente que cometeu um certo ato ilícito, mas a pena também deve se preocupar, e talvez mais intensamente, com a prevenção de que aquele ato não se repetirá por aquele agente. Ainda na discussão da pena, essa só tem sentido de ser aplicada se for necessária, o furto de um objeto pequeno de um grande supermercado, por exemplo, está tipificado no direito positivo, mais precisamente no Artigo 155 do Código Penal Brasileiro, porém segundo a doutrina de Roxin, neste caso apesar da tipicidade de da culpabilidade, não haveria necessidade de pena porque a conduta não apresenta um risco grave e real para a população e/ou nenhum particular, em outras palavras, Roxin cita em sua doutrina o tão usado princípio da insignificância. Observa-se assim a principal diferença entre as doutrinas de Roxin e Jakobs, ambos grandes doutrinadores no âmbito do Direito Penal: Jakobs defende que o Direito Penal deve existir para a proteção da própria norma penal, ou seja, a pena ou qualquer outra sanção, devem ser aplicadas de acordo com o que a própria lei descreve para que assim, a população, a sociedade como um todo e os transgressores da lei saibam que a mesma ainda está em vigor, é válida e tem força, ou seja, deve ser respeitada.⁷⁵

Roxin observa por outro ângulo, segundo ele o Direito Penal deve existir para proteger não a norma penal sendo esta apenas um

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

instrumento a ser utilizado pelo mesmo, mas sim para proteger os bens jurídicos, ou seja, bens imateriais que são direitos da sociedade como um todo e de seus indivíduos, a lei deve existir para aponta-los, exemplifica-los e tutela-los, o Direito Penal deve garanti-los e a pena deve, além de punir o agente transgressor, ser repressiva para que este não volte a cometer o mesmo ato. É fácil concluir que o Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin foi um grande avanço para o direito penal como um todo ao trazer à tona o princípio da insignificância e da ofensividade, visto que Roxin defende que o ilícito penal não deve ser observado apenas por sua tipicidade ou por sua finalidade, mas sim como um todo, inclusive descartando a pena em casos em que haja a tipicidade, caso ela não seja necessária.⁷⁶

O Funcionalismo Teleológico de Roxin se mostra mais flexível em sua retomada da tópica, mais moderno em relação aos problemas atuais do Direito Penal (Assim como o Garantismo Penal de Ferrajoli busca a aproximação do Direito Positivo e da realidade efetiva, visto que o Direito, infelizmente caminha mais devagar do que a própria sociedade), e mais eficaz do ponto de vista em que decide não apenas punir, mas também prevenir o ato ilícito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se deve punir alguém por um fato, mesmo que descrito em lei, se a conduta praticada é aceita ou tolerada pela sociedade. Assim, mesmo que tipificada pela lei como conduta criminosa, o sujeito que a cometeu não merece punição, já que a seu comportamento é aceito e permitido no ambiente social em que convive. Com relação a este princípio, Nucci leciona que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado, como exemplo o autor ressalta o uso de brincos e tatuagens, que é algo tradicionalmente aceito pela sociedade como forma de embelezamento, embora configure lesão a integridade física.

⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, pode-se dizer que o Direito Penal sendo a *última ratio*, no sistema penal punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Atualmente, existem diversos julgados apreciando a matéria considerando que prejuízos ínfimos não merecem tutela penal. Um exemplo dessa incidência é o crime de contrabando por sacoleiros vindo do Paraguai, que trazem coisas de insignificante valor. Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de um chiclete exposto à venda em um comércio. Desde logo insta lembrar que a teoria da força normativa da constituição e toda a discussão acerca da sua efetividade proporcionou uma reconstrução da dogmática jurídica, ao passo que o Direito passou a não mais ser visto como um instrumento de dominação, mas de formação de um espaço democrático. Por esse motivo, toda a ordem jurídica deverá se submeter ao que chamamos de filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, em que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, assim como seus respectivos institutos e valores devem ser revistos à luz da constituição.

Os pressupostos da filtragem constitucional são a preeminência normativa da Constituição e sistema aberto normativo de regras e princípios. No que tange à preeminência normativa esta é oriunda da ideia de supremacia da constituição idealizada por Kelsen, que resulta na primazia constitucional dentro do ordenamento jurídico, na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e, por fim, a efetiva aplicação das normas constitucionais. Contudo, coube também à filtragem constitucional estender os resultados da preeminência normativa para um sistema aberto e não apenas ao sistema fechado, idealizado por Kelsen.

Na esfera penal, a filtragem constitucional atua como instrumento de releitura dos elementos da teoria do delito, na medida em que os valores constitucionais são irradiados no sistema jurídico-penal constituindo um Direito Penal democrático, garantista e minimalista. Desse modo, a criminalização de condutas deverá ocorrer em observância à diversos princípios norteadores, quais sejam: a legalidade, intervenção mínima, lesividade, individualização da pena, e, sobretudo, ao princípio dignidade da pessoa humana, considerado basilar do Estado Democrático de Direito. Diante disso, pode-se notar que algumas condutas tipificadas no Código Penal não condizem com a realidade que se vive hodiernamente e, portanto, não possuem mais incidência. Isto se dá ante a

falta de legislação atual e leva o magistrado a viver situações em que a conduta considerada típica não demonstra ter causado lesão à vítima ou ao bem, e, a fim de evitar o encarceramento de um réu primário, aplica os aludidos princípios da insignificância e da adequação social.

Conclui-se, portanto, que a filtragem constitucional da criminalização de condutas é uma maneira de se proteger apenas aqueles bens realmente importantes e aquelas condutas que de fato causem lesão ao bem juridicamente protegido. Outrossim, o Direito Penal como última ratio deve se preocupar em criminalizar apenas aquelas condutas que possuam relevância jurídica e aqueles bens que merecem proteção estatal. O papel do sistema penal garantista é obedecer aos princípios que limitem o poder punitivo do estado, a fim de se evitar injustiça e violação ao Estado Democrático de Direito geralmente vivenciadas nos regimes absolutistas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia y sistema penal: compilación en memoriam. Argentina: B de F, 2004, p. 300-302.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22-23.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 11.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 05.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. El derecho penal simbólico y los efectos de las penas. *Actualidad Penal*, n. 1, p. 5-6. 2001.

DODROWOLSKI apud ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 42-43.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Ara Editores, 2010. p. 25-26.

FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: projeções sobre o Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010, p. 67-68.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 696.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

GARCIA MARTÍN, Luís. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência. *Política Criminal*, v. 1, p. 1. 2006)

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 21.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998, p. 402-411, p. 403.

MARTÍN, Luís Gracia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007, p. 189-190.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 29.

ROSA, Alexandre Morais da. A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 16.

ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 42.

ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHUNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 25.

SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Org.). O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar? 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2016.

SEMER, Marcelo. Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 95-128, 2007, p. 99.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 54.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176-177.