

O DIREITO PENAL EM UMA ENCRUZILHADA: ABOLIÇÃO, DIVERSIFICAÇÃO, RETORNAR À RAZÃO OU ENTRAR EM RAZÃO?*, **

CORNELIUS PRITTWITZ

Catedrático de Direito Penal na Universidade de
Frankfurt am Main

RESUMO: O autor indaga em sua exposição se o Direito Penal garantista de um Estado de Direito foi perdido ou abandonado e se, nos dias de hoje, pode ser substituído por um Direito Penal menos garantista ou até sem garantias, como o programa do Direito Penal do Inimigo sugere.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal-Direito Penal do Inimigo-Direito Penal do risco-Direito Penal da segurança-Modernização do Direito Penal

RESUMEN: El autor se pregunta en su exposición si el Derecho Penal garantista de un Estado de Derecho se perdió o fue abandonado y si, en los días de hoy, se puede sustituir por un Derecho Penal menos garantista o incluso sin garantías, como el programa del Derecho Penal del Enemigo sugiere.

PALABRAS-CLAVE: Política Criminal-Derecho Penal del Enemigo-Derecho Penal del riesgo-Derecho Penal de la seguridad-Modernización del Derecho Penal.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Direito Penal em uma encruzilhada: 2.1 A Noção de “Direito Penal”; 2.2 De Que “Homogeneidade” Estou

*Título original: ¿El Derecho Penal en la encrucijada: abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón? Tradução do original espanhol por Érika Mendes de Carvalho, Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM).

**Conferência proferida no XX Congresso Latino-americano, XII Ibero-americano e V Nacional de Direito Penal e Criminologia, realizado em Lima (Peru) em setembro de 2008.

Falando? 2.3 Direito Penal "In The Books" e "In Action"; 2.4 Diferentes Ausências de Homogeneidade: do que Falamos? 2.5 A Ausência de Homogeneidade Aqui Referida. 3 Análise e críticas a essas tendências: 3.1 A Análise; 3.2 A Crítica. 4 Soluções e sugestões: 4.1 Direito de Intervenção; 4.2 A Proposta de Um Direito Penal de Duas Velocidades de Jesús-María Silva Sánchez; 4.3 O Programa do 'Direito Penal do Inimigo' de Günther Jakobs. 5 Posição pessoal: 5.1 A Política Criminal da 'Mão Invisível'; 5.2 O Direito Penal Para os Inimigos; 5.3 Direito de Intervenção ou de Segunda Velocidade. 6 Perspectivas.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal chegou a uma encruzilhada. Em um breve resumo, minha análise é a seguinte: o Direito Penal encontra-se nesta situação, sempre incômoda, em virtude da pressão de dois desenvolvimentos sociais: primeiro, a modernização acelerada (não somente tecnológica) e, segundo, a demanda crescente de segurança objetiva e, talvez a mais importante, subjetiva.

A reação da política criminal frente a esses desenvolvimentos pode ser resumida em três noções: o Direito Penal do risco; o Direito Penal da segurança; e o Direito Penal do inimigo.

A percepção - a meu ver, cada dia mais difundida - de que o Direito Penal, efetivamente, pode ser descrito com estas noções (não necessariamente críticas ou pejorativas) suscita o problema de se o Direito Penal garantista do Estado de Direito já está perdido ou abandonado - dolosa ou culposamente. Esse problema conduz à seguinte encruzilhada: "Deve-se resignar ante a constatação de um Direito Penal homogêneo garantista perdido?" Deve-se, então, invocar um Direito Penal diversificado, com divisões mais ou menos garantistas - talvez até com divisões sem garantias -, como o programa do Direito Penal do inimigo sugere? Ou é possível persistir em um Direito Penal garantista?

Até aqui minha análise não é muito original, nem pretende sê-lo. Limita-se a descrever um debate familiar à comunidade dos

penalistas; trata-se do debate entre aqueles que - polemicamente - se inscrevem como “os que querem modernizar o Direito Penal, destruindo-o” e “os que persistem com ingenuidade - e às vezes até com fundamentalismo - na idéia de um Direito Penal garantista, perdendo, assim, qualquer influxo ante a realidade política e social”.

Esse debate ganhou autonomia e os argumentos já não são muito originais (o que - vale a pena destacar - não significa que o debate tenha sido decidido ou que a superioridade de uma ou de outra posição tenha sido demonstrada, e tampouco significa que, no mundo da política criminal, não seja necessário assumir essas posições). O que sim ocorre é que, às vezes, este debate (muito importante) termina por ofuscar outras duas perguntas que, a meu ver, podem ensejar um debate ainda mais construtivo e, talvez, mais produtivo:

Primeiramente: hoje em dia ainda é realmente possível falar de tendências *do* Direito Penal, de *um* Direito Penal? Ou devemos reconhecer que, na situação social e política atual, já não é possível falar de um Direito penal homogêneo? E segundo: o chamamento ao Direito Penal garantista, ou o chamamento à razão, é, de fato, um chamado para *regressar* à razão ou é um chamado para, finalmente, *ingressar* na razão ou, talvez, *continuar* nessa difícil missão?

No final de minha intervenção exporei minhas próprias respostas a esses problemas. Na minha palestra, quero esboçar minha análise do caminho até a encruzilhada. Aproximo-me dela em cinco passos e essa é a primeira parte da minha conferência:

1. Ao tratar da possibilidade e dos limites de um Direito Penal homogêneo, é preciso esclarecer - muito brevemente - o que entendo por “Direito Penal” e...

2. ... de minha noção de “homogeneidade”;

3. também é preciso esclarecer se estou falando do Direito Penal de nossos códigos ou se estou falando do Direito Penal “em ação”;

4. ao problematizar acerca das irregularidades e da ausência de homogeneidade do Direito Penal, vale a pena esclarecer de quais irregularidades não estou falando;

5. e que tipo de irregularidades sim constituem objeto de meu interesse.

Depois, na segunda parte e buscando uma resposta adequada à perda do Direito Penal homogêneo, deve-se perguntar:

- por que o Direito Penal perdeu sua homogeneidade,

- e, muito brevemente, convém abordar as críticas mais importantes ao Direito Penal cada dia menos homogêneo.

Por fim, diante da encruzilhada, é recomendada a leitura e compreensão de alguns “guias de viagem” (terceira parte) antes de se tomar uma decisão.

2. O DIREITO PENAL EM UMA ENCRUZILHADA

2.1 A NOÇÃO DE “DIREITO PENAL”

Em oposição à separação entre “Direito Penal” e “Direito *Processual* penal”, tradicional e familiar na América Latina, uma boa análise das tendências do Direito Penal, a meu ver, deve trabalhar com uma noção ampla do Direito Penal, que inclua não apenas o Direito *Processual* Penal, mas também as leis orgânicas e o Direito de execução penal, até as leis que regem a disciplina penitenciária.

Para comprovar a necessidade de incluir todas essas normas penais pouco conhecidas, pouco debatidas e, ao que parece, de menor importância, basta mencionar alguns exemplos do contexto alemão - não tenho dúvida de que seria fácil encontrar exemplos similares nas normas latino-americanas.

Primeiro exemplo: não é possível falar das tendências importantes do Direito Penal atual sem entrar em alguns dos debates dos processualistas, como, por exemplo, o debate sobre as distintas possibilidades de suspensão do processo - inventadas como exceções à regra (sentença condenatória ou absolutória), mas que, hoje em dia, são um fenômeno quase normal para concluir um processo -, ou sobre o que na Alemanha chamamos “deal”, utilizando a noção norte-americana em um tom pejorativo, o que - pelo menos em um sistema processual “inquisitorial” -, em outras palavras, é uma declaração de falência (*Bankrotterklärung*) com conseqüências incalculáveis.

Segundo exemplo: há pouco tempo o legislador alemão introduziu uma mudança aparentemente de apoucada importância, a saber, até pouco tempo o tribunal com apenas um juiz criminal foi competente apenas para sentenças de até um ano de pena privativa de liberdade, mas agora pode condenar a até dois anos; a sala menor do tribunal criminal até pouco tempo podia condenar a até três anos, e agora a até

quatro. É evidente que tais mudanças alteram mais do que a mera competência dos tribunais: o juiz, em comparação com a sala menor, a sala menor em comparação com a sala maior, isso significa menos pessoas que percebem e opinam, e claro que significa menos "verdade" e menos "justiça". Ademais, para os casos afetados por esta mudança de competência também foram alterados os recursos cabíveis.

