

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

**ENTRE DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E DEMOCRACIA
RADICAL: um equilíbrio sistêmico-discursivo**

BELO HORIZONTE
2013

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

**ENTRE DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E DEMOCRACIA
RADICAL: um equilíbrio sistêmico-discursivo**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

BELO HORIZONTE
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T266e Teixeira, Ricardo Augusto de Araújo
Entre direito penal de emergência e democracia radical: um equilíbrio sistêmico-discursivo / Ricardo Augusto de Araújo Teixeira. Belo Horizonte, 2013. 235f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito penal. 2. Teoria dos sistemas. 3. Funcionalismo (Ciências Sociais). 4. Democracia. I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.2.01

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

**ENTRE DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E DEMOCRACIA
RADICAL: um equilíbrio sistêmico-discursivo**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito.

Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas

Flaviane de Magalhães Barros – PUC Minas

Gisele Mendes de Carvalho - UEM

Fabiano Ferreira Furlan - MPMG

Carlos Augusto Gonçalves Canêdo (suplente) – PUC Minas

Guilherme José Ferreira da Silva (suplente) – PUC Minas

*Aos que de algum modo contribuíram: pais,
prof. Dr. Leonardo Yarochevsky, professores,
colegas e amigos no PPGD – em especial Ana
Carolina Caram -, e colegas de Itabirito.*

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

RESUMO

Esta tese é o resultado de uma pesquisa acerca dos rumos do Direito Penal face às novas demandas ao sistema jurídico. O objetivo foi mostrar que o Direito Penal liberal, com as bases estabelecidas pelo Iluminismo não responde de forma completa ao que dele se espera hoje, e que, assim sendo, uma reconstrução teórica é imperativa, sob pena de novos sistemas surgirem para lidar com tais demandas. A opção aqui foi pelo desenvolvimento da Teoria Funcionalista do Delito, tendo como referencial principal seu fundador, Günther Jakobs, além de outros nomes de destaque no Funcionalismo Penal. Feita tal opção, foi preciso demonstrar os fundamentos sobre o qual tal teoria foi desenvolvida, vez que ela ainda tem pouca expressividade no Brasil. Por tal motivo, foi feito um estudo sobre a Teoria dos Sistemas, focado na forma dada por Niklas Luhmann, referencial teórico sobre o qual Günther Jakob desenvolveu o Funcionalismo Penal. A abordagem da Teoria dos Sistemas não pretende ser completa, nem tampouco fiel ao modelo luhmaniano, já que diversos outros pesquisadores foram referência neste ponto. Outro aspecto a ser destacado é que, dada a relação entre o Direito Penal e a concretização da Democracia, um capítulo foi dedicado a identificar as exigências e os limites que um regime democrático impõe ao sistema penal. Por certo não se pretendeu esgotar a Teoria da Democracia, mas sim dar uma visão suficiente dela, pois ela é, e deve sempre ser, referencial permanente no desenvolvimento de qualquer sistema jurídico. O terceiro pilar foi a demonstração da razão do desenvolvimento do Funcionalismo Penal, o que foi feito mostrando em que medida outras teorias penais falham ao lidar com os desafios contemporâneos, e em que medida a Teoria Funcionalista supera tais falhas. Estabelecidos estes três pilares do trabalho, tornou-se possível trabalhar o ponto central, que é o desenvolvimento de um Direito penal de emergência – que lida com situações limítrofes entre o Direito e a Política -, que, ao invés de ser uma ameaça ao Estado de Direito, apresenta-se como instrumento de concretização de seus ideais. Neste ponto há uma junção dos três pilares, bem como uma discussão específica a respeito do mais debatido modelo de Direito de emergência da atualidade, o *Feindstrafrecht* de Jakobs. O resultado foi uma proposta de como se trabalhar a ideia de Direito de emergência para que ela seja instrumento de concretização democrático, bem como uma demonstração de que a opção pela simples negação do Direito de emergência não parece ser a melhor forma de lidar com esta complexa relação entre Direito Penal, Estado de Direito e Democracia.

Palavras-chave: Direito de Emergência. Teoria dos Sistemas. Funcionalismo. Democracia.

ABSTRACT

This thesis is the product of a research of the path of Criminal Law within the new needs that arrive at the juridical system. The aim was to show that the liberal Criminal Law, with its root in the Enlightenment does not answer properly to what it is to respond, so that a reconstruction of Criminal Law Theory is urgent, under the threat of a new system uprising to deal with such new needs. The option here was the development of the Criminal Functionalism Theory, having as main reference his founder Günther Jakobs, and other relevant names. After that it was necessary to show the basis of such theory, as it is still inexpressive in Brazil. For that reason, a study about the System Theory was made, with emphasis in the model developed by Niklas Luhmann, which was the theoretical reference for Günther Jakobs. The approach of the System Theory does not intend to be complete or faithful to Luhmann's model, once that several other thinkers were here used as reference. A second aspect to be highlighted is that, due to the current noticed relationship between Criminal Law and Democracy, a whole chapter was dedicated to identifying the demands and limits that a democratic regime imposes to the Criminal System. Certainly there was no intention of giving a complete image of the Theory of Democracy, but only one wide enough, as it is, and should always be, a constant reference for the development of any legal system. The third pillar was showing the reason for developing the Criminal Functionalism Theory, what was done by showing in which ways other Criminal Law theories failed in dealing with contemporary challenges, and how is Criminal Functionalism to succeed. Once settled these basis, it became possible to approach the central issue, which is the development of a Emergency Criminal Law – the one that deals with the gray area between Law and Politics – that instead of being a threat to the Rule of Law, presents itself as a mechanism of consolidation of the ideals carried by it. Here there is a junction of all three previous points, as well as a peculiar debate over the most famous model of Emergency Law, the *Feindstrafrecht* from Jakobs. The outcome was a proposal of how to address the concept of Emergency Criminal law, so that it works consolidating democratic ideals, and the demonstration that denying an Emergency Criminal Law theory do not seem to be the best way of dealing with the complex relationship between Criminal Law, Rule of Law and Democracy.

Key-words: Emergency Law. Systems Theory. Functionalism. Democracy.

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

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. FUNDAMENTOS FUNCIONALISTAS: TEORIA DOS SISTEMAS.....	25
2.1. Teoria dos Sistemas.....	28
<i>2.1.1. O Direito como sistema social funcionalmente diferenciado.....</i>	<i>50</i>
2.2. Breve excuroso sobre a “legitimidade mnndo”	59
2.3. Estado Democrático de Direito.....	67
3. MODELOS PENAIIS CONTEMPORÂNEOS E SUA LEGITIMAÇÃO: DA DEFESA DO CIDADÃO À DEFESA DA SOCIEDADE, E O AVANÇO RUMO AO PASSADO.....	76
3.1. Modelos Penais.....	76
<i>3.1.1. Introdução.....</i>	<i>76</i>
<i>3.1.2. 1764 e a racionalização do uso da força pública: Dos Delitos e das Penas.....</i>	<i>78</i>
<i>3.1.3. A Teoria do Delito da tradição romano-germânica no século XX.....</i>	<i>82</i>
<i>3.1.4. O Garantismo Penal.....</i>	<i>91</i>
<i>3.1.5. Abolicionismo Penal.....</i>	<i>93</i>
<i>3.1.6. O Expansionismo Penal.....</i>	<i>98</i>
<i>3.1.7. Conclusão.....</i>	<i>102</i>
3.2 Fundamentos do Direito de Punir e suas Finalidades.....	103
<i>3.2.1. Teorias Retributivas.....</i>	<i>105</i>
<i>3.2.2. Teorias Relativas.....</i>	<i>109</i>
<i>3.2.3. Justificações na tradição anglossaxônica.....</i>	<i>113</i>
4. DEMOCRACIA, EMERGÊNCIA E RULE OF LAW.....	117
4.1. Introdução.....	117
4.2. Legalidade, ilegalidade e “alegalidade”	118
<i>4.2.1 Medidas extralegais: versão contemporânea.....</i>	<i>122</i>
<i>4.2.2. Modelos mistos: excluir incluindo.....</i>	<i>130</i>
4.3. O Conceito de Emergência.....	134
4.4. A Justificação da Autoridade.....	141

4.5. Conclusão.....	145
5. SOLUCIONANDO QUEBRA-CABEÇAS: MUDANÇA ESTRUTURAL DO SISTEMA PENAL.....	147
5.1. Introdução.....	147
5.2. Mudando o pano de fundo.....	149
5.2.1. <i>Conceituando Paradigma.....</i>	150
5.2.2 <i>Transição de paradigmas na História e na Política.....</i>	153
5.2.3. <i>Transição de paradigmas no Direito.....</i>	158
5.3. Funcionalismo Penal.....	161
5.3.1. <i>A função da pena no Funcionalismo Penal.....</i>	182
5.3.2. <i>O Conceito de Ação.....</i>	187
6. DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E SUA ADEQUAÇÃO À DEMOCRACIA RADICAL.....	213
6.1. Lei e Ordem.....	214
6.2. <i>Feindstrafrecht</i>: o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.....	219
6.3. Exceção, regras e democracia radical: condições de possibilidade e zonas cinzentas.....	251
7.CONCLUSÃO.....	266
8. REFERÊNCIAS.....	269

1. Introdução

“...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 Direito, 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.

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

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).

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 previdenciarização² 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 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 parece³, 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

2 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.

3 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.

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 conseqüente 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, 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 simbólica⁴, 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.

4 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.

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 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 abordado⁵, adota-se uma proposta de alguma forma inspirada na dualidade proposta por Habermas entre sistema e mundo da vida⁶.

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 tese⁷. 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

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

6 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 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).

7 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.

Democracia⁸.

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 países⁹.

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 Sistemas¹⁰. 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 semelhante àquele feito por Jakobs quando da primeira apresentação da tese do *Feindstrafrecht*¹¹. Tal diferenciação foi severamente criticada, sendo o argumento inicial o que

8 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 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.

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

10 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.

11 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

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 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.

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.

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 pretense *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; consequentemente, 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 nossa¹²).

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

12 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 strenght, 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)

“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”¹³, integrando culturas¹⁴ 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 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

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

14 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.

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 nossa¹⁵).

15 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).

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.

2. Fundamentos Funcionalistas: Teoria dos Sistemas

O atual estado do pensamento jurídico enfrenta dificuldades que parecem decorrer de uma mudança paradigmática relevante. Enquanto quase a totalidade das instituições jurídicas ocidentais contemporâneas tem suas raízes no Iluminismo, também quase a totalidade daqueles que pensam a sociedade atual elencam fortes rupturas sociais e estruturais com aquele modelo.

Um ponto que pode ser destacado como peculiarmente relevante e exemplificativo é a leitura das instituições contemporâneas feita por Giorgio Agamben (2004) que se dedica a pensar o chamado “Estado de exceção”. Superando a polêmica que circunda o próprio termo, tem-se que a ideia que ele quer expressar é a necessidade de haver uma forma/ método de se lidar com as situações de crise, em que a urgência das soluções exige – pelo menos quando operando pelo senso comum – a flexibilização de garantias individuais em prol do retorno à estabilidade política e jurídica.

Agamben (2004) sintetiza o problema como uma questão de limites:

A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional, as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. (AGAMBEN, 2004, p.12).

Em outros termos, a maior das dificuldades que se apresenta à teorização do estado de exceção diz respeito ao estabelecimento de limites. Até que ponto é possível flexibilizar direitos e garantias a fim de garantir esses mesmos direitos e garantias? Esta é, exatamente, a mesma questão que se coloca como guia da construção da ideia de um Direito de Emergência.

A semelhança apontada anteriormente, pode, contudo, levar à equivocada percepção de que se está, no limite, lidando com os mesmos institutos, porém utilizando nomes diversos. A razão de ser de tal possível equívoco diz respeito ao fato de que, em última instância, o subsistema jurídico que mais influencia a percepção de um Estado como democrático de direito, ou não, é o subsistema penal.

É verdade que quando se estudam as situações em que a democracia foi posta de lado

e as formas de seu restabelecimento, raras são as vezes em que a devida atenção foi dada ao Direito Penal. Geralmente, cuida-se do restabelecimento da Constituição como instrumento normativo central e trabalha-se para que seus efeitos se irradiem pelos diversos subsistemas jurídicos, dando-lhes a feição de “constitucionalmente adequados”.

Tal forma de trabalho funcionou razoavelmente bem ao longo do século XX. Basta que se olhe para o sistema jurídico brasileiro, o qual, ainda que com muitas dificuldades, foi se reelaborando a partir dos diversos filtros constitucionais, de forma que, ao fim e ao cabo, possibilitou a sobrevivência da legislação penal e processual penal brasileira sobre diversas matrizes constitucionais.

Todavia, a contemporaneidade - e talvez o momento histórico a ser eleito como seu marco inicial seja o fim da Guerra Fria e a incorporação da Alemanha oriental (DDR) pela Alemanha ocidental (BRD) -, viu surgir um fenômeno sutil e particularmente danoso à forma de Estado (Democrático de Direito) que o Iluminismo gerou, qual seja, o estado de exceção permanente. Na síntese de Agamben:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (AGAMBEN, 2004, p.13).

O diagnóstico feito aponta para um desvirtuamento deliberado das instituições jurídicas e políticas cujo objetivo seria a neutralização de determinadas classes de pessoas. Apesar de ser, sem muito espaço para dúvidas, algo maléfico, tal constatação não deveria causar surpresa. E isto pode ser afirmado em razão da enorme dificuldade que os sistemas jurídico e político têm para se movimentar e dar respostas aos novos desafios que se lhes apresentam. Numa menor ou mais limitada medida, o diagnóstico feito por Agamben vale também para a maioria dos sistemas penais ocidentais. Ao que parece são situações semelhantes, com fontes semelhantes se não iguais. O que muda é que a análise do citado professor de Veneza é “macro”, e a aqui proposta é pontual.

Um leitor crítico poderia questionar se o diagnóstico (macro) de Agamben é

transponível para a sistema criminal (micro) brasileiro, afinal, são realidades bem distintas, com referenciais de pesquisa distintos. Tal crítica, ao que parece, teria força se fosse possível afirmar que há algum ponto no desenvolvimento jurídico-político recente de uma dessas realidades que seja radicalmente distinto do equivalente da outra realidade. Tal afirmação, porém, não parece sustentável, vez que é comum a constatação de uma certa padronização da visão ocidental do mundo. Além disso, quando se observa, por exemplo, as críticas de Luiz Eduardo Soares (2011), Marcos Rolim (2006) e Loïc Wacquant (2001) quanto à clientela do sistema penal, parece restar clara a opção generalizada no sentido de rotular e eliminar os indesejados.

O que se pretende aqui, então, é algo que parece inalcançável, apesar de óbvio: sustentar que é melhor possibilitar aos sistemas jurídico e político responder a seus novos questionamentos com respostas adequadas à contemporaneidade. Em outros termos, o “estado de exceção permanente”, de que fala Agamben, tem como reflexo o tratamento penal dos “indesejados” fora de parâmetros constitucionalmente aceitáveis. Há, ao que tudo indica, algo que será aqui designado de corrupção sistêmica.

Corrupção sistêmica¹⁶ diz respeito à impossibilidade que um sistema tem de evoluir, apesar de estar sendo provocado e de ter instrumentos para gerar novas – e melhores – respostas às questões que se põem. Do ponto de vista macro, a resposta que tem sido dada pelos que pensam a democracia é a maior abertura e inclusão. Abertura e inclusão geram abertura e inclusão. É sistêmico. Quanto ao sistema penal, é preciso aceitar a insuficiência do modelo de base iluminista, e aprofundar suas diferenças. Em outras palavras, deve-se aceitar a necessidade de maior especialização, de tratar situações distintas de forma distinta. Esse, em linhas gerais, foi o diagnóstico traçado quando do (re)surgimento do termo “Direito Penal do Inimigo”. O risco que existe em continuar negando tal diagnóstico é o da “desdiferenciação sistêmica”, resultado possível da referida corrupção sistêmica, em tal relação entre sistemas. Neste sentido é a lição de Marcelo Neves:

16 É preciso ressaltar que tal conceito é aqui concebido de forma um tanto diversa daquela indicada por Marcelo Neves em seu *Transconstitucionalismo* (2009). Ele define corrupção sistêmica como o fenômeno de um sistema ter seu código binário sabotado por outro sistema: “Assim, se o código 'ter/não ter' (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia”. (NEVES, 2009, p.42). As ideias, todavia, mostram-se mais complementares do que excludentes.

A corrupção sistêmica pode permanecer no plano operativo, sendo momentânea e eventual. A questão torna-se problemática quando alcança o nível estrutural, atuando no plano da estabilização das expectativas. Nesse caso, já se conta com uma certa garantia de que o sistema corrompido não tem condições de reagir aos episódios de corrupção. E o problema tornar-se grave, em contextos sociais da sociedade contemporânea hipercomplexa, quando a corrupção estrutural de um sistema por outro (s) tem uma tendência à generalização. Nessa hipótese, não está presente apenas o perigo da desdiferenciação: há um episódio concreto de desdiferenciação sistêmica. (NEVES, 2009, p.44).

Como será observado posteriormente, esta descrição guarda enorme semelhança com o que tem ocorrido no âmbito do sistema de persecução penal, notadamente nos casos extremos, em que há dúvidas quanto a sua suficiência em lidar com a situação.

Todavia, antes de explorar o mais sofisticado modelo de direito penal que conhecemos (o funcionalismo penal), é preciso reconstruir seus fundamentos, no intuito de compreender seu funcionamento e suas insuficiências, e propor algo mais adequado à ideia de Estado de Direito democrático. O primeiro destes fundamentos é a Teoria dos Sistemas, referencial teórico expressamente assumido pelos fundadores do Funcionalismo penal.

2.1 Teoria dos Sistemas

No círculo acadêmico das chamadas Ciências Sociais aplicadas, a menção à teoria dos sistemas usualmente vem acompanhada do nome Niklas Luhmann. Não há aqui pretensão de esgotar as explicações acerca de tal teoria, mesmo porque isso seria de todo inviável. O que se pretende é, apenas, construir um esboço suficiente para que se perceba como a Teoria dos Sistemas, em especial, mas não só, na forma dada por Luhmann, funciona como base do Funcionalismo penal alemão e do aqui proposto modelo de Direito de Emergência.

A vertente de pensamento sociológico desenvolvida por Luhmann tinha por objetivo a construção de um instrumental teórico capaz de analisar de forma não viciada e universal a sociedade contemporânea¹⁷. Enquanto a Sociologia tradicional se valia, como as demais

17 Segundo Dániel Deák: “Do ponto de vista da última sociologia funcionalista, a vida social não pode ser descrita pelas categorias tradicionais de conflito de classe, propriedade dos meios de produção ou o estado-nação. Como produto da modernização, nas sociedades ocidentais tem sido mais relevante focar nos eventos

ciências, do instrumental teórico desenvolvido a partir dos ganhos científicos advindos do paradigma de racionalidade que se consolida com as revoluções do século XVIII¹⁸, Luhmann propõe-se a repensar¹⁹ os fundamentos, vez que os ganhos de racionalidade do positivismo científico restam abalados²⁰ por diversos eventos²¹ e descobertas que aconteceram em especial no século XX²².

A característica marcante da construção luhmaniana é a retirada do “sujeito” do centro das análises, substituindo-o pela comunicação. Uma espécie de desantropologização teórica,

de comunicação. Deste modo, a visão monológica da sociedade pode ser superada pela racionalidade comunicativa, tal como definida por Jürgen Habermas.” (DEÁK, 2009, p.147) (tradução nossa). No original: *From the viewpoint of late functionalist sociology, social life cannot merely be described by the traditional categories of class conflicts, the ownership of the means of production or the nation state. As a product of modernisation, in the Western societies it has been more relevant to focus on the events of communication. This way, the monological view of society can be overcome by relying on communicative rationality, as identified by Jürgen Habermas.*

- 18 Em resumo, o que se configurou aqui foi uma visão de mundo que se sustentava em premissas tais como a ordem das coisas, a legislação universal, a matemática, a sistematização do real, o absoluto, a máquina. Esta compreensão do universo vai exercer influência em outros campos do saber, devido, em parte, às conquistas da revolução científica que se finalizavam no século XVII com a mecânica newtoniana e suas leis do movimento. As próprias ciências humanas se tornariam tributárias de tais empreendimentos, que reconfiguraram a visão de mundo de uma época. (NEVES; NEVES, 2006, p. 184)
- 19 Luhmann está preocupado em fazer uma adequada descrição da sociedade que lhe permita entender sua estrutura e funcionamento. Rompendo radicalmente com a tradição da ilustração europeia, ele critica as formas de humanismo e moralização com que tantas vezes se quer ocultar o funcionamento implacável da sociedade contemporânea. Ao seu ver *essa* ruptura já foi consumada há muito tempo pela própria sociedade contemporânea e os diferentes sistemas sociais que a compõem, e que exigem novas categorias para sua compreensão. Com muita criatividade ele propõe um novo instrumental teórico mais de acordo com as exigências ditadas pela atualidade, o que exigirá profundas transformações paradigmáticas do pensamento social contemporâneo. (HITA, 1998, p.121)
- 20 O século XX deixou como marca um denso processo de desconstrução dos pressupostos epistemológicos da ciência moderna, notabilizando-se pela emergência de um novo paradigma acerca das condições de possibilidade do próprio teorizar. Com isso, a visão de ciência como conhecimento predizível, verificável, a partir de métodos rígidos e objetivos, passou a receber fortes questionamentos. (...) A litigiosidade semântica que existira outrora entre ciências ditas duras (exatas) e ciências do espírito (humanas) perde seu sentido a a partir do momento em que ambas passam a compartilhar a mesma experiência de enfrentamento de paradoxos, circularidade e esvaziamento de suas ontologias. (ROCHA; AZEVEDO, 2012, p. 194).
- 21 A atualidade dos países industrializados do Ocidente parece estar caracterizada por crises, rupturas, reviravoltas e abalos políticos estruturais (Kramer). Fala-se de “era da decadência” (Capra), de “virada de época”, de um ambiente apocalíptico, de uma “nova opacidade” (Habermas), de “crise de crescimento” (Beck), de uma “fase de transformações estruturais amplas e profundas”, ou de uma “crise da democracia e da política”. Encontra-se ainda quem escreva sobre o “fim da modernidade”, o “ocaso dos estados nacionais capazes de prover as aspirações sociais”, a “desconstrução do Estado democrático e social” (Lyotard). Proclama-se o “fim da história” (Fukuyama) ou o “fim da utopia” (Fest). (PFETSCH, 1998, p.102).
- 22 No século XX, este paradigma da ordem, da simetria, da regularidade, da adequação do intelecto às coisas, entra em crise. Isto, em grande parte, devido à reflexividade desta mesma forma de pensamento, que se volta para si mesmo e *descobre* seus próprios limites e suas fragilidades. Boaventura Santos (2000) refere-se a essa crise como originária nas primeiras formulações da Física do início do século XX, em especial ressaltada na Teoria Geral da Relatividade de Einstein – “não havendo simultaneidade universal, o tempo e o espaço absoluto de Newton deixam de existir”–; na Teoria da Incerteza de Heisenberg – “A idéia de que não conhecemos do real senão o que nele introduzimos (...)” - e na Teoria das Estruturas Dissipativas de

que não se confunde com “rebaixar” o ser humano²³. Para Luhmann, o que caracteriza a sociedade contemporânea é ser uma sociedade de comunicação²⁴. Bechmann e Stehr destacam algumas características da comunicação enquanto fenômeno que são úteis à compreensão da escolha de Luhmann.

Primeiro, a comunicação é uma realidade *sui generis* que não pode mais ser atribuída a qualquer outra coisa. Segundo, a comunicação é o mecanismo que constitui a sociedade como sistema autopoietico e a processa nestes termos. A negação da comunicação é ela mesma comunicação, e portanto expressão da sociedade. Terceiro, se comunicação significa reprodução autopoietica, isto significa que a sociedade é uma ordem auto-substitutiva, que apenas pode modificar-se em si mesma e por meio de si mesma. A comunicação se torna a estrutura básica da sociedade, onde a relação entre comunicação e sociedade é circular: não há comunicação sem sociedade, não há sociedade sem comunicação. (BECHMANN; STEHR; 2002, p.71, tradução nossa²⁵).

A comunicação é o elemento chave da teoria dos sistemas pois, enquanto tal teoria diz respeito a uma teoria da sociedade, a comunicação é justamente o elemento que caracteriza a

Prigogine, “sistemas dinâmicos, longe do equilíbrio, que trocam energia com o meio (Output) seguindo um caminho de imprevisibilidade em direção ao caos entrópico, a menos que esta tendência seja compensada por uma fonte de energia externa (Input)”. (NEVES; NEVES, 2006, p.186).

- 23 Talvez um dos principais desafios do pensamento dos sistemas seja o fato de que ele confronta a ideia do cientista estudioso como um observador passivo ou neutro num relacionamento do tipo eu-ele com o mundo, e, em vez disso, sugere o seu envolvimento pessoal, como um elemento do mundo que está sendo estudado. Qualquer definição do que “está lá fora” requer nos primeiros estágios uma definição de “como eu me vejo” e de como encaro meu relacionamento com esse mundo. A teoria dos sistemas começa neste momento – não apenas olhando para a realidade, nem somente para o ego, como um observador desse mundo exterior. Ela nos força realmente a começar até o ponto de analisar a própria análise. (WOODWORTH, 1976, p.X).
- 24 Luhmann introduz três premissas em sua análise da sociedade que produziram não apenas críticas vigorosas, mas também confusões amplas, ao ponto de acusações de ser anti-humanista e de argumentar cinicamente serem levantadas contra ele: (1) A sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade. (2) A sociedade é um *sistema* autopoietico consistente de comunicação, e nada mais. (3) A sociedade só pode ser adequadamente compreendida como sociedade mundial. (BECHMANN; STEHR; 2002, p.71) (tradução nossa). **No original:** *Luhmann introduces three premises into his analysis of society that have produced not only vigorous criticism, but also extensive misunderstanding, to the point that accusations of antihumanism and cynical reasoning have been raised against him: (1) Society does not consist of people. Persons belong to the environment of society. (2) Society is an autopoietic system consisting of communication and nothing else. (3) Society can only be adequately understood as world society.* (BECHMANN; STEHR; 2002, p.71).
- 25 **No original:** *First, communication is a reality sui generis that can no longer be attributed to something else. Second, communication is the mechanism that constitutes society as an autopoietic system and processes it in these terms. The negation of communication is itself communication, and hence the expression of society. Third, if communication means autopoietic reproduction, this means that society is a self-substitutive order that can only change in itself and through itself. Communication becomes the basic structure of society, where the relationship between communication and society is circular: no communication without society, no society without communication.* (BECHMANN; STEHR; 2002, p.71).

sociedade enquanto tal. Mas, por que sistemas? Uma sintética definição dada por Ludwig von Bertalanffy ajuda a responder esta questão:

A teoria geral dos sistemas tem por fim identificar as propriedades, princípios e leis característicos dos sistemas em geral, independentemente do tipo de cada um, da natureza de seus elementos componentes e das relações ou *forças* entre eles. Um *sistema* se define como um complexo de elementos em interação, interação essa de natureza ordenada (não fortuita). (BERTALANFFY, 1976, p.1).

Embora Niklas Luhmann tenha adquirido fama tal com a Teoria dos sistemas a ponto, de por vezes, ser erroneamente atribuída a ele sua invenção, há outros pensadores de outras áreas do conhecimento que o antecederam. De fato, a ideia de uma metodologia com capacidade de comunicação interdisciplinar está na origem da “Teoria Geral dos Sistemas” tal como desenvolvida pelo biólogo austríaco Karl Ludwig von Bertalanffy. Seu projeto consistia em “chegar a elaborar um aparato conceitual suficientemente poderoso para poder permitir a comunicação interdisciplinar, transformando-se em uma linguagem universal para a ciência”. (MANSILLA; NAFARRETE; 2003, p.110, tradução nossa²⁶).

A proposta de linguagem universal da teoria dos sistemas de Bertalanffy foi, portanto, compartilhada por Luhmann, que a partir daí pôde propor uma teoria da sociedade desvinculada de particularidades locais ou regionais, aspirando a uma teoria da sociedade que fosse aplicável a toda sociedade que se encaixe em seu conceito de sociedade comunicacional.

Ao escolher nosso conceito de sociedade cuidadosamente evitamos qualquer referência à integração social. Ele não pressupõe nenhum tipo de identidade ou auto-estima comuns (como o Estado-nação). A sociedade moderna em particular é compatível com qualquer grau de desigualdade de condições de vida, desde que isso não interrompa a comunicação. (LUHMANN, 1999, p.190).

Não foi, porém, sem a contribuição de outro biólogo que a teoria dos sistemas ganhou os contornos que hoje a caracterizam. Conforme ensinam Mansilla e Nafarrete, o chileno Humberto Maturana desenvolveu uma verdadeira teoria do conhecimento ao constatar a

²⁶ **No original:** (...)llegar a elaborar un aparataje conceptual lo suficientemente poderoso como para poder permitir la comunicación interdisciplinaria, transformándose em un lenguaje universal para la ciencia. (MANSILLA; NAFARRETE; 2003, p.110).

impossibilidade de se distinguir experiência, ilusão e percepção.

Diante desta constatação, Maturana empreende um ambicioso projeto teórico, que o leva a repropor os fundamentos do conhecimento humano e, como consequência, a projetar uma nova base para o método científico. O critério de validação das explicações científicas já não necessita recorrer à realidade objetiva, mas sim reconhecer que sua fonte se encontra na experiência: na ciência não se explica o mundo, mas sim a experiência. (MANSILLA; NAFARRETE, 2003, p.110, tradução nossa²⁷).

A contribuição definitiva de Maturana foi a constatação de que houve um momento em que a produção de moléculas na Terra deixou de ser abiótica, ocorrendo em diversos pontos da superfície e passou a ocorrer dentro de estruturas fechadas, que se reproduziam circularmente, sem comunicação direta com seu ambiente²⁸. A esta operação de reprodução interna ele chamou *autopoiese*, sendo tal elemento apropriado por Luhmann na versão final de sua teoria da sociedade²⁹.

Antes de seguir adiante com os elementos da teoria dos sistemas de Luhmann, é salutar apontar já três críticas que dizem respeito aos pontos já apresentados. Alguns críticos acusam Luhmann de ter criado uma teoria da sociedade que não leva em conta as pessoas; outros dizem que não é possível a utilização da teoria dos sistemas, na versão luhmaniana,

27 **No original:** *Ante esta constatación, Maturana emprende un ambicioso proyecto teórico, que lo lleva a replantear los fundamentos del conocimiento humano y, como consecuencia, a diseñar una nueva base para el método científico. El criterio de validación de las explicaciones científicas ya no necesita recurrir a la realidad objetiva, sino reconocer que su fuente se encuentra en la experiencia: en la ciencia no se explica el mundo, sino la experiencia.* (MANSILLA; NAFARRETE; 2003, p.110).

28 Ensina Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos que “para um sistema autopoietico, qualquer outro sistemas é simplesmente parte de seu ambiente, logo, não visível pelo sistema. De fato, para um sistema autopoietico não existe *input* ou *output* com seu ambiente. O sistema vem a existir através da diferenciação em relação ao ambiente (uma dualidade): o que não é ambiente, é sistema, e vice versa”. (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2003, p.05, tradução nossa). **No original:** *For an autopoietic system, any other system is simply part of its environment, thus not 'visible' by the system. Indeed, for an autopoietic system there is no input or output with its environment (a binarism): whatever is not environment, is a system, and vice versa.* (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2003, p.05).

29 Contribuições mais recentes à teoria geral dos sistemas têm focado principalmente a relação sistema/entorno, buscando uma definição das qualidades envolvidas nas trocas energéticas e informacionais. Na Biologia, surgem abordagens que levam em conta a fenomenologia da célula como um processo integrado, auto-organizado e mantendo um equilíbrio dinâmico com o meio. Estas características estão presentes também na teoria biológica dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (1997), cujo conceito fundamental diz respeito à auto-organização dos processos celulares, um fenômeno que denominaram autopoiesis: os sistemas se definem (criam identidade) a partir de suas próprias operações. Tais operações são dependentes do sistema no qual são produzidas o que, por sua vez, produz o próprio sistema. Segue-se, portanto, um processo circular de autoprodução de componentes, capaz de dar sentido às *informações* do entorno e, por isso, distinguir-se do mesmo. (NEVES; NEVES; 2006, p.189)

fora do contexto das sociedades europeias; há ainda os que criticam o desenvolvimento do vocabulário próprio da teoria dos sistemas como algo que a torna excessivamente abstrata e dificulta sua compreensão. Tais críticas serão desde já afastadas, sob pena de se perder a credibilidade das partes que se apresentarão na sequência.

A primeira das críticas – uma sociedade sem pessoas? - justifica-se, entre outras coisas, pela tradição:

Falar segundo a fórmula *indivíduo e sociedade* indica que se renunciou ao fundamento de uma unidade natural, que fecundou a tradição do pensamento europeu: o conceito de natureza. Esta noção havia servido para organizar a ordem técnica da vida na série hierárquica de animais, seres humanos, anjos. Como há uma renúncia ao natural, a sociedade constitui um conceito que já não contempla os indivíduos situados na forma mais espontânea: povos, cidades, nações. Agora, ao contrário, o indivíduo é apreendido sob a designação de um termo, sociedade, que desenvolveu uma ideia muito avançada de ser humano. (LUHMANN, 2010, p.250).

Com efeito, até a teoria dos sistemas de Luhmann toda a tradição da sociologia se estruturava a partir do conceito de ação, que, por sua vez, depende do indivíduo, afinal, sem ele não existiria. Todavia, o que Luhmann estava a fazer ao romper com essa tradição era levar a “sociedade” para o centro da teoria da sociedade, e tal decisão, embora radical, justificava-se pois o conceito de indivíduo/ sujeito “tem um conteúdo transcendental muito difícil de ser evitado na elaboração teórica” (MANSILLA; NAFARRETE; 2006, p.X). Colocando de outra forma, a ideia transmitida pelos termos “indivíduo” ou “pessoa” atravessa diversos sistemas, não sendo, pois, passível de sistematização. O abandono do termo não se dá por um suposto antihumanismo, mas pela sua inadequação à nova estrutura teórica adotada³⁰.

Não existe, portanto, na teoria, um juízo de valor concernente à posição do ser humano. Inclusive, exigindo-se mais, seria possível chegar à conclusão de que a localização do ser humano no social propicia um campo maior de liberdade de reflexão em relação ao homem (...). (LUHMANN, 2010, p.259)

30 *Una crítica frecuente a la teoría de Luhmann consiste en señalar que deja fuera al ser humano, dado que considera que los sistemas sociales no están compuestos de seres humanos, sino de comunicaciones. Al respecto, es conveniente tener presente, que en esta teoría se deja al ser humano toda su complejidad, que no queda reducida a la de un componente que debe someterse a la autopoiesis del sistema del que es es elemento. Por otra parte, las comunicaciones no pueden tener lugar con prescindencia de los sistemas psíquicos a los que están estructuralmente acopladas.* (MANSILLA; NAFARRETE; 2003, p. 130-131).

Importante destacar que o ser humano não é ignorado³¹. Pelo contrário; como em outros casos em que a terminologia corrente traria dúvidas quanto ao significado dentro da teoria dos sistemas, Luhmann irá “isolar” o ser humano também como um sistema, o “sistema psíquico” (LUHMANN, 2010, p.250).

No dizer de Bechmann e Stehr, tal rejeição do conceito de indivíduo a fim de colocar a sociedade no centro da teoria dos sistemas “leva Luhmann para uma teoria da sociedade pós-ontológica, desenvolvida numa base naturalística e empírica como uma teoria da observação.” (BECHMANN; STEHR; 2002, p.69, tradução nossa³²).

Neste ponto seria possível opor a seguinte objeção: não seria um problema assumir que a ciência possa partir de um observador externo, que realize mera descrição dos fatos? No atual estágio de desenvolvimento da Filosofia da Linguagem a resposta que parece mais satisfatória a esta questão é assumir que quando se cogita da perspectiva do observador externo que descreve os fenômenos a serem observados, já está implícito no argumento que o observador tem consciência de que seu próprio acesso ao objeto é mediado pela linguagem. Ou seja, a descrição é feita com a ciência de que não é – nem pode ser – meramente descritiva. Não obstante, não foi esse o enfoque desejado por Nicklas Luhmann, que afirmava ser “necessário compreender o termo observador de um modo extremamente formal, ou seja, evitar qualquer representação de exclusividade, no sentido de se um observador é uma consciência, um cérebro ou um sujeito transcendental”. (LUHMANN, 2010, p.154). Todavia, é preciso destacar, ainda, que, apesar da formalidade pretendida, ao entender o observador como uma operação do sistema, Luhmann (2010) o coloca “dentro do mundo que busca

31 Para Luhmann não há problema em reconhecer que sem seres humanos não há sociedade, que ela os pressupõe. Ao afirmar que os homens são seu entorno, eles são condição e pressuposto da existência e configuração desse mesmo sistema. Mas nunca são parte integrante dele. Isto de nenhuma forma deve ser entendido como uma desvalorização ou negação dos homens, pelo contrário. A relação entre homens e sociedade segue normas mais complexas e paradoxais do que aquelas concebidas pela tradição clássica entre todo e parte, entre fundado e fundante, entre causa e efeito. Ela se estrutura sobre uma perspectiva ecológica, que permite analisar a peculiar independência entre sociedade e os homens que a enfrentam. Ao meu ver, ele procura por um lado perceber certas estruturas que ultrapassam a perspectiva do sujeito, que independem dele (papéis sociais, organizações, sistemas) mas igualmente recuperar uma nova perspectiva do sujeito, distinta da tradicional, que procura não reduzir o homem ao componente de um todo estruturado. (HITA, 1998, p.123).

32 **No original**, destacando todo o parágrafo: *The substitution of the subject concept and the transfer of the subject/ object differentiation into the distinction between system and environment take Luhmann to a post-ontological theory of society, developed on a naturalistic and empirical basis as a theory of observation (...)*. (BECHMANN; STEHR; 2002, p.69).

observar e descrever”, o que dificulta o desenvolvimento de um conceito tão formal quanto o desejado. A solução encontrada, ensina António Manuel Hespanha (2009), foi produzir dois conceitos distintos, quais sejam, de observação de primeira ordem e de observação de segunda ordem.

A observação de primeira ordem era aquela pela qual os sistemas tanto observavam o ambiente como se observavam a si mesmos, no sentido de adoptar as modificações internas que diminuíssem quer a complexidade do contorno, quer a sua própria complexidade. (HESPANHA, 2009, p.228).

Já a observação de segunda ordem (*zweiter Ordnung Beobachtung*) seria aquela externa, realizada pelo sociólogo, que, de uma perspectiva externa, contempla “o modo como os sistemas se adaptam para melhorar sua eficiência na redução de complexidade”. (HESPANHA, 2009, p.228).

Vale encerrar o tema com o apontamento feito por Günther Teubner:

Assim, atores humanos têm uma dupla identidade no mundo da autopoiese. Enquanto em sua existência social eles são meras construções de sistemas sociais autopoieticos, entre eles o direito; em sua existência psíquica, eles são, eles mesmos, vibrante sistema autopoietico. É completamente errado arguir, como alguns críticos fazem, que a autopoiese desumaniza a sociedade (Grünenberger, 1987), não tem espaço para atores e intenções (Schumank, 1985...), não conta com o indivíduo como sujeito epistemológico (Podak, 1984 ...) e representa uma “*desuhmanisation totale du droit*” (Grzegorzcyk, 1989). O ponto não é o sujeito individual se esvaír, mas a multiplicação de centros de cognição. (TEUBNER, 1989, p.741, tradução nossa³³).

A segunda crítica já apresentada diz respeito à impossibilidade de se utilizar da teoria luhmaniana fora do contexto em que ela foi produzida. Mais especificamente, há quem – como Marcelo Neves – sustente que nos países onde há o que ele chama de “modernidade periférica” (Neves, 1996, p.98), o desenvolvimento da sociedade não se deu de forma a

33 No original: *So human actors have a “double identity” in the world of autopoiesis. While in their social existence, they are pale construct of autopoietic social systems, among them the law; in their psychic existence, they are themselves vibrant autopoietic systems. It is plainly wrong to argue, as some critics do, that autopoiesis dehumanizes society (Grünenberger, 1987), has no place for actors and intentions (Schimank, 1985 ...), does not account for the individual as epistemic subject (Podak, 1984 ...) and represents a “dehumanisation totale du droit” (Grzegorzcyk, 1989). The point is not the individual subject withering away, but the multiplication of centers of cognition.* (TEUBNER, 1989, p.741).

produzir as diferenciações e fechamentos necessários à teoria dos sistemas³⁴. Desta forma, não teria ocorrido o desenvolvimento de sistemas autônomos, não sendo, portanto, aplicável a teoria luhmanniana, que pressupõe essa diferenciação³⁵ forte entre sistemas³⁶. Essa falta de autonomia entre os sistemas impossibilitaria “a construção da identidade do sistema jurídico” (NEVES, 1996, p.99), que sofreria “sobreposições particularistas dos códigos político e econômico” (NEVES, 1996, p.99).

O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (autorreferência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica. (NEVES, 1996, p.99).

De forma mais simples: não há diferenciação³⁷ suficiente entre o sistema e seu ambiente. Assim sendo, decisões de um sistema são tomadas com base em informações que não se adequam ao código binário que possibilita o fechamento operacional dos sistemas. O sistema jurídico, por exemplo, que deveria operar sobre o código lícito-ilícito, toma decisões com base no código lucro-prejuízo, que pertence ao sistema econômico. Não havendo fechamento operacional, não há razão para se trabalhar com a teoria dos sistemas. Desta forma, não haveria também que se falar em autopoiese do sistema jurídico, mas sim em

34 Tendo como referencial o modelo luhmanniano, é possível afirmar uma releitura no sentido de afirmar que, na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do “moralismo” fundamentador da diferenciação hierárquica não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isto nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. (...) Portanto a modernidade não se contrói positivamente, como superação da tradição através do surgimento de sistemas autônomos de ação, mas apenas negativamente, como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional. (NEVES, 1996, p.98)

35 A complexidade crescente da comunicação humana dá origem à progressiva diferenciação dos sistemas comunicacionais que dão sentido às ações humanas, criando, assim, vários níveis de sentido (ou de valores) (morais, políticos, jurídicos, econômicos) (*Ausdifferenzierung*). (HESPANHA, 2009, p.212).

36 Neste sentido afirma Deák: “O trabalho da autopoiese é severamente limitado pela sociedade externa (não-legal). Ela só pode emergir onde o processo de diferenciação funcional alcançou um nível suficientemente alto de consenso social e bem-estar. Onde a pobreza e a degradação prevalecem, nenhuma autopoiese pode ser desenvolvida.” (2009, p.158, tradução nossa). No original: *The work of autopoiesis is largely constrained by the outward (non legal) society. It can only emerge where the process of functional differentiation has reached a sufficiently high level of social consensus and welfare. Where poverty and degradation prevails, no autopoiesis can be developed.*

37 Ensina Bertalanffy, citando Conklin: “A diferenciação é a transformação de uma condição mais geral e homogênea em uma mais especial e heterogênea”. (BERTALANFFY, 1976, p.8)

“alopoiese”. (NEVES, 1996, p.99).

Em que pese a autoridade do referido autor no assunto, tal posicionamento não é unânime. Dario Rodriguez analisa o mesmo problema valendo-se da nomenclatura sociedades *parcialmente contemporâneas*, em que “os sistemas não estão completamente diferenciados, ou estão começando a se diferenciar” (SCHABBACH, 2008, p.51).

A análise desses países de “modernidade periférica” deve ser feita de forma cautelosa. Isto, pois mesmo quando se analisa uma região bem definida, cujo desenvolvimento recente tenha diversas semelhanças, o ritmo das mudanças rumo a uma maior diferenciação funcional é bastante variado. Observando a América latina nos dias de hoje, por exemplo, é fácil perceber que o nível de fechamento operacional dos sistemas jurídico, político e econômico é fortemente diferenciado quando se comparam Brasil, Argentina, Venezuela e Bolívia, por exemplo³⁸. Enquanto no Brasil grandes episódios de crise institucional tem sido superados através do respeito às instituições constitucionalmente estabelecidas e dos procedimentos de solução legalmente estipulados, nos outros países citados, em maior ou menor grau, é até difícil falar em supremacia da Constituição. Seus problemas macroestruturais muitas vezes são resolvidos com medidas políticas, apesar do que eventualmente disponham suas constituições, leis e os tratados internacionais.

Esta situação indica que, diversamente das sociedades diferenciadas, nas periféricas, os sistemas não mantêm um fechamento operativo ante os demais e o entorno, abrindo-se mais e se articulando entre si. Todavia, embora tais redes gozem de grande estabilidade e capacidade reprodutiva, Luhmann (1998) ressalta que elas não chegam a representar uma ameaça aos sistemas funcionais, cuja autopoiese é suficientemente robusta para evitar o desequilíbrio entre a inclusão e a exclusão e, assim, o seu colapso. Ou seja, mesmo em sociedades de modernidade periférica, tais configurações não ameaçam a sobrevivência dos sistemas sociais operantes. (SCHABBACH, 2008, p.56)

38 Em verdade, é preciso ressaltar que talvez o próprio conceito de “Constituição” e, por consequência, de “supremacia da Constituição”, deva ser objeto de revisão em razão do movimento denominado “Constitucionalismo Bolivariano”. Tal desenvolvimento, contudo, extrapola os limites deste trabalho e a percepção do autor de que qualquer construção jurídica que estabelece tratamentos privilegiados a determinados grupos étnicos e/ ou sociais, ainda que fundamentado numa suposta necessidade de compensar os danos causados pela exploração por parte dos estrangeiros detentores do capital especulativo, deve ser rechaçada. E deve ser assim, pois a diferenciação deste tipo de discurso para aquele desenvolvido no período entre-guerras na Alemanha, em que se atribuía a culpa pelas mazelas que dominavam o país à exploração da produção de base alemã pela França e ao domínio das finanças alemãs pelos judeus, mostra, com clareza solar, o risco inerente a discursos jurídicos que estabelecem culpas e segregações. Boas intenções não são garantias suficientes neste caso.

Por outro lado, quando se observam os países centrais na atualidade, é possível notar que, diante de graves crises econômicas e institucionais, por vezes medidas³⁹ são tomadas desrespeitando os códigos binários dos diversos sistemas⁴⁰.

Por fim, conclui-se que, se considerada de forma tão radical, a ideia do fechamento operacional sistêmico, a referida teoria talvez não fosse aplicável em absoluto, seja em países de modernidade periférica, seja em países “centrais”. Tal crítica, então, não pode prosperar.

A terceira crítica que já pode ser discutida neste momento é a que sugere que a terminologia desenvolvida por Luhmann torna a teoria demasiadamente complexa, de difícil compreensão e prejudica sua aplicabilidade. Não é possível negar a complexidade terminológica da teoria dos sistemas. É possível, porém, justificá-la. Como explica Orlando Villas Bôas Filho (2009):

Luhmann enfatiza reiteradamente que a sociologia encontrar-se-ia em crise, oscilando entre a análise empírica e uma produção teórica que não seria capaz de se desvencilhar das concepções clássicas, presas a pressupostos do século XVIII (tais como sujeito, moralidade, razão, liberdade, emancipação, etc), motivo pelo qual deveria sofrer uma radical mudança de paradigma que a permitisse livrar-se dessa velha tradição cujos conceitos já não seriam válidos para a análise da sociedade contemporânea. (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. XXX) (grifei).

Com efeito, os aspectos que mais se destacam na obra de Luhmann quando comparada a outras teorias da sociedade é o propósito de rompimento. A forma que é utilizada para dar a tal rompimento aspecto marcante é a especificação terminológica. Mais difícil que criar um vocábulo próprio e torná-lo inteligível seria produzir a mudança paradigmática pretendida valendo-se dos termos na forma como consagrados na teoria sociológica tradicional. Quando se iniciar a análise do Funcionalismo penal perceber-se-á que a opção de Luhmann pela reconstrução terminológica foi acertada. Os penalistas optaram por manter a terminologia

39 Um bom exemplo disso talvez sejam as medidas de restrição à estrangeiros em diversos países, realizadas com o fim de dar preferência aos nacionais em razão da crise econômica que se instalou na Europa. Expulsar ciganos (França) e deportar latino-americanos (Espanha) é uma ação com relevância na política econômica local – no presente momento -, mas que não se coadunam com o alegado código binário do sistema econômico.

40 Vale como exemplo a França realizando deportações de ciganos como medida de proteção de seus nacionais do ponto de vista econômico. Note que a medida é parte do sistema jurídico, mas foi tomada sem grandes considerações pelo código lícito-ilícito.

antiga, oriunda da Teoria Finalista, e isso causa uma série de desentendimentos entre os adeptos de tais correntes.

Conclui-se que a peculiaridade terminológica da teoria dos sistemas é justificada e, mesmo, inevitável, sob pena de não se alcançar o rompimento com a tradição que se pretendeu.

Retomando a reconstrução da teoria dos sistemas, vale voltar a partir da pretensão de Luhmann de explicar como ocorrem as interações sociais. “Luhmann, pretende explicar os padrões recursivos das interações entre os atores sociais, os quais formam sistemas de comunicação que, na realidade, constituem a própria natureza das sociedades.” (MELLO, 2006, p.353). Com isso o autor pretende deslocar o objeto da análise sociológica da ação do sujeito para as redes de interação que produzem e são produzidas por tais ações. O efeito disso seria o abandono da dicotomia *todo/ parte*⁴¹, em prol de uma nova sistemática que refletisse a ideia de que a interação comunicacional é o que constitui a sociedade, devendo, então, ser o centro do estudo da Sociologia.

A proposta feita por Luhmann para superar a dicotomia *todo/ parte* é a dicotomia *sistema/ambiente*, ou *sistema/ entorno*. Este modelo possibilitaria perceber que a sociedade não tem como fração mínima a ação do sujeito, mas sim a diferenciação⁴² sistêmica, produto e resultado da comunicação. Um sistema pode ser considerado como tal quando se diferencia do entorno a partir da repetição interna da diferença em relação ao entorno. A diferenciação é a reafirmação que o sistema faz, dentro de si mesmo, daquilo que o distingue do ambiente⁴³.

Mas, se do ponto de vista biológico – anteriormente referido – o surgimento do sistema pode ser identificado com a produção da vida a partir da vida, com a repetição das características, o que irá configurar o sistema social? Para Luhmann a diferenciação dos

41 Neste ponto da análise fundamental, em contraste com a abordagem não-sistêmica que concebe a motocicleta como uma simples coleção de componentes fixos de aço, a noção dos sistemas a concebe como um conjunto de ideias. Enquanto uma das maneiras de manutenção mecânica limita-se ao trabalho em partes específicas do veículo, outro enfoque seria trabalhar em conceitos de motocicletas. (WOODWORTH, 1976, p.XIV).

42 Citando respectivamente Conklin (1955) e Werner (1957) explica Bertalanffy (1976) que “a diferenciação é a transformação de uma condição mais geral e homogênea em uma mais especial e heterogênea. Sempre que ocorre o desenvolvimento, ele procede de um estado de globalidade e ausência de diferenciação relativa, para um estado de diferenciação, articulação e ordem hierárquica crescentes”. (BERTALANFFY, 1976, p.8).

43 Um sistema diferenciado, afirma, não é aquele composto por um número extenso de partes e pelas relações entre elas, mas aquele que encerra um número significativo de diferenciações *sistema/ambiente* em suas operações. Cada uma dessas diferenciações, em cada corte considerado, reproduz a integridade da clivagem *sistema/ ambiente*. Em resumo, a diferenciação sistêmica nada mais é que a repetição do código do sistema dentro do sistema. (MELLO, 2006, p.354).

sistemas da sociedade ocorre a partir da função que o sistema tem. Assim, o sistema jurídico, por exemplo, diferenciar-se-ia do ambiente ao reproduzir internamente essa diferença. Posto de outra forma, a operação sob o código lícito-ilícito é típica do sistema jurídico e o diferencia do entorno, que funciona, a depender do ponto de vista, sob diversos outros códigos binários. O sistema jurídico identifica-se, então, como tal, ao continuar operando permanentemente sob seu próprio código, e se desenvolvendo internamente de forma a responder a perturbações periféricas com uma resposta que, embora “nova”, continue respeitando seu código binário⁴⁴.

Deste ponto é possível identificar alguns conceitos da Teoria dos sistemas que devem ser esclarecidos, notadamente a questão da perturbação e a da observação.

A elaboração de sistemas que operam reproduzindo o aspecto que os diferenciam do entorno poderia levar a pensar que sistemas operam de forma isolada. Por óbvio tal concepção estaria desligada da realidade, vez que a percepção de que sistemas diferentes afetam-se é a mais elementar que se tem, independentemente inclusive de qualquer conhecimento teórico. Para lidar com isso, Luhmann afirma serem os sistemas operativamente fechados, mas cognitivamente abertos.

O termo “sistema operacionalmente fechado” reflete o que foi anteriormente exposto: o sistema caracteriza-se como tal por operar – sempre – sob seu código binário, independente da forma como for provocado⁴⁵. A complementação desta lógica vem da ideia de que são os sistemas cognitivamente abertos, ou seja, eles se permitem receber estímulos externos, e se

44 A diferenciação funcional de cada sistema segue um esquema binário próprio, mediante um processamento de informações que lhe é próprio e que lhe possibilita uma realidade também própria. A opção pela binariedade do código de um sistema funcionalmente diferenciado exclui valores terceiros, conferindo uma manipulação lógica e de alta tecnicidade que permite um (re)processamento entre ambos os pólos que, ao final, vão, mediante diferença, formar uma unidade. (SCHWARTZ, 2005, p.75)

45 Assim explicam David Seidl e Dennis Schoeneborn: “Fechamento operacional significa que diferentes sistemas criam suas próprias significações a partir de influências externas e conseqüentemente são aptos a desenvolver suas próprias reações a elas. Se não houvesse tão clara diferenciação entre os sistemas e seu ambiente, a operação do sistema seria apenas a continuação do ambiente, ao invés de operação própria do sistema”. (2010, p.16, tradução nossa). No original: *Operative closure in this sense implies that the different systems create their own meaning from external influences and accordingly are able to develop their own reactions to them. If there were not such a clear distinction between the systems and their environments, the operations of the system would be just the continuation of the environment rather than the systems' own operations.* (SEIDL; SCHOENEBOERN, 2010, p.16).

desenvolvem e respondem a tais estímulos⁴⁶. Ser cognitivamente aberto⁴⁷ indica, portanto, que, por exemplo, o sistema jurídico recebe estímulos de outros sistemas. De fato, não é à toa que nos períodos iniciais dos cursos de Direito há preocupação em demonstrar a relação dele com outras áreas do conhecimento. Tal didática possibilita ao final a percepção de que o sistema jurídico terá de lidar com provocações vindas da política, da economia, da saúde, da ecologia etc.

A abertura a estímulos vindos do ambiente permite que não ocorra uma desconexão da realidade, garantindo que, apesar de operativamente fechado, o sistema não se tornará redundante ou descartável por se ter desligado da sociedade (ambiente) na qual ele surgiu. A perda de conexão – situação em que o sistema não responde a estímulos externos – poderia ter como efeito o surgimento de um novo sistema para realizar a mesma função, ou mesmo a conclusão de que a função daquele sistema não se apresenta mais como necessária à sociedade.

A interação entre sistema e ambiente, que, no limite, é interação entre sistemas, é o que faz surgir a informação, o sentido. A comunicação, como anteriormente explicado, exige não apenas o envio da informação, mas também sua recepção, e aí se constrói o sentido⁴⁸.

46 Um sistema é um espaço de possibilidades ambientais que permanecem relevantes em razão do fechamento de suas operações; ele é caracterizado por uma multiplicidade de possibilidades contingentes; e ele está sempre e necessariamente aberto para o futuro na forma de perturbações ambientais. Ao mesmo tempo, um sistema, assim como o espaço, é caracterizado pela ausência de uma norma fundamental, origem, objetivo ou destinação final. O sistema move-se sem direção (pelo menos no sentido de uma direção centralizada), perambulando por sua topologia instável, optando imprevisivelmente por movimento ou parada. Um sistema, assim como o espaço, pode ser medido, mapeado e circunavegado, mas não controlado ou circundado em sua totalidade. (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2011, p.56, tradução nossa). **No original:** *A system is a space of environmental happenstance that remains relevant because of the embeddedness of its operations; it is characterised by a multiplicity of contingent possibilities; and it is always and necessarily open to the future in the form of its environmental becomings. At the same time, a system, just as space, is characterised by a lack of Grundnorm, origin, objective or final destination. The system moves in a directionless way (at least in the sense of centralised direction), dragging along its unstable topology, unpredictably opting for movement or stasis. A system, just like space, can be measured, mapped and circumnavigated, but not controlled, contained, or embraced in its totality.* (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2011, p.56).

47 Ao mesmo tempo, o sistema jurídico é “cognitivamente aberto”, o quer dizer que é estimulado pelas informações do ambiente. No caso específico do sistema legal, ele retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional, moral etc. Na verdade, a fricção entre os subsistemas auto-referenciados e o ambiente é o que produz informação. Isso não seria possível, no entanto, se o sistema legal fosse apenas um sistema de normas e o ambiente fosse apenas cognição. (MELLO, 2006, p.356).

48 Também se pode dizer que o sentido é, em verdade, o meio pelo qual o sistema traz para si a complexidade do seu entorno. O horizonte de possibilidades dado pelos sistemas reside na unidade de sua diferença com o entorno. Ao contrário de Weber, o sentido na teoria dos sistemas não é derivado de uma representação intencional na mente dos indivíduos. O sentido não é consequência da ação, mas sim da distinção entre sistema/ entorno. (SCHWARTZ, 2005, p.73).

Na sociedade, a configuração basal da comunicação é “carente de significado”; isto é, toda estipulação (ou interpretação) do social está contida dentro da sociedade e não pode existir significado qualquer que provenha de fora dela. A sociedade implica um cálculo autocontido e por isso é possível propor sua formalização. A comunicação está constituída por estruturas elementares que dão origem ao cálculo. Por exemplo, há o fato de a comunicação ser um fenômeno radicalmente binário, visto que sua estrutura ultra-elementar é perpassada pelos símbolos sim/ não, aceitação/ recusa; consenso/ dissenso. (NAFARRETE, 2000, p.146-147).

Um detalhe há de ser destacado antes de se prosseguir. Toda comunicação em sistemas sociais se dá através de alguma forma de linguagem. Todavia, a Teoria dos sistemas – em determinados momentos - utiliza-se da “linguagem” de forma diversa daquela que tem sido trabalhada pela chamada Filosofia da Linguagem. Enquanto nesta a linguagem é verdadeiro sistema, no contexto da Teoria dos sistemas ela deve ser, num primeiro momento, concebida como simples meio que permite a comunicação. Não se trata de negar a Filosofia da linguagem, mas apenas de fazer um corte epistemológico na forma com que a ideia é trabalhada, a fim de viabilizar⁴⁹ a teoria luhmaniana⁵⁰. A linguagem é, assim, acoplamento estrutural entre os sistemas⁵¹.

É preciso estar claro que não se trata de uma tentativa de construção de uma linguagem objetiva, desprovida de aspectos subjetivos de formação de sentido. Como anteriormente exposto, o aspecto a ser compreendido aqui é que, a depender do momento e do

49 Toda obra de Luhmann é um esforço descomunal de abstração dirigido a manter o fenômeno comunicativo isolado de todo resquício psíquico. Habermas tem isso perfeitamente balizado, incluindo a crítica correspondente: “Sobre o fundo dessa evolução teórica vê-se com clareza o ônus que assume a teoria de sistemