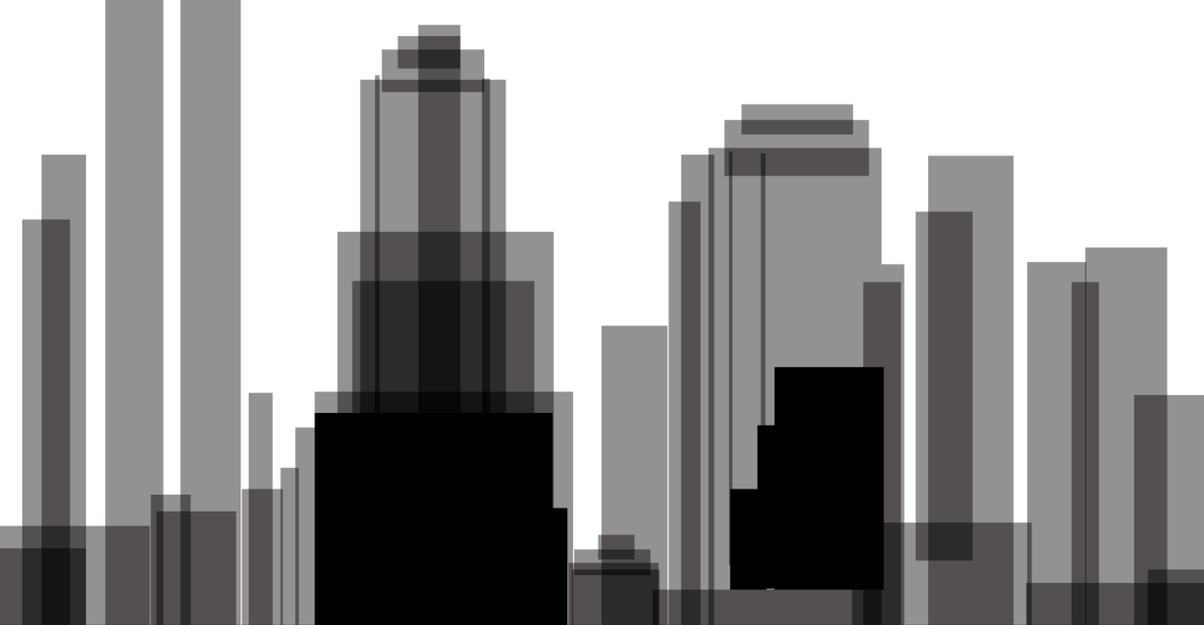


2ª EDIÇÃO

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

Prefácios por
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Gisele Mendes de Carvalho



Direito Penal de Emergência

Direito Penal de Emergência

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

2ª edição



Copyright © 2014, D'Plácido Editora
Copyright © 2014, Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Tales Leon de Marco

Diagramação
Daniilo Jorge da Silva
Christiane Morais de Oliveira

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo.
Direito Penal de Emergência -- 2. ed. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido,
2017.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-528-3

1. Direito 2. Direito Penal 3. I. Direito Penal de Emergência II. Direito Penal
III. Título.

CDU343 CDD 341.5

Aos que de algum modo contribuíram: pais, prof. Dr. Leonardo Yarochevsky, professores, colegas e amigos no PPGD.

Aos alunos e colegas da Universidade Federal de Lavras – UFLA.

It is not the critic who counts; not the man who points out how the strong man stumbles, or where the doer of deeds could have done them better. The credit belongs to the man who is actually in the arena, whose face is marred by dust and sweat and blood; who strives valiantly; who errs, who comes short again and again, because there is no effort without error and shortcoming; but who does actually strive to do the deeds; who knows great enthusiasms, the great devotions; who spends himself in a worthy cause; who at the best knows in the end the triumph of high achievement, and who at the worst, if he fails, at least fails while daring greatly, so that his place shall never be with those cold and timid souls who neither know victory nor defeat.

Theodore Roosevelt

The past sits so deep in your soul, you can never be free of it.

Ruth Wallage-Binheim

*...O tempo não é uma corda que se possa medir nó a nó,
o tempo é uma superfície oblíqua e ondulante que
só a memória é capaz de mover para trás e para frente...*

José Saramago

Lista de abreviaturas

BRD – *Bundesrepublik Deutschland* [República Federal da Alemanha]

CE – Constituição da Espanha

DDR – *Deutsche Demokratische Republik* [República Democrática Alemã]

NT – Nota do tradutor

ORGs. - Organizadores

Sumário

Prefácio I	15
Prefácio II	21
1. Introdução	25
2. Fundamentos Funcionalistas: Teoria dos Sistemas	39
2.1. Teoria dos Sistemas.....	43
2.1.1. O Direito como sistema social funcionalmente diferenciado.....	69
2.2. Breve excuroso sobre a legitimidade “Mundo”.....	80
2.3. Estado Democrático de Direito.....	93
3. Modelos Penais Contemporâneos e sua legitimação: da defesa do cidadão à defesa da sociedade, e o avanço rumo ao passado	103
3.1. Modelos Penais.....	103
3.1.1. Introdução.....	103
3.1.2. 1764 e a racionalização do uso da força pública: Dos Delitos e das Penas.....	106

3.1.3. A Teoria do Delito da tradição romano-germânica no século XX.....	110
3.1.4. O Garantismo Penal.....	121
3.1.5. Abolicionismo Penal.....	126
3.1.6. O Expansionismo Penal.....	128
3.1.7. Conclusão.....	134
3.2. Fundamentos do Direito de Punir e suas Finalidades.....	135
3.2.1. Teorias Retributivas.....	137
3.2.2. Teorias Relativas.....	141
3.2.3. Justificações na tradição anglossaxônica.....	146
4. Democracia, Emergência e <i>Rule Of Law</i>.....	151
4.1. Introdução.....	151
4.2. Legalidade, ilegalidade e “alegalidade”.....	153
4.2.1. Medidas extralegais: versão contemporânea.....	156
4.2.2. Modelos mistos: excluir incluindo.....	165
4.3. O Conceito de Emergência.....	169
4.4. A Justificação da Autoridade.....	177
4.5. Conclusão.....	181
5. Solucionando Quebra-Cabeças: mudança estrutural do sistema penal.....	185
5.1. Introdução.....	185
5.2. Mudando o pano de fundo.....	187
5.2.1. Conceituando Paradigma.....	188
5.2.2. Transição de paradigmas na História e na Política.....	192
5.2.3. Transição de paradigmas no Direito.....	197
5.3. Funcionalismo Penal.....	201
5.3.1. A função da pena no Funcionalismo Penal.....	224
5.3.2. O Conceito de Ação.....	230

6. Direito Penal de Emergência e sua adequação à Democracia Radical	259
6.1. Lei e Ordem.....	261
6.2. <i>Feindstrafrecht</i> : o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.....	266
6.3. Exceção, regras e democracia radical: condições de possibilidade e zonas cinzentas.....	302
7. Direito e Terror: o inimigo contemporâneo	317
7.1. Introdução.....	317
7.2. Conceituando “Terror”.....	318
7.3. Atuação Estatal de Exceção: medidas simbólicas.....	328
7.4. Conclusão.....	333
8. Conclusão	335
Referências	339

Prefácio I

Constitui para mim motivo de imensa satisfação e orgulho, além de incomparável honra, prefaciá-lo livro do meu colega de profissão Ricardo Augusto de Araújo Teixeira, de quem tive a alegria de participar da banca de Doutorado, defendida com brilhantismo singular na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em maio de 2013.

A tese de Doutorado, que merecidamente agora se apresenta como obra ao grande público, permitirá facilmente ao leitor perceber que o professor Doutor Ricardo Augusto de Araújo Teixeira é profissional sério, competente e dedicado, que se volta sempre pessoalmente às suas atividades com particular afinco, sendo exemplo de professor vocacionado e, mais do que isso, profundamente qualificado para falar do tema a que se propõe no presente trabalho. Desde o momento em que o conheci, em dias anteriores à defesa da tese sobre o assunto sobre o qual versa a presente obra, tive a certeza de que Ricardo estava apto a se lançar ao desafio de escrever sobre tão instigante tema, tendo em vista sua dedicação e seriedade como doutorando, impressão que definitivamente terminou se concretizando ao apresentar perante a banca um trabalho altamente qualificado sobre um desafiante assunto, cuja discussão obrigatoriamente se impõe nos dias atuais.

A obra que ora apresenta-se ao público, intitulada *Direito Penal de Emergência*, versa de forma profunda e original sobre uma nova tendência do Direito Penal sobre a qual muitos têm coragem de discutir, mas poucos de defender, com o mesmo afinco que o seu autor: o funcionalismo normativista sistêmico de Günther JAKOBS e sua aplicação com vistas à defesa do modelo democrático de Estado de Direito vigente no Brasil. Em primeiro lugar, incumbe cumprimentar

o Professor Doutor Ricardo Teixeira pela sua coragem e sinceridade em expor suas importantes e marcantes observações sobre o assunto, tão relevante quanto negligenciado pela doutrina nacional.

O leitor atento, certamente, não se decepcionará com a abordagem corajosa que o autor faz sobre a teoria sistêmica e o modo como ela (a seu modo de ver, com vantagem) supera as demais teorias penais ao lidar com os desafios contemporâneos. Na interpretação do Professor Doutor Ricardo, o Direito Penal de emergência defendido por Günther JAKOBS pode e deve figurar como instrumento de concretização democrática, sendo a melhor forma de lidar com a complexa relação entre Direito Penal, Estado de Direito e democracia.

Assim, a primeira parte da obra está dedicada a demonstrar que é possível compatibilizar o garantismo penal com o Direito de Emergência. Cumpre dizer, porém, que o autor não vê empecilho no emprego das teorias relativistas da pena para cumprir tal desiderato, salientando desde já na Introdução que o fato de a pessoa sentenciada tornar-se um exemplo para a coletividade também ocorre quando se defendem as teorias absolutas da pena – afirmação com a qual, desde logo, ousa discordar do autor, já que vejo nas teorias retribucionistas a única fórmula capaz de permitir a aplicação da pena justa, porquanto proporcional ao juízo de culpabilidade, e portanto totalmente alheia à noção de instrumentalização da pessoa humana.

Segue-se então uma brilhante exposição a respeito da Teoria dos Sistemas de Niklas LUHMANN, tão perfeita quanto profunda, e essencial a desenvolvimento posterior do trabalho do Professor Doutor Ricardo. Aqui fica claro que a Constituição é o ponto de ligação entre o sistema jurídico e o sistema político, pois é ali que as opções políticas fundamentais de um Estado são feitas. O autor defende que a interação entre o Direito e a Política é um traço característico do Estado de Direito, pois impõe através da Constituição que a Política respeite o código binário do Direito – *lícito/illícito* – permanecendo, entretanto, completamente autônomo em relação a ela. Bem se vê, a meu humilde entender, que essa interação deveria ir um pouco mais além, e que assim o código com o qual a Constituição deveria trabalhar é de *justo/injusto*, mas é certo que a pureza da teoria sistêmica não autorizaria a influência da Justiça em sua elaboração. Nesse ponto, o autor revela-se corajoso e lança-se na busca de um esquema de legitimidade externa para o sistema jurídico normativo, no campo da Filosofia (fórmula de RADBRUCH).

O próximo ponto é uma abordagem sobre o Estado de Direito democrático e as dimensões de Direitos. É também extremamente interessante a revisão que o autor faz das diversas teorias do delito, com suas percucientes críticas e observações, culminando com uma análise do expansionismo penal e o surgimento do chamado Direito Penal do Inimigo, que reconhecidamente prega uma redução das garantias individuais dos delinquentes supostamente perigosos com o fim de manter a ordem vigente.

Segue-se uma crítica às diferentes teorias dos fins da pena e à fundamentação do poder de punir estatal, com o objetivo de demonstrar que as críticas feitas ao funcionalismo sistêmico não se sustentam, pois comuns a todas as concepções de Direito Penal. Peço particular licença para discordar, novamente, com o autor, ao criticar as teorias retribucionistas da pena, posto que, a meu entender, é ela a única pena justa, posto que proporcional à culpabilidade do autor. A desvinculação da pena à culpabilidade, e a exacerbação do preventivismo, peca não apenas pela natural instrumentalização do homem, como também, e principalmente, por permitir que a pena perca seus limites, já que, em nome da prevenção, penas desproporcionais e exacerbadas, em casos excepcionais (p. ex., terrorismo), poderiam ser aplicadas. A solução proposta por JAKOBS para a dificuldade de aferição da culpabilidade não é outra senão o abandono da ideia de culpabilidade e sua substituição pela ideia de prevenção geral positiva, o que certamente poderiam justificar a aplicação de penas desproporcionais e, portanto, injustas. Tudo com o fim de alcançar a dissuasão. O que fazer nesse caso?

Aspecto importante da obra é a explanação sobre o Direito Penal de emergência e os discursos legitimadores de uma franca luta contra a criminalidade, especialmente a partir do séc. XXI. Segue-se então a tentativa do autor de justificar uma mudança de paradigma do Direito Penal tradicional (garantista) com o propósito de combater o delito, a partir de uma alteração estrutural do sistema penal. O Professor Doutor Ricardo Teixeira estima, para tanto, que não bastaria uma justificação da pena, mas sim do Direito Penal como um todo, salientando corretamente que os fins do Direito Penal não se podem limitar aos fins da pena, posto que muito mais amplos. É certo, a meu ver, que enquanto o Direito Penal pode e deve ter função de prevenção de delitos, a pena dificilmente consegue prestar-se a esse fim, pelas razões *supra* elencadas. E que o Direito Penal previne delitos mais que nada com o fim

de proteger bens jurídico-penais. Mas com essa afirmação discorda o autor, ao não aceitar que seja esta a missão principal das normas penais. E o faz afirmando que, dada a heterogeneidade das sociedades atuais, seria extremamente difícil – a seu juízo, impossível – encontrar valores comuns que perfeitamente espelhassem a figura de um bem jurídico digno de proteção penal, o que poderia fazer com que o legislador, ao fazer suas escolhas, cometesse injustiças. Mas, ao revés, me parece que o crescente fenômeno da globalização não significa outra coisa, senão uma autêntica uniformização das necessidades humanas, cada vez mais intensas e coletivas, que em tudo facilitam a construção de um conceito de bem jurídico-penal comum para toda a humanidade.

O autor concorda com a ideia jakobesiana de que o homem é garantidor da norma, do sistema, e, como tal, viola esse dever de garantia sempre que atue contrariamente a ela, seja por ação, seja por omissão. Este supraconceito de conduta identifica, por assim dizer, todo o sentido comunicativo de um comportamento jurídico-penalmente relevante. Pouco a pouco, o autor vai dissipando todas as possíveis críticas a essa teoria, incluindo aquela – defendida pelos finalistas – de que é o dolo, e não a possibilidade de se imputar objetivamente um comportamento, o verdadeiro elemento delimitador da responsabilidade penal. O Professor Doutor Ricardo Teixeira acredita que determinar o conteúdo do dolo é um dos grandes problemas práticos da teoria finalista, já que verdadeiras “batalhas jurídicas” foram travadas com esse propósito. Mas tais batalhas, a meu entender, mostram-se desnecessárias quando se percebe que o conteúdo do dolo não se limita à esfera subjetiva, espraiando-se, como dizia WELZEL, indubitavelmente, também sobre o comportamento externo do agente, determinando o sentido social da ação, através de seu peculiar modo de agir (escolha dos meios, antecipação dos fins e consideração das circunstâncias concomitantes).

A obra é concluída com um estudo sobre o Direito Penal de emergência e como o funcionalismo sistêmico de JAKOBS, aliado a seu Direito Penal do Inimigo, fornecem os subsídios necessários para a garantia da democracia, em que pese a necessidade de diminuição das garantias dos acusados de crimes que podem abalar esta mesma democracia. Para o autor, haveria uma ampliação dessas garantias, e não o contrário, com possibilidade, inclusive, de uma consolidação dos ideais democráticos do Estado de Direito em que a exceção tem lugar. Pois bem, eis outro ponto com o qual não se pode concordar,

pois o modelo proposto por Günther JAKOBS funda-se precisamente no tratamento do delinquente perigoso como “não-cidadão” ou “não-pessoa”, e nada parece levar a crer que um indivíduo em tal categoria teria mais garantias em sua acusação do que o cidadão comum.

O homem não nasceu para ser garantidor do sistema normativo. É o sistema normativo que surge para ser garantidor dos direitos do homem. Mas discordar do autor da presente obra, aqui, não significa em absoluto deixar de exaltar os inegáveis méritos da tese do Professor Doutor Ricardo Teixeira. Por isso, antes de encerrar, impõe-se mais uma vez o meu dever de cumprimentar com imenso orgulho e alegria o autor pela originalidade e profundidade do tema trabalhado, além da forma competente e corajosa com que o tratou.

O meu agradecimento estende-se também ao honroso convite que me foi feito pelo seu gentil orientador, Professor Doutor Leonardo Yarochevsky, para compor sua banca, bem como pelo próprio autor para prefaciar tão importante obra, que certamente se fincará como um marco de referência obrigatória para o tratamento do tema daqui em diante.

Maringá, inverno de 2013.

Prof^a. Dr^a. Gisele Mendes de Carvalho

Professora Adjunta de Direito Penal da graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e da graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Chefe do Departamento de Direito Público da UEM.

Prefácio II

“Que país é esse?”, cobrava em suas canções o poeta Renato Russo já nos idos de 1990. Um país com centenas de milhares de presos em calabouços medievais. Um país que prega a ruptura contra preconceitos contra a mulher, os negros, os portadores de deficiência e que continua a gritar contra o privilégio e a “vida boa” que a “turma dos direitos humanos” dá aos bandidos. “Quem defende marginal deve levá-los para sua casa para conviver com sua esposa e seus filhos” grita a voz das ruas. Um país que vibra quando um policial finalmente vence seus escrúpulos e atira no rosto de um traficante, tal qual se viu nas imagens do filme “Tropa de Elite”. Um país que não se cansa de reclamar contra a impunidade.

Onde erramos? Quando erramos? Erramos? Ou o sistema penal brasileiro não erra? Será um erro punir apenas os mais pobres, aqueles que não tem recursos para contratar grandes e luxuosos escritórios de advocacia e eximir os mais ricos? “Será só imaginação? Será que algo vai acontecer? Será que tudo isso é em vão? Será que vamos conseguir vencer?” E superar os problemas de um direito penal maximalista para uns e minimalista para outros?

Renato Russo e a Legião Urbana perguntam, mas em geral nossa academia faz poucas perguntas sobre as insuficiências de nosso direito penal ordinário. Logo, questionar por aqui tornou-se um luxo em uma academia que se acostumou a repetir as fórmulas, os modelos e os sistemas de concepção de crime e da pena. Mais do que navegar, perguntar é preciso, pois não se sairá do lugar sem a provocação da dúvida. Não basta constatar que há um problema sem a busca da compreensão das causas de um problema.

Mas, será que a simples constatação de que haja um problema já minora o próprio problema? Nem sempre, pois não é incomum que haja o diagnóstico e mesmo assim a inércia impede o primeiro passo no esforço de remover o obstáculo. Bom exemplo é o modelo capitalista de desenvolvimento. Está mais do que claro que se estendermos o padrão de consumo presente nos Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental para o restante do mundo, seria necessário a descoberta de três outros planetas Terra para suprir a economia de matéria-prima. Logo, sabemos qual será o final da história, caso nada seja feito. O problema tem sido justamente esse: sabemos que há uma parede no final do trilho, mas o que fazemos: aceleramos ainda mais a locomotiva!

O mesmo ocorre no Direito Penal: de um lado percebemos um maximalismo penal como resposta aos anseios de uma sociedade cada vez mais refém da violência. O Estado responde aos gritos histéricos da população quase sempre diante de um crime bárbaro multiplicando as hipóteses de crime e/ou aumentando a pena de outros. O movimento de redução da menoridade penal, volta e meia, ocorre diante da denúncia de um crime violento ocorrido. A sociedade, de um modo geral, rejeita os “direitos humanos” porquanto entende que tais direitos garantem a reprodução da impunidade.

De outro lado, ninguém grita contra a multiplicidade de vias recursais existentes em nosso direito. Tampouco vejo bandeiras ou manifestações contra o modelo de prazos prescricionais ou para as dificuldades estruturais que enfrentam a Polícia, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Assim, o caminho para a lentidão processual se coloca ao lado de uma facilidade maior em garantir a absolvição, penas e regimes de execução penal mais brandos para quem tem dinheiro nesse país.

Assim, percebemos a falência de nosso sistema penal. E qual a resposta a tal percepção? A agudização desse modelo, a simples reprodução de teses e teorias que comprovadamente fracassaram. Os trabalhos que a academia apresenta em geral nada mais são do que uma análise pontual de algum instituto do direito sob a ótica de uma das teorias que dominam o universo penalista no Brasil: o Finalismo e o Funcionalismo Teleológico!

Justamente nesse aspecto o presente trabalho se torna uma lufada de vento, uma brisa de inovação na mesmice acadêmica. O ponto escolhido por Ricardo Augusto de Araújo Teixeira é o questionamento

do próprio conceito de Direito Penal a partir do problema surgido com o crescimento de práticas terroristas nos últimos dez anos, em especial após o “11 de setembro”. Os dogmas da legalidade e da tipicidade cerrada e as garantias da presunção de inocência do réu e da anterioridade penal tem se mostrado insuficientes para enfrentar um tipo de criminalidade excepcional e diferente daquilo que se entendia por criminalidade no século XIX.

A solução estaria na reafirmação desse direito de fundo liberal, neokantista e ainda positivista? Precisamos mais do mesmo? Repetir a repetição dos Manuais e reafirmar a autonomia do direito penal, fechando os olhos para os ganhos da Psicologia, da Antropologia, da Economia e da Filosofia tem sido a cantilena de muitos de nossos penalistas. Outros, como Ricardo Teixeira, inconformados com o paradoxo de perceber a ineficiência de um direito penal, incapaz de punir, incapaz de educar, incapaz de reeducar, incapaz de prevenir a criminalidade, exigem de nós uma reflexão sobre a relação entre prática e teoria.

Nesse sentido, a presente obra discorre magistralmente sobre as principais correntes teóricas do direito, desde o Causalismo de Von Lizst, pelo Finalismo de Welzel e pelo Funcionalismo teleológico de Roxin, dentre inúmeras variações de tais concepções. E destaca um dos aspectos centrais da dificuldade de tais propostas: estarem todas elas calcadas em pressupostos ainda positivistas!

Farta literatura estrangeira e nacional desfilam diante dos olhos do leitor, que de forma rápida e acessível redescobrem os problemas e insuficiências de cada uma das mais conhecidas teorias do crime. De modo simples e direto, Ricardo conduz nossa leitura para a percepção evidente das dificuldades que cada um dos modelos acima enfrenta.

Sua opção pelo Funcionalismo sistêmico de Günther Jacobs já é por si só um ato de coragem, pois a novidade do pensamento sistêmico ainda está por desafiar grande parte da doutrina. Um verdadeiro espanto diante do quadro que pintamos acima. Sem dúvida, diante de uma lógica e de uma nomenclatura inteiramente distintas, sua compreensão exige do leitor uma atenção especial para que não caia em armadilhas semânticas. Esse modelo pressupõe uma lógica que diferente daquelas que nos acostumamos em manuais de direito penal. Daí, estar claro que muitas das críticas que Jacobs recebe partem da incompreensão de sua semântica.

Por certo, ao fazer sua opção, nosso autor já percebe algumas dificuldades com relação à legitimidade que o modelo sistêmico possui. Esforça-se em superá-los, o que desde já marca a maturidade do autor, pois se afasta da aceitação cãndida tão comum de nosso teoria com outros autores. Não foge pois das inúmeras polêmicas de uma proposta tão inovadora quanto essa. E, não procura colocar um ponto final na premente necessidade de renovação nas estruturas do direito penal. Apenas por isso torna-se um trabalho notável e que mereceria a sua leitura. Mas, ele vai além ao provocar um debate sobre todo o nosso modelo penal, trazendo os mais variados pontos de vista sobre o assunto.

Acredito que qualquer pessoa que tenha interesse sobre a criminalidade, muito mais do que especialistas em Direito Penal, irão se interessar pela presente obra. Parabéns ao autor pela profundidade da temática e pela simplicidade da escrita. Parabéns à Editora pela escolha de obra tão fecunda. Parabéns a você leitor, que poderá finalmente ler algo de diferente no direito.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela UFMG
Professor da graduação, mestrado e doutorado da PUC Minas.
Procurador da República em Minas Gerais

Introdução

1

“...La fuerza del derecho consiste sobre todo en su asimetría con la violencia. El derecho es tanto más eficaz cuanto más es diferente de la violencia criminal...”

Luigi Ferrajoli

Iniciar um texto requer sempre considerável esforço daquele que o faz. Busca-se, usualmente, transmitir ao leitor os pontos que serão determinantes para que a mensagem transmitida seja compreendida da melhor forma possível. Num texto acadêmico, particularmente, tem-se sempre em mente a preocupação com o convencimento do leitor. Ele, leitor, não precisa, ao final, restar convencido da tese defendida, mas, tão-somente, da forma como a ideia foi defendida.

Esta tese, por se propor a enfrentar problemas de primeira ordem para a Ciência do Direito Penal, deve começar com algumas constatações, que são pressupostas inclusive para a aceitação da relevância do que adiante será dito.

A primeira delas, que é talvez por isso mesmo a origem das demais, é simples de ser enunciada: o Direito Penal, tal como formulado a partir das aspirações dos movimentos racionalistas do século XVIII, notadamente a partir da obra de Cesare Beccaria em 1764, e desenvolvido pela dogmática alemã no século XX, não é apto a lidar com o mundo tal como se apresenta neste início de século XXI. O Direito Penal de inspiração iluminista foi pensado como muro de proteção do cidadão frente ao poder do Estado. Embora tal função permaneça, ela não é a única, e talvez não seja, hoje, em todos os momentos, a mais importante. Dele, Direito Penal, espera-se, ainda,

que contribua com a sociedade sendo instrumento de combate ao crime. Dele espera-se, também, que proteja e promova a democracia.

A colocação feita acima tende a causar certo mal estar no ambiente acadêmico brasileiro atual. E isto parece ter duas causas. A primeira delas seria o fato de que se está trabalhando com um país de democracia recente e que vez ou outra mostra ter dificuldades para se consolidar. Neste cenário, ter um Direito Penal com outra função que não ser garantia contra o próprio Estado, e com instrumentos mais fortes (ou menos limitados), faz lembrar sempre que no passado recente tal ramo do Direito foi utilizado para perseguir aqueles que não concordavam com a ordem (in)constitucional estabelecida. Em outras palavras, numa democracia em que o passado ditatorial ainda não está completamente superado, mais poder ao Estado para “combater” indivíduos não traz boas perspectivas. A segunda causa diz respeito ao atual estágio da Teoria dos Direitos Fundamentais. Como se sabe, a feição atual dos Estados ditos Constitucionais foi dada pela evolução da teoria e prática dos Direitos Humanos¹. Em contraposição a isso, há uma percepção histórica – bastante justificada – de que onde o Direito Penal se tornou protagonista do sistema jurídico – abandonando a condição de Direito de *ultima ratio* – o respeito aos Direitos ditos fundamentais aos homens foi abalado.

Não obstante as considerações feitas anteriormente, restará claro ao longo do caminho que o modelo de Direito Penal (de emergência) que aqui se pretende desenvolver atua no sentido da consolidação da segurança jurídica, no sentido de reafirmação constante dos ideais de Estado Democrático de Direito², pois, no limite, o que se está a propor é a delimitação e limitação de uma situação tal que gera perturbações ao sistema jurídico, e que ainda não obteve respostas bem aceitas pelos que atuam nesse sistema.

¹ Em geral se utilizará aqui indistintamente as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Para uma distinção didática, recomenda-se o *Curso de Direito Constitucional* (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012). Para uma visão mais aprofundada, sugere-se *Direitos Fundamentais* (AFONSO DA SILVA, 2010) e *Direitos Fundamentais* (SAMPAIO, 2010).

² “Do Estado Democrático de Direito exige-se o reconhecimento do homem como uma entidade ética diferente dele, o Estado, autônoma e superior, já que constitui sua finalidade. Daí entender, Muñoz Conde, que o direito penal da culpabilidade tem, como missão política, oferecer a maior proteção possível, com o menor custo de repressão e de sacrifício à liberdade individual”. (LIMA DE CARVALHO, 1992, p.70).

Todavia, a título de reforçar a constatação acima feita, vale lembrar que o pós II Guerra viu surgir em diversos países novas linhas de pensamento/ atuação do sistema de persecução penal. Três desses “movimentos” serão objeto de análise, a saber, os movimentos fundados na ideia de “Lei e Ordem”, os movimentos que defendem a expansão do Direito Penal, e o famigerado Direito Penal do Inimigo. Para fins introdutórios, faz-se aqui uma pequena diferenciação entre cada vertente. A primeira delas recebeu tal designação a partir do livro de mesmo nome, publicado no pós-guerra pelo sociólogo Ralph Darendorf (1985). O que se propunha ali era que, em situações de desrespeito recorrente à ordem jurídica, o instrumental a ser utilizado é a intensificação da utilização dos meios tradicionais de repressão e de “aplicação da lei” (*law enforcement*). Menos ordem demanda mais ordem. É o mais tradicional dos três “movimentos” e ganhou notoriedade no fim do século XX e início deste século a partir de sua utilização como política criminal da cidade de Nova Iorque, sob comando do então prefeito Rudolf Giuliani, tendo gerado uma vertente moderna identificada por *Fixing broken windows theory* – livremente traduzido para o português como “Teoria das Janelas Quebradas”. A segunda corrente identificada ganhou notoriedade no meio acadêmico a partir da obra do professor espanhol Jesus-Maria Silva Sanchez (2008) que, fazendo um diagnóstico de previdenciarização³ da sociedade contemporânea, constata que o Direito Penal passa a ser chamado para resolver conflitos que antes eram solucionados por outros ramos jurídicos. Com isso, ocorre uma expansão dos limites do Direito Penal, que tenta (por obra mais do legislador do que de seus pesquisadores) responder a todas as novas demandas, sendo mais ou menos bem sucedido em alguns casos. A terceira vertente terá tratamento peculiar ao longo deste texto, por compartilhar o marco teórico e ser a mais forte influência neste trabalho. Em linhas gerais, trata-se do estabelecimento de Direitos Penais diversos, direcionados a

³ O referido termo visa transmitir a ideia de que cada vez menos a pessoa/cidadão é apto a resolver sozinho os problemas que a vida em sociedade lhe impõe, sendo-lhe quase inevitável o recorrente recurso a órgãos estatais na solução dos mais cotidianos problemas. Com isso, como o sistema judiciário é estruturalmente lento, há uma tendência a se transmitir conflitos para o âmbito do Direito Penal, por ser praticamente o único ramo jurídico cujo instrumental de atuação conta com parcelas do Poder Executivo que podem ser acionados pelo cidadão de forma simples e tende a resolver os conflitos mais urgentes de forma satisfatoriamente imediata.

clientelas específicas. Em outras palavras, trata-se da especialização do Direito Penal orientada não só pelo fato cometido, mas também por qualidades peculiares do autor do fato. O pano de fundo de tal linha teórica é a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a qual indica, ao que parece⁴, um rompimento real quanto ao paradigma dentro do qual está o pensamento penal dominante no ocidente. Um último aspecto que deve ser destacado desde já é o fato de que nenhum desses “movimentos” são concorrentes/ excludentes. Pelo contrário, são complementares, cada um deles buscando responder a situações peculiares do fenômeno criminal contemporâneo. Este dado é importante pois, mais adiante, será apresentada a discussão referente às mudanças e ao que é a contemporaneidade. Aos que discordam de haver algo de realmente novo, a existência de três correntes absolutamente distintas para lidar com “novos” fenômenos deve ser vista como indício de que o ceticismo quanto à existência de uma “nova ordem” deve ser abandonado.

Como bem sabem os adeptos ou conhecedores dos conceitos sistêmicos luhmanianos, fatos repercutem em diversos sistemas, e cada sistema responde de acordo com sua lógica binária. Não é possível, ao que parece, continuar impedindo o sistema jurídico de responder a esta perturbação, tão-somente para preservar a estrutura do Direito Penal construída no século XIX. Uma resposta juridicamente controlada a tais situações parece ser – de um ponto de vista garantista – mais salutar do que algumas respostas possíveis de serem dadas por outros sistemas.

A afirmação da falência do Direito Penal como instituição – e o consequente esgotamento dele enquanto ramo do Direito – é parte do dia a dia de todos aqueles que lidam com sua efetivação e desenvolvimento. Não obstante, a colocação de argumentos no sentido do convencimento do leitor quanto a tal assertiva acontecerá de forma reiterada ao longo deste texto, por vezes de forma mais concentrada,

⁴ Tal conclusão decorre, por exemplo, da nota introdutória feita por Antônio Manuel Martins à edição portuguesa da obra *Pensamento Pós Metafísico*, de Habermas. Note: “Habermas reconhece, por um lado, que Luhmann conseguiu expandir e fazer evoluir de tal forma a sua teoria dos sistemas que ela se tornou um paradigma filosófico concorrencial”. (HABERMAS, 2004, p.24). No mesmo sentido é a opinião dos responsáveis pela tradução espanhola de *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (*La Sociedad de la Sociedad*) que é, para muitos, a mais importante obra de Luhmann.

por vezes de forma esparsa. Não se dedicará capítulo a isto, vez que se correria o risco de injustiças, pois ao elencar eventuais pontos que melhor sustentem a afirmativa, poderiam ser deixadas de lado outras críticas tão boas ou mesmo melhores que aquelas escolhidas.

A pergunta suscitada por esta primeira colocação é: por que? Esta é uma das questões que devem ser respondidas ao longo deste trabalho. No momento, porém, outros problemas devem ser postos, a fim de dar ao leitor uma perspectiva mais completa (e/ou complexa) do problema que aqui se enfrenta.

Ao iniciar o estudo do Direito Penal, os professores usualmente colocam aos alunos as seguintes questões: o que é, e qual a função do Direito Penal? Tais questionamentos são os mais elementares e importantes desta Ciência, pois a partir daí é que institutos podem ser pensados e desenvolvidos. Apesar disso, tais perguntas não são respondidas de forma satisfatória por aqueles que se dedicam a pensar este ramo do Direito.

É preciso ressaltar algo desde logo. Dado o poder que tem o Direito Penal, seja de forma efetiva (privar a liberdade, sancionar de forma grave como nenhum outro ramo do Direito), seja de forma simbólica⁵, pensadores de diversas outras ciências tem se dedicado aos estudos dos institutos deste ramo do Direitos, produzindo assim maior riqueza e complexidade nas respostas dadas às duas perguntas formuladas a pouco. As respostas dadas à tais perguntas, e as respectivas críticas, serão objeto de análise em momento posterior, em que se dará toda a atenção devida a estes questionamentos.

Outro ponto que merece cuidadoso estudo é o diagnóstico do tempo presente. O que mudou a ponto de justificar a afirmação inicial de que o Direito Penal moderno é insuficiente nos dias de hoje? Nesta pergunta esconde-se a complexa tarefa de analisar a realidade (jurídica, institucional e filosófica)(?) do início do século XXI. Realidade esta que é produto de uma soma de fatores, potencializados por dois dados muito particulares, quais sejam, a velocidade e a importância da comunicação.

De fato, quando se observa o início das partes especiais dos Códigos Penais ocidentais, e as confronta com os crimes que mais abalam

⁵ A força simbólica do Direito, e particularmente do Direito Penal, será objeto de análise específica, dada a sofisticação que o assunto adquiriu, e a importância que parece ter para se desenvolver e compreender um Direito Penal adequado ao tempo presente.

as sociedades contemporâneas, não parece haver grandes mudanças. As pessoas continuam, desde um longínquo passado, importando-se com suas vidas, sua integridade física, seu patrimônio, sua liberdade de ir e vir, sua liberdade sexual. O que mudou afinal? Esta pergunta também será objeto de estudo específico, no qual serão postas algumas das análises que parecem melhor desvelar o tempo presente, tendo o cuidado de não incorrer em dois dos equívocos mais comuns que tem se verificado no mundo acadêmico, quais sejam, a junção de teorias inconciliáveis e a importação de teorias sem as devidas (quando possíveis) adaptações.

A advertência que encerra o parágrafo acima é relevante aqui, pois o presente texto traz a opção por um marco teórico diverso do comumente trabalhado pela doutrina penalista brasileira (ou mesmo, ocidental, com raras exceções). Na tentativa de gerar novas e satisfatórias respostas aos velhos problemas postos, será utilizado o instrumental teórico fornecido pela Teoria dos Sistemas, no que se compartilha os pressupostos teóricos das escolas funcionalistas alemãs – notadamente Bonn e Munique – ainda que divergindo eventualmente de ambas, vez que elas mesmas apresentam fortes restrições umas às outras, e ainda, por se tentar uma aproximação maior ao modelo sistêmico em sua versão mais elaborada, qual seja, aquela cunhada por Luhmann a partir de Parsons, e refinada por Gunther Teubner, Andreas Fischer-Lescano entre outros pensadores da Sociologia e da Teoria do Direito. De estar claro, desde já, que não há uma adoção purista da proposta luhmaniana, até porque há a intenção de superar algumas de suas falhas, bem como desenvolver seu potencial crítico, algo que, como será visto, não parece ter sido o foco de Luhmann. Assim, não há a pretensão de que a Teoria dos Sistemas seja apta a esgotar a análise social. E há a percepção de que, em alguns momentos, a redução de complexidade por ela realizada acaba por impedir que algumas peculiaridades sejam percebidas.

Desta feita, apesar do debate entre Luhmann e Habermas não ser aqui abordado⁶, adota-se uma proposta de alguma forma inspirada na dualidade proposta por Habermas entre sistema e mundo da vida⁷.

⁶ Para uma abordagem específica, cf. NEVES (1996; 2008).

⁷ Habermas une à sua concepção dualista de racionalidade também uma concepção dualista de sociedade, que consistiria em sistema e mundo da vida. (...) O mundo da vida e o agir comunicativo não se reduzem um ao outro. Em um

A opção pela Teoria dos Sistemas parece dar – no atual momento histórico – melhores respostas aos problemas postos. Todavia, os que se dedicam ao estudo da referida teoria, seja de que ponto de vista for, sabem que ela mesma tem tantos pontos polêmicos que sua escolha como marco representa por si só um desafio.

Por conta do que acima se expõe, deve-se dizer desde logo que o capítulo inicial será integralmente dedicado à postulação e à contextualização da Teoria dos Sistemas, apresentando os pontos que são fundantes para o presente texto, analisando alguns temas que tem suscitado considerável divergência, e respondendo – na medida da possibilidade – às críticas que se apresentam como obstáculos à proposta da presente tese⁸. Num momento subsequente serão apresentadas as construções do Funcionalismo Penal, nas suas versões mais conhecidas no Brasil, quais sejam, o chamado Funcionalismo sistêmico (ou extremado) de Günther Jakobs e o Funcionalismo moderado de Claus Roxin. O leitor notará uma aproximação maior – embora não haja, em definitivo, adesão completa – à elaboração do professor da *Universität Bonn*, Jakobs, por se considerar que há aí rompimento mais significativo, além de propostas mais inovadoras para o Direito Penal. Deve-se, contudo, mais uma vez, frisar que não há adesão plena à nenhuma teoria, pois há pontos passíveis de críticas e modificações, seja no intuito de tornar tais construções mais fiéis aos conceitos da Teoria do Sistema, seja no intuito de propor um Direito Penal não apenas mais eficiente, mas também, na mesma medida, garantidor dos limites impostos ao Estado pelo atual estágio da Teoria da Democracia⁹.

processo circular, o mundo da vida se reproduz simbolicamente por meio do agir comunicativo, que, por sua vez, se alimenta de recursos do mundo da vida. Assim, Habermas reformula, em termos da comunicação, o conceito fenomenológico de mundo da vida. A diferença entre ação comunicativa e mundo da vida aprofunda-se, uma vez que a ação comunicativa atinge sempre níveis mais elevados de reflexão e, conseqüentemente, universaliza as particularidades dos diferentes contextos do mundo da vida. (NOUR; FATH, 2006, p.117).

⁸ Sabendo da crítica feita ao uso de traduções dos textos fundamentais a uma tese, mas considerando as dificuldades da obtenção dos originais, optou-se por recorrer sempre ao maior número de variações possíveis do mesmo texto, bem como o uso das versões utilizadas pelos intérpretes que se mostram mais autorizados sobre os temas em debate. Nos casos que não foi possível acesso ao texto original, tentou-se ter acesso a pelo menos duas traduções.

⁹ Discutir o atual estágio da Teoria da Democracia é, por si só, tema para teses de doutoramento. Aqui se optará por apresentar as vertentes que parecem mais

Dito isso, o leitor já pode perceber o projeto central desta tese. Pensar o Direito Penal a partir da Teoria dos Sistemas. Mas, mais que isso, pensar o chamado Direito Penal de Emergência sobre o pano de fundo de tal marco. Esta proposta, contudo, deve receber de imediato uma crítica do leitor atento: ora, esta, ao que parece, foi justamente a ideia inicial de Jakobs em meados dos anos 1980, e continua sendo desenvolvida pelos seguidores da Escola de Bonn, na Alemanha e em outros países¹⁰.

Tal crítica, em princípio, procede. Todavia, o que aqui se busca é ser mais próximo a Luhmann do que foi Jakobs, trabalhando o Direito Penal com maior proximidade do instrumental teórico da Teoria dos Sistemas¹¹. A opção por uma maior fidelidade se justifica pois, ao que parece, alguns conceitos que não estão no centro do pensamento de Jakobs podem ser úteis à solução de alguns dos principais problemas que existem em suas formulações. Assim, fazendo tal reconstrução, pretende-se ultrapassar o nível da crítica, notadamente brasileira e espanhola, feita ao funcionalismo extremado e, mais que isso, propor um Direito de Emergência que seja adequado aos problemas que tem que enfrentar, bem como adequado à exigência de que o Direito contribua, sempre, para a consolidação da Democracia.

Outro ponto que merece atenção é a ideia de Direito de Emergência. A aceitação de que exista tal conceito, ao que parece, indica que exista também um Direito que não seja de emergência, um Direito comum ou “normal”. Parte-se justamente daí; e nisso o diagnóstico é

convincentes (fundamentadas) e adequadas ao atual momento histórico, sem perder a oportunidade de estabelecer críticas e dialogar com os autores tidos por referência no assunto, notadamente Jürgen Habermas, Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Robert Dahl e outros.

¹⁰ Há contribuições interessantes na Colômbia e na Espanha, por exemplo. Elas serão expostas no momento adequado.

¹¹ É importante aqui fazer uma ressalva e uma crítica. Ao dizer que se pretende ser mais fiel aos conceitos sistêmicos na sua versão luhmaniana não implica, como pode parecer, uma crítica à abordagem de Jakobs. Com efeito, talvez o principal problema da crítica brasileira a Jakobs seja tomá-lo por ingênuo e/ou simplório. Tal posição não pode ser compartilhada. Quando da elaboração de tal proposta, Jakobs ocupava a cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal e Teoria do Direito da Universidade de Bonn, Alemanha. Tal posição exige/ permite que ele faça as modificações ou leituras que lhe pareçam mais consistentes do ponto de vista teórico. Aqui, não se seguirá integralmente tal construção. Nem se abandonará por completo a mesma. Desta feita, no momento adequado, tais críticas serão analisadas, consideradas e criticadas.

semelhante àquele feito por Jakobs quando da primeira apresentação da tese do *Feindstrafrecht*¹². Tal diferenciação foi severamente criticada, sendo o argumento inicial o que diz que se estaria com isso retornando a um paradigma de Direito Penal de autor, e não mais do fato, como exige o Estado Democrático de Direito. A este ponto será dedicado um longo item num momento oportuno.

Mais imediato é introduzir outro ponto igualmente polêmico, que diz respeito ao conceito de “*Feind*”. Tal termo, que cuja tradução literal para o português é “inimigo”, traz em si a exigência de ser delimitado enquanto conceito jurídico, de forma a definir o público-alvo da proposta de Jakobs. A busca por esta definição tem sido, possivelmente, a maior fonte de problemas e críticas para o citado autor e seus seguidores. De fato, não há ainda aceitação quanto a quais elementos definem, identificam o *Feind*, aquele a quem seria destinado um Direito Penal de formas peculiares, diversas do Direito Penal tradicional.

Nesta empreitada um ponto merece destaque. Segundo os adeptos da proposta jakobsiana, o traço fundamental é que *Feind* (inimigo) é aquele que nega, por princípio, os valores da comunidade/ sociedade em que está. Embora num primeiro momento tal conceito não aparente trazer maiores dificuldades, quando investigado em profundidade revela questões complexas. A primeira delas diz respeito à legitimidade da sanção imposta aos *Feinde* (inimigos): se a legitimidade dos critérios de responsabilização penal decorre da abertura que se dá para que todos participem ativamente da formulação do Direito, como lidar com aquele que nega por princípio o sistema jurídico-estatal que viabiliza tal construção? É de se notar que o questionamento posto parte de uma teoria discursiva da democracia, em que a legitimidade do Direito decorre da possibilidade de participar de sua construção. Este ponto será desenvolvido em outro momento, quando da abordagem da ideia de “Democracia radical” que é pano de fundo das

¹² Em geral, serão utilizadas as traduções referentes a toda terminologia teórica que já esteja consolidada em língua portuguesa, eventualmente acompanhadas do original, ou de uma tradução consolidada para outro idioma. A exceção ficará com o termo *Feindstrafrecht*, que será utilizado com frequência no original alemão, em razão da carga negativa e preconceituosa adquirida pela tradução literal “Direito Penal do Inimigo”. Será dedicado algum tempo para se compreender o peso que o termo adquiriu em português e espanhol, bem como o uso que se tem feito dele em tais idiomas.

ideias aqui expostas. Quanto à pergunta feita, uma resposta possível, ao que parece, seria afirmar que, ao optar por negar todo o sistema jurídico, o *Feind* deve arcar com as consequências, dentre elas, o de se submeter a sanções cuja legitimidade ele não reconhece.

A resposta apresentada não parece satisfatória. No atual estágio da Teoria do Estado, não parece ser possível admitir que um indivíduo possa, unilateralmente, colocar-se à margem do sistema jurídico, tornar-se *homo sacer*, o home matável e insacrificável, tal como na construção de Giorgio Agamben. Por este motivo, melhor resposta a este questionamento se faz indispensável.

A segunda objeção que pode ser feita à ideia do *Feind* (inimigo) como aquele que nega por princípio os valores da sociedade – lida também com o segundo aspecto característico do *Feind* apontado por Jakobs, qual seja, a falta de cognoscibilidade comportamental de quem se coloca em tal posição –, diz respeito à perda de autonomia do indivíduo para decidir-se diante do mundo contemporâneo. É diagnóstico frequente a percepção de que a complexidade das sociedades contemporâneas exigem, cada vez mais, uma abstração por parte do indivíduo quanto à função de cada outro ser no mundo, seja o outro ser também indivíduo, ou seja ele instituição. Fato é que cada vez menos se tem a oportunidade e/ ou a possibilidade de questionar os outros. Vive-se bem confiando na repartição de papéis sociais (ideia trabalhada pelo próprio Luhmann, mas também por sociólogos em atividade, como Anthony Giddens), sem ter, por vezes, conhecimentos sólidos sobre alguns desses “papéis”. Ora, aquele que está no mundo sem possibilidade de compreendê-lo (dada à complexidade envolvida) tem capacidade de negá-lo inteiramente, de uma só vez, por princípio? Não seria esta uma tarefa hercúlea (no melhor sentido dworkiano do termo) imposta ao pretenso *Feind* (inimigo)? Esta questão também precisa ser pensada.

Há, ainda quanto a esta segunda característica sugerida por Jakobs, que se considerar também a caracterização de “heróis” e “santos” feita por Todorov (1997), pois sua descrição é justamente de “seres” que não oferecem segurança comportamental. Vale reproduzir:

Como o herói, o santo é um ser excepcional. Ele não se submete às leis da sociedade, nem tem as mesmas reações das outras pessoas. Suas qualidades extraordinárias, em particular sua força espiritual, fazem dele figura solitária que pouco liga para os efeitos de suas ações naqueles próximos

a ele. Pode até ser dito que o verdadeiro santo não conhece dilemas internos e nem mesmo sofrimento. Como o herói, ele rejeita compromissos; conseqüentemente, está sempre pronto a morrer por sua fé, o que não é verdade para seus compatriotas, por mais pios que possam ser. (TODOROV, 1997, p.49, tradução nossa¹³).

Vê-se que, tudo considerado, heróis, santos e *Feinde* (inimigos) apresentam características comuns. É preciso então desenvolver a caracterização dos *Feinde*, sob pena de “combatermos” heróis e santos.

Como se tais ponderações não fossem suficientes, é possível uma análise do mesmo problema por outro ângulo. E a partir de Bauman (2001) é possível sugerir dois questionamentos alternativos. Primeiro: a dificuldade em estabelecer quem é o inimigo que nega a comunidade/ Estado poderia ser fruto da dificuldade de identificar a comunidade/ Estado?

É verdade que quando se pensa no Ocidente hoje, visualiza-se uma situação bastante uniforme: Estados produto das revoluções do século XVIII, aspectos fortes da tradição judaico-cristã e desenvolvimento da teoria dos Direitos Humanos resultado, em especial, da II Guerra Mundial. Por outro lado, o desenvolvimento da comunicação e dos transportes dilacera a cada dia a distinção entre “o Mundo e o Ocidente”¹⁴, integrando culturas¹⁵ até há pouco incomunicáveis e inconciliáveis.

O segundo questionamento nessa linha de inspiração é: querer achar um *Feind* (inimigo) não poderia ser entendido apenas como forma de gerar um ponto de unidade para as “sociedades líquidas”? (BAUMAN, 2001, p.223). Em seu romance histórico *O Cemitério de*

¹³ Na versão americana consultada: *Like the hero, the saint is an exceptional being. He neither submits to the laws of his society nor has the same reactions as other people. His extraordinary qualities, in particular his spiritual strength, make him a solitary figure who cares little about the effect of his actions on those close to him. It might even be said that the true saint knows neither internal struggle nor even, when all is said and done, suffering. Like the hero, he rejects compromise; consequently, he is always ready to die for his faith, which is not true of his compatriots, however pious they may be.* (TODOROV, 1997, p.49)

¹⁴ Expressão utilizada pelo prof. Dr. Giacomo Marramao para expor a nova organização de mundo que se apresenta ao século XXI.

¹⁵ Exemplo mais claro parece não haver, do que a relação atual entre os Emirados Árabes Unidos e o “Ocidente”. Dubai é o novo playground do mundo ocidental rico, e o Qatar é sede da Copa do Mundo de 2022.

Praga (2011) Umberto Eco mostra como a “eleição” de um inimigo tem sido importante estratégia para a sobrevivência de governos, governantes e nações ao longo dos tempos. Daí a dúvida que se extrai do pensamento de Bauman torna-se mais clara: não se trataria apenas de uma versão mais sutil, disfarçada de sistema jurídico, da mesma velha técnica da Política?

Tudo isso deve ser abordado com a devida seriedade, já que o que está em jogo aqui é a construção de um Direito Penal de Emergência democraticamente viável, e não há Estado Democrático de Direito onde não há Direito Penal democrático. Em outras palavras, a um Estado que pretenda carregar tais adjetivos – democrático, de Direito –, indispensável é construir seu sistema de persecução Penal de forma a respeitar as conquistas racionalistas, a proibição do retrocesso (quanto aos Direitos Fundamentais) e a garantia de que a pessoa afetada pelo sistema jurídico é, sempre, sujeito de direitos. E neste ponto surge importante ponto de conflito aparente com a posição anteriormente exposta de que do Direito Penal contemporâneo se espera que seja instrumento de política de segurança pública, além de meio de controle do *jus puniendi* estatal. Isso, pois é possível argumentar – o argumento é kantiano – que tal função atual que se dá ao Direito Penal torna a pessoa por ele afetada artefato utilizado em prol de outro bem, supostamente mais relevante, que seria a estabilidade social. E a forma como tal tarefa é realizada pelo sistema penal torna a pessoa sentenciada exemplo para a coletividade, deixando de ser fim em si mesma.

Ora, a construção acima parece correta. Mas, um penalista replicaria imediatamente com o fato de que as chamadas teorias absolutas da pena iam neste mesmo sentido, e aparentemente nenhum de seus adeptos sentiu-se realmente abalado por esta crítica. Mas, isso, ao que tudo indica, não deve desabonar a crítica, mas sim os que não se dispuseram a respondê-la de forma convincente. Este, portanto, é mais um ponto de análise que se impõe ao presente trabalho.

Todo aquele que se propõe a pensar a ideia de Direito de Emergência vê-se, irremediavelmente, diante de questionamentos quanto à sua compatibilidade com o chamado Garantismo Penal.

A face moderna do Garantismo foi dada por Luigi Ferrajoli em monumental obra de Teoria do Direito, intitulada “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, em que o citado professor italiano reconstrói com argumentos mais fortes e atuais a proposta

de Direito Penal como garantia do cidadão surgida com o movimento iluminista.

Não se pode questionar o valor da referida obra, muito menos da posição defendida. Tais aspectos não estarão – ao menos não intencionalmente – neste trabalho. O que parece possível questionar, todavia, é se a “visão garantista”, na forma dada por Ferrajoli, é a mais adequada ao atual momento das sociedades contemporâneas. Não obstante, como tal tarefa é por si só árdua o suficiente para um novo trabalho, aqui se assumirá que sim, os ideais garantistas (e não os argumentos que os sustentam) permanecem válidos nos dias atuais, de forma que qualquer outra proposta de sistema penal deva vê-lo como um filtro, ou um *standard* com o qual é preciso se compatibilizar ou mesmo superar.

Assim, espera-se estar claro que o presente texto parte do pressuposto de que é possível compatibilizar Garantismo com Direito de Emergência. Esta tarefa enfrenta problemas de duas ordens. A primeira diz respeito ao fato de que o Garantismo e a versão de Direito de Emergência aqui sustentada estão sobre paradigmas diversos. O primeiro tem suas raízes no Iluminismo (século XVIII) e no neopositivismo (início do século XX). O segundo, tal como aqui pensado, desenvolve-se sobre a Teoria dos Sistemas (segunda metade do século XX até a atualidade).

Poder-se-ia sustentar que em lugar algum vêm-se tais *loci* postos como incompatíveis ou inconciliáveis. Todavia, o fato é que o positivismo e o neopositivismo sobre o qual Ferrajoli construiu seu pensamento funcionam de forma diversa da Teoria dos Sistemas, e em seu atual estado, assumem pressupostos teóricos incompatíveis, dada a abertura linguística tida como inevitável dentro da Teoria dos Sistemas. Desta feita, um capítulo será integralmente dedicado a estas questões, contextualizando as estruturas de cada pensamento, de forma a, no fim, compatibilizar o que for compatibilizável, fazendo as devidas alterações e concessões teóricas.

Em síntese, o objetivo deste projeto é discutir a viabilidade de se elaborar um teoria do Direito de Penal de Emergência que seja compatível com uma democracia radical. Para se atingir tal propósito será preciso identificar o que se entende e de onde surge a necessidade de um “Direito de emergência”. Posteriormente serão apresentadas, com algum detalhamento, as vertentes de pensamento que de alguma forma tentaram responder às necessidades que demandam tal forma

especial de Direito. Neste momento também se estudará as leituras feitas de tais movimentos no Brasil e no Direito Comparado, a fim de se avaliar a forma como tais novas vertentes do Direito Penal têm repercutido no pensamento jurídico nacional. Será ainda essencial estabelecer-se o que se entende pela expressão democracia radical e os efeitos que ela tem sobre uma teoria jurídica (ou os efeitos que uma teoria jurídica deve ter sobre ela). Após, faz-se imperioso determinar/ especificar o marco teórico (Teoria dos Sistemas/ Estado Democrático de Direito) sobre o qual se construirá o ponto central do trabalho, analisando até que ponto ele pode ser utilizado no estado em que se encontra, e até que ponto as particularidades da nossa realidade social e jurídica exigem reconstruções paradigmáticas e ou conceituais. Na sequência, será possível iniciar a resposta ao questionamento feito (“viabilidade”) propondo a forma/ modelo pelo qual tal resposta se mostra possível.

Por fim, é preciso ter como guia o fato de que, nas palavras de Luigi Ferrajoli, “a força do Direito consiste sobretudo em sua assimetria com a violência. O Direito é mais eficaz quanto mais diferente é da violência criminal”. (2011, tradução nossa¹⁶).

Não há democracia forte onde não há Direito Penal com ela compromissado. Não há sentido na pesquisa jurídica (especialmente na esfera penal) se ela não tem por fim contribuir para a consolidação das instituições democráticas e do Estado Democrático de Direito.

Para terminar, duas breves considerações metodológicas. Primeira: nos casos em que foi possível o acesso aos textos no idioma original e também à tradução para o português, as citações foram feitas a partir da versão original, em tradução livre, colocando o texto original em nota de rodapé. Embora mais trabalhoso, o objetivo foi permitir ao leitor também ter acesso direto aos textos originais, sem “intermédio” do tradutor. Segunda: nos casos de divergência quanto a conceitos ou interpretações, foram utilizadas notas de rodapé com citações de autores que compartilham das opções aqui feitas, a fim de deixar claro que tais argumentos tem respaldo na comunidade acadêmica, ainda que sejam eventualmente minoritários.

¹⁶ No original, falado em espanhol: “*La fuerza del derecho consiste sobre todo en su asimetría con la violencia. El derecho es tanto más eficaz cuanto más es diferente de la violencia criminal*”. (FERRAJOLI, 2011) (video).

Os trabalhos que a academia apresenta em geral nada mais são do que uma análise pontual de algum instituto do direito sob a ótica de uma das teorias que dominam o universo penalista no Brasil: o Finalismo e o Funcionalismo Teleológico!

Justamente nesse aspecto o presente trabalho se torna uma lufada de vento, uma brisa de inovação na mesmice acadêmica. O ponto escolhido por Ricardo Augusto de Araújo Teixeira é o questionamento do próprio conceito de Direito Penal a partir do problema surgido com o crescimento de práticas terroristas nos últimos dez anos, em especial após o "11 de setembro". Os dogmas da legalidade e da tipicidade cerrada e as garantias da presunção de inocência do réu e da anterioridade penal tem se mostrado insuficientes para enfrentar um tipo de criminalidade excepcional e diferente daquilo que se entendia por criminalidade no século XIX.

A solução estaria na reafirmação desse direito de fundo liberal, neokantista e ainda positivista? Precisamos mais do mesmo? Repetir a repetição dos Manuais e reafirmar a autonomia do direito penal, fechando os olhos para os ganhos da Psicologia, da Antropologia, da Economia e da Filosofia tem sido a cantilena de muitos de nossos penalistas. Outros, como Ricardo Teixeira, inconformados com o paradoxo de perceber a ineficiência de um direito penal, incapaz de punir, incapaz de educar, incapaz de reeducar, incapaz de prevenir a criminalidade, exigem de nós uma reflexão sobre a relação entre prática e teoria.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela UFMG
Professor da graduação, mestrado e
doutorado da PUC Minas.
Procurador da República em
Minas Gerais