2.2 DE QUE "HOMOGENEIDADE" ESTOU FALANDO?

Ao falar de um Direito Penal homogêneo, alguém poderia - pelo menos, na Alemanha - lembrar-se do ano de 1871, momento do surgimento de *um* Direito Penal para todos os países da Alemanha, ou, na Europa, alguém poderia pensar nas tendências atuais bastante criticáveis em direção a um Direito Penal europeu homogêneo. Não estou falando dessa homogeneidade, às vezes favorável a uma posição garantista, e às vezes, porém, um verdadeiro risco para o Direito Penal garantista. Estou falando de uma homogeneidade interna das normativas penais, da vigência dos mesmos padrões em distintas áreas do Direito Penal.

Antes de esclarecer e ilustrar com alguns exemplos desta "homogeneidade interna", sobre a qual queremos saber se vale a pena batalhar para conservá-la, recuperá-la ou consegui-la, quero introduzir a diferenciação sociológica entre "*law in the books*" e "*law in action*".

2.3 DIREITO PENAL "IN THE BOOKS" E "IN ACTION"

De que falamos quando debatemos tendências e avaliações do Direito Penal? Falamos das normativas, do conteúdo de nossos códigos penais, ou falamos (também) do Direito Penal na realidade do sistema da justiça penal? Há quase cem anos, em 1920, o sociólogo norte-americano do Direito Roscoe POUND introduziu a diferença entre "*law in the books*", o Direito nos livros, e o "*law in action*", o Direito em ação. Apesar desta respeitável tradição, o debate dos penalistas e, mais ainda, o debate sobre a política criminal, sofre a desatenção do Direito Penal em ação. Os participantes destes debates são juristas e a jurisprudência é uma "ciência de normas" (nota-se nos

debates!).

Ao falar do Direito Penal, claro que é preciso analisar as normativas penais, mas seria ingênuo vislumbrar o Direito Penal dos livros como a realidade total do Direito Penal. Para ilustrar a necessidade de estar sempre consciente desta diferenciação, basta um exemplo quase banal: o princípio continental europeu de instrução oficial, o princípio de que é o tribunal (o Estado), e não as partes, que deve buscar “a verdade”, e, igualmente, o princípio da livre apreciação da prova pelo tribunal, em princípio (quer dizer: nos livros) exigem a mesma vigência em todos os pleitos. Mas é evidente que nos pleitos nos quais rege o “deal” - favorável para alguns acusados, desfavorável para muitos outros -, não se pode falar na homogênea vigência destes princípios fundamentais do Direito Penal.

2.4 DIFERENTES AUSÊNCIAS DE HOMOGENEIDADE: DO QUE FALAMOS?

Quando lamento a ausência cada dia mais dramática de homogeneidade no Direito Penal, uma crítica óbvia é a de que nunca tivemos uma verdadeira homogeneidade em matéria penal. Os críticos têm razão, e, por isso, é preciso esclarecer de qual homogeneidade estou falando.

a) Homogeneidade em abstrato: heterogeneidade concreta.

Quando se faz referência aos princípios gerais, existe muita homogeneidade ou, pelo menos, queremos crer que esta exista. Mas, quanto mais se desce na hierarquia das normas, evidencia-se que já em nível normativo existe uma falta de homogeneidade - e isso não é necessariamente criticável. Explico com um exemplo: em nossos países, um acusado - de maneira homogênea - tem que defender-se ante um tribunal. Pelo menos, na grande maioria dos casos, o juiz também será o ‘juiz natural’, isto é, o juiz previsto pela lei. Em geral, existe, pois, homogeneidade. E concretamente? O chamado ‘juiz natural’ pode ser um juiz criminal em um caso menor e pode ser uma turma com três juízes togados e outros dois juízes leigos quando se trata de um homicídio ou de crimes econômicos de certa gravidade. Logo, há uma falta de homogeneidade prevista pela própria lei!

Essa falta de homogeneidade parece - e, finalmente, a meu ver, é -

plausível. Mas um exame do Direito Penal “em ação” mostra que, talvez, seja prematuro não lamentar essa ausência de homogeneidade. Pois, na realidade do sistema penal, ser acusado ante um juiz penal normalmente significa que o acusado se encontra ante uma ‘fábrica de justiça’; o juiz tem no máximo uma hora para o caso - e nos tribunais norte-americanos, em se tratando de contravenção penal, sabemos que o ritmo é de cinco minutos para cada caso. Por outro lado, o presidente de uma turma tem vários problemas para fixar os prazos; onde o juiz determina as horas destinadas para o caso individual, o presidente da turma, muitas vezes, tem que perguntar se pode concluir o pleito dentro de um ano.

Em parte, esta falta de homogeneidade está relacionada com mais problemas de fato ou de direito, com mais testemunhas ou peritos, mas observemos que, às vezes, também está vinculada à decisão de não lançar mão do Direito para resolver casos menos graves.

E não é legítima essa falta de homogeneidade? Tenho aqui as minhas dúvidas. A diferença não criticável entre o pequeno ladrão e o empresário que cometeu uma fraude milionária são as penas mínima e máxima cominadas; também não é criticável que, por isso, um caso seja tratado por um juiz e o outro, por uma turma de juízes criminais. Mas, a meu ver, não é evidente que a precisão necessária para provar o dolo do acusado seja distinta.

Há aqui um debate entre os penalistas críticos do Direito Penal, por exemplo, entre alguns de meus colegas de Frankfurt e Bernd SCHÜNEMANN, que os critica em razão de sua preocupação com o Direito Penal econômico e com os acusados nesses processos. Aqui não temos tempo nem é o lugar adequado para entrar nesse debate. Minha própria posição é de que, em geral, estamos no bom caminho quando fortalecemos posições críticas à expansão do Direito Penal, e também quando reforçamos um Direito Penal garantista nos pleitos da criminalidade econômica das classes superiores.

Mas também concordo com Bernd SCHÜNEMANN: não basta que os benefícios, no que toca à política criminal ou à dogmática do Direito Penal que exurgem desses esforços, teoricamente também requerem vigência para a criminalidade das assim chamadas ‘classes superiores’. Os lucros colaterais devem ser provados também na realidade do Direito Penal para os menos poderosos.

Em todo caso: deve-se constatar então que essa ausência de

homogeneidade, que sim é uma carência de justiça, é familiar, e, talvez, inevitável. E, por isso, não se encontra no foco dessa palestra.

2.5 A AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE AQUI REFERIDA

A homogeneidade do Direito Penal aqui salientada é outra: trata-se da falta de homogeneidade fundamental no nível normativo, trata-se da evidência de que um Direito Penal em expansão e orientado para problemas sociais, econômicos, políticos e meio-ambientais já não pode ser um Direito Penal homogêneo.

Estou falando dos seguintes fenômenos:

- “antecipação da *punibilidade*” (ou o “*adiantamento da punibilidade*”) em algumas áreas da vida social (de maneira eufemística, os protagonistas dessa política criminal falam em uma “antecipação da *proteção* do Direito Penal”);

- o aumento da criminalização nessas áreas, com a introdução de novas noções (por exemplo, o apoio - ou a apologia - dirigido a associações criminosas ou terroristas);

- limitações dos direitos e das possibilidades de defesa, e de outros direitos do acusado em determinadas áreas do Direito Penal;

- sanções alternativas bastantes engenhosas, como, por exemplo, a perda ou o confisco de lucros;

- novas formas de ascensão por meio de exclusão, por exemplo, um motivo de detenção apenas para os casos de *stalking* (até pouco tempo um crime no Código Penal alemão);

- inversão do ônus da prova (difícil de acreditar, mas é verdade: em alguns casos específicos, o imputado é quem deve provar que não é culpado!);

- novas formas de segregação e, de fato, ‘eliminação’ (sem pena de morte) pelas mudanças nas normativas na prática da pena de prisão perpétua e pelo renascimento incrível do internamento como medida de segurança (a chamada *Sicherungsverwahrung*);

- novos métodos de investigação policial, métodos que se aproximam dos métodos dos serviços secretos;

- mas também a aprovação das práticas do ‘deal’- traduzido ao espanhol de maneira muito nobre como ‘negociação’ - pela Corte Suprema (BGH) e possivelmente pelo legislador alemão!

Seria fácil acrescentar outros exemplos dessa tendência de inventar regras particulares para áreas específicas do Direito Penal.

Meu resumo provisório é o seguinte: ao lado das - por assim dizer - heterogeneidades tradicionalmente previstas pela Lei, parcialmente necessárias e sem obstáculos, e ao lado das heterogeneidades familiares e tradicionais, mas questionáveis, pode-se observar uma tendência a novas formas de heterogeneidade introduzidas pelos tribunais e pelo legislador. Estas são muito questionáveis, pois simbolizam um novo tipo de heterogeneidade estrutural e, assim, simbolizam o abandono de um Direito Penal garantista e homogêneo.

3 ANÁLISE E CRÍTICAS A ESSAS TENDÊNCIAS

3.1 A ANÁLISE

Se analisarmos o desenvolvimento do Direito Penal das últimas décadas, parece pouco provável que a nova heterogeneidade do Direito Penal seja o resultado de uma política criminal refletida e explicitamente dirigida a um Direito Penal diversificado. Parece mais plausível imaginar uma política criminal da 'mão oculta', análoga à *invisible hand* de Adam SMITH no desenvolvimento da economia.

Deve-se então reconstruir o 'programa' da mão invisível do mercado de segurança, que estará constituído pelos seguintes vértices:

1. No centro, encontra-se a expansão do Direito Penal (tal como Jesús-María Silva Sánchez descreveu), como reação das sociedades e dos Estados aos processos de modernização acelerada, uma expansão que ocorre, especialmente, em novas áreas sociais e atípicas para o Direito Penal.

2. A meu ver, como palco programático desse desenvolvimento expansivo, já não se encontra o Estado autoritário que quer assegurar seu poder (como é, não esqueçamos, uma das tradições em matéria penal); nas raízes programáticas encontramos, isto sim, um grupo de fatores que são os seguintes:

a) O desenvolvimento tecnológico e das ciências naturais, que, como seus riscos específicos, parece exigir uma reação estatal;

b) Novos agentes criminais, que querem utilizar o Direito Penal para novos propósitos - muitas vezes bastante sedutores - como, por

exemplo, proteger o meio ambiente contra a sociedade, proteger as mulheres e as crianças contra os homens;

c) Ademais, deve-se mencionar o mito da dirigibilidade através do Direito, e, particularmente, por meio do Direito Penal; denomino-a 'mito' porque essa idéia (plausível) mostrou-se surpreendentemente resistente a argumentos empíricos;

d) E todos esses fatores devem ser avaliados no contexto de uma percepção, a de que as liberdades dos cidadãos são ameaçadas cada dia menos pelo Estado e cada vez mais por seus próprios co-cidadãos.

Essa expansão do Direito Penal, aliada a demandas crescentes de segurança, vem seguida de *ajustes* do Direito que, do ponto de vista preventivo, parecem plausíveis ou até mesmo indispensáveis, mas que, sob a perspectiva do Direito Penal, podem ser resumidos como *deformações do perfil garantista* do Direito Penal que não se limitam, porém, às novas divisões do Direito Penal, mas que ameaçam infectar o Direito Penal como um todo.

E essa análise não se torna mais otimista quando nos damos conta do punitivismo atual, um punitivismo avesso a explicações e, às vezes, à própria culpa individual. Esse punitivismo também infectou todo o sistema penal - e é caracterizado, perfeitamente, pela noção de Direito Penal do inimigo.

Fora dos círculos de debates e das batalhas eleitorais, esse programa não é explícita ou ostensivamente apresentado ou defendido, mas já é a realidade do Direito Penal, uma realidade que mais se assemelha a um 'Direito Penal do Inimigo'.

3.2 A CRÍTICA

Essa realidade do Direito Penal é muito criticada, e as principais objeções foram formuladas de maneira proeminente em Frankfurt: Winfried HASSEMER, Klaus LÜDERSEN e Wolfgang NAUCKE são os nomes mais conhecidos associados a essa crítica, também na América Latina. Não foi uma crítica muito popular no início e esteve longe de ser aceita. O mais interessante são as direções de onde vieram as anti-críticas: além do campo conservador, que entendeu - em parte com razão - a crítica ao Direito Penal moderno como juízo crítico do Direito Penal estatal em geral e, às vezes, até do próprio Estado,

também se formou uma crítica na ala progressista dos renovadores do Direito Penal, que queriam introduzir mudanças no Direito Penal (e na sociedade) com novas criminalizações e alterar as já existentes.

O crítico mais radical dos últimos anos foi Günther JAKOBS, que já em 1985 qualificava a maior parte do Direito Penal alemão existente como 'Direito Penal do Inimigo', simplesmente incompatível com sua própria idéia de Direito Penal em um Estado de Direito. Embora JAKOBS, já em sua famosa palestra de 1985, tenha deixado uma pequena porta aberta para substituir a crítica por um programa, essa porta só foi descoberta por seus colegas quando, em 1999, efetivamente elaborou um programa a partir de sua crítica.

4 SOLUÇÕES E SUGESTÕES

Para o Günther JAKOBS de 1985, a crítica ao Direito Penal anti-garantista foi o mais importante; em seu enfoque, não interessavam os problemas sociais que acarretaram as deformações do Direito Penal. Mas não tardou muito tempo para que em Frankfurt fossem feitas propostas para a salvaguarda do Direito Penal garantista, sem excluir do Direito os problemas da modernização.

4.1 DIREITO DE INTERVENÇÃO

A palavra mágica foi 'Direito de intervenção'. O primeiro que o sugeriu foi Wolfgang NAUCKE. Para NAUCKE, foi decisivo diferenciar claramente os crimes, por um lado, das meras contravenções penais (isto é: comportamentos que exigem prevenção), por outro. O Direito Penal com todas as suas garantias estaria reservado estritamente para os crimes; para o restante, sugere-se um Direito de intervenção preventiva, no qual o legislador teria toda a liberdade para definir, traçar estratégias e pautar-se por considerações de oportunidade.

Talvez ainda mais associado ao 'Direito de intervenção' se encontre o nome de Winfried HASSEMER, que opinou que seria idealista ou pouco realista tentar proteger o Direito dos problemas sociais da modernização. Como NAUCKE, também HASSEMER considera que são colocados em risco os fundamentos do Direito penal garantista quando este é utilizado para resolver os problemas sociais.

Também para HASSEMER o 'Direito de intervenção' surge como uma alternativa possível para o problema, isto é, um Direito...:

- ... que seria mais flexível e adequado para resolver os problemas específicos das sociedades modernas;

- ... que seria algo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, mas também algo entre o Direito Penal e o Direito civil;

- ... e que, finalmente, seria caracterizado por um menor número de garantias e de normativas processuais, acompanhado por uma menor gravidade das sanções.

O protagonista mais radical de um Direito de intervenção foi meu mestre Klaus LÜDERSEN, que imaginava um Direito Penal sem penas, exclusivamente de intervenção.

4.2 A PROPOSTA DE UM DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES DE JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Foram aparentemente idéias similares que motivaram Jesús-María SILVA SÁNCHEZ a propor um 'Direito Penal de duas velocidades'. Eu diria que o de segunda velocidade e o menos garantista é um autêntico 'Direito de intervenção', também chamado de 'Direito Penal'.

Nesse modelo, o 'Direito Penal de primeira velocidade' seria aquele que, aplicado no contexto de um processo penal, pode terminar com a imposição de uma pena privativa de liberdade para o imputado. Nessa divisão do Direito Penal, dado o seu caráter invasivo, devem ser rigorosamente observados todos os princípios garantistas do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A segunda velocidade surge como uma reação adequada (respondendo à pressão dos problemas das sociedades modernas) e legítima (cominando sanções de menor gravidade) na seara do Direito Penal que não prevê pena privativa de liberdade.

Lamentavelmente, não posso omitir o fato de que Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, na terceira edição de seu importante livro, acrescentou um capítulo no qual admite a legitimidade de um Direito Penal de 'terceira velocidade'. Essa terceira divisão do Direito Penal é descrita como a primeira divisão: é o Direito Penal 'sério' para os crimes graves, que admitem a pena privativa de liberdade. Mas sem lhe conferir uma legitimidade específica e de modo contraditório

como seu próprio modelo e - o que é mais importante - com o espírito de seu modelo que prevê a estrita observância dos princípios garantistas nesses casos, permite a relativização das garantias da política criminal, do Direito Penal e do Direito Processual penal. Não é difícil reconhecer o 'Direito Penal do Inimigo' nessa terceira divisão do Direito Penal, ornamentado com algumas cláusulas salvatórias (ato de legítima defesa do Estado, necessariamente limitado por um período de tempo específico).

4.3 O PROGRAMA DO 'DIREITO PENAL DO INIMIGO' DE GÜNTHER JAKOBS

Não obstante os últimos esforços de JAKOBS em esclarecer que quando fala do 'Direito Penal do Inimigo' lhe falta toda ambição político-criminal, e apesar de deixar claro que só trabalha sobre as condições - e, como consequência necessária, também sobre os limites - de juridicidade do Direito real, parece-me legítimo caracterizar seus discursos sobre o Direito Penal do Inimigo, desde 1999, como um verdadeiro programa de um Direito Penal dessa natureza.

Esse programa é - ao menos - uma provocação, e ainda acredito que seu modelo está motivado pelo desejo de reconstruir um Direito Penal para os cidadãos que não contenha nenhum elemento do 'Direito Penal do Inimigo'.

O chamado 'Direito Penal do Inimigo' é bem conhecido e debatido, talvez mais na América Latina do que na Europa. Basta caracterizar esse modelo com algumas linhas: JAKOBS quer tratar como inimigos aqueles sujeitos que se comportam como inimigos (isto é, os que ignoram o Direito, provavelmente de maneira permanente, mas sempre com vigor). Utilizando uma noção de 'pessoa', que talvez seja incontestável do ponto de vista filosófico, mas de pouca sensibilidade a partir de uma perspectiva histórica e política - deve-se recordar que na história *real* existiu sim um Estado alemão nazista no qual homens ('pessoas') foram assassinados por milhões porque, ao serem considerados 'não pessoas', não foram aceitos como tais -, os descreve como indivíduos que - por seu próprio comportamento - não devem ser tratados como pessoas, mas combatidos como inimigos.

Mas indago: como JAKOBS descreve teoricamente o grupo de inimigos (ênfasis 'teoricamente' porque fica absolutamente obscuro como JAKOBS pretende qualificar alguém como 'inimigo' antes mesmo que seja condenado como 'inimigo'? E deve fazê-lo, porque aos 'inimigos' não são asseguradas garantias essenciais)? Então, teoricamente, um 'inimigo', segundo JAKOBS, é alguém que, cito literalmente (em minha própria tradução):

- por sua atitude (delitos sexuais),
- por sua vida profissional (delitos econômicos, crime organizado, incluído o tráfico de drogas),
- ou por sua integração em uma organização (terrorismo, crime organizado), rejeitou o Direito, decisiva e permanentemente.

5 POSIÇÃO PESSOAL

5.1 A POLÍTICA CRIMINAL DA 'MÃO INVISÍVEL'

A 'mão invisível' de Adam SMITH, pelo menos na teoria, tinha a vantagem de argumentar que existe uma lógica de dirigibilidade superior ao potencial daqueles homens que querem conduzir a economia. Essa vantagem não pode ser sustentada pela política criminal da 'mão invisível'. E não importa se nos referimos à existência ou à ausência de êxitos dessa política criminal, ou se nos reportamos aos gastos colaterais para o Estado de Direito e para o seu Direito Penal garantista: o balanço é desastroso!

Pior ainda: existem indicadores suficientes de que, por exemplo, o Direito Penal do meio ambiente não conseguiu o que pretendia. Demais disso, pode-se muito bem argumentar que as soluções necessariamente estruturais e sistêmicas dos problemas ambientais foram impedidas pelas intervenções do Direito Penal.

Dado que se pode observar a contaminação do Direito Penal como um todo com as doenças de suas divisões modernas, é evidente que a realidade dessa política criminal da 'mão invisível' termina por ser alvo de uma crítica mordaz. Ainda que avaliemos essas tendências com toda a benevolência, o melhor que se pode dizer é que se trata de um 'excesso na defesa putativa' por parte da política criminal.

5.2 O DIREITO PENAL PARA OS INIMIGOS

O mesmo veredicto é válido para todas as propostas que postulam - explicita ou implicitamente - um Direito Penal especial para os inimigos. Tal Direito não merece ser denominado 'Direito' (o que admite JAKOBS) e a declaração de uma guerra como essa dentro da sociedade não só é inaceitável do ponto de vista normativo, como também figura como algo absolutamente condenado ao fracasso. A curto prazo, não é necessário que isso seja feito e, a longo prazo, é até mesmo nocivo: declarar uma guerra como essa assegura sim a produção de verdadeiros inimigos e gera um automatismo de violência e contra-violência já bem evidente no mundo real e político.

5.3 DIREITO DE INTERVENÇÃO OU DE SEGUNDA VELOCIDADE

O veredicto frente à proposta de um Direito de intervenção ou de segunda velocidade não é tão claro. Suas vantagens são evidentes: se, com lastro na realidade, entendemos que o Estado continua a realizar sua tarefa de dirigir seus cidadãos por meio do Direito Penal e das sanções penais abstratamente cominadas, e se, também de maneira realista, assumimos a tese de que um Direito estritamente garantista terá um custo proibitivo, os referidos modelos, pelo menos, têm a vantagem de propor, com um pouco mais de realismo, que as garantias no verdadeiro 'Direito Penal' ou no Direito Penal 'de primeira velocidade' não devem necessariamente desaparecer.

Mas, por outro lado, as desvantagens são bem visíveis: todos esses modelos podem ser caracterizados como 'oportunistas' no sentido de que mudam o Direito e seus princípios sob a pressão do paradigma 'dirigir mediante sanção', sem provas suficientes da idoneidade desse paradigma.

Mais peso tem essa crítica para os modelos que não distinguem claramente o Direito Penal de intervenção do Direito Penal (por exemplo, o Direito Penal de segunda velocidade de SILVA SÁNCHEZ), ou que, ao menos, não enfatizam as características do Direito Penal (assim, por exemplo, o modelo de HASSEMER, que descreve o Direito de intervenção como um Direito situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador).

Nesses modelos, pode-se ver muito bem que os autores 'especulam' sobre os 'dividendos' do Direito Penal mágico-simbólico, ignorando o fato de que a emissão de mais ações na bolsa necessariamente fará com que seu valor diminua.

6 PERSPECTIVAS

Em síntese, do meu ponto de vista são necessárias duas coisas: em primeiro lugar, devemos buscar *alternativas ao Direito Penal* nos âmbitos onde se exija muito deste em termos de direção dos comportamentos. Ao mesmo tempo, deve-se propugnar pela renúncia a um Direito Penal disfuncional e, de conseguinte, meramente simbólico no sentido pejorativo. Isso não será fácil em um mundo com políticos populistas e com meios de comunicação de massas, os quais também (mas por outros motivos) estimulam o populismo e o punitivismo.

Mas não é o momento de resignar-se ou de ser pessimista:

Primeiro: a meu ver, a *idéia* de um Direito Penal garantista até hoje nunca se realizou. Ao contrário, em oposição aos críticos, que percebem que as coisas pioram cada dia mais, é possível sim constatar melhorias dentro do Direito Penal 'em ação'.

Segundo: entendo que o debate sobre o Direito Penal legítimo no Estado de Direito mudou: a criminologia descobriu o que pode e - o que é mais importante - o que não pode alcançar o Direito Penal: não pode resolver problemas sociais e, certamente, não pode resolver problemas sistêmicos de nossa sociedade moderna; tampouco pode entrar em guerra contra os inimigos.

Porém, o que sim pode fazer o Direito Penal é dar lições sobre responsabilidade coletiva e individual, e o que sim deve fazer é dar exemplos de como reagir de maneira civilizada ante o comportamento irresponsável e, às vezes, bárbaro. Essas lições são dadas em dois níveis distintos: em um nível concreto, no âmbito judiciário; por isso é tão importante que tanto o pequeno ladrão quanto o empresário e até mesmo o ditador de ontem possam ser sujeitos e não objetos do sistema penal; sujeitos que, além disso, sejam tratados com respeito e com justiça. Mas essas lições também são dadas em um nível geral por nossa sociedade de meios de comunicação de massas. É por isso

que a maneira pela qual esses meios tratam o tema da criminalidade merece muitíssima atenção - e aprimoramento!

Com lastro nesse entendimento, quero terminar minha intervenção destacando que, ao encontrar-se o Direito Penal em uma encruzilhada,

1. não deve ser abandonado nem diversificado;
2. mas tampouco acredito que exista um caminho para voltar à razão;
3. deve, isto sim, *entrar em razão* e, por isso, acompanhado por alternativas ao Direito Penal, *deve persistir em seu programa garantista*.

A meu ver, o argumento por um Direito Penal garantista fundado nessas bases é mais sólido que a remissão a irrealidades pretéritas.

Para terminar, responderemos a algumas dúvidas finais: Esse debate é um debate global? Isto é, o debate é o mesmo tanto na Europa como na Rússia, nos Estados Unidos ou na América Latina? Aqui também é preciso ter prudência. Sim, trata-se de um debate global do ponto de vista normativo. Mas, observando os distintos direitos penais em ação, é muito diferente criticar um Direito Penal que ainda (ou de novo) é um meio para os poderosos se manterem no poder e, em contrapartida, criticar um Direito Penal que, precisamente por ter uma boa consciência e legitimidade democrática, expande-se até o ponto de chegar a ser perigoso para o próprio Estado de Direito.

Todavia, há um fator que possui validade em nível global: a filosofia do "Direito Penal do Inimigo", em cada um e em todo lugar deste mundo, é um caso grave de reincidência civilizadora que reúne, globalmente, os debates dos penalistas.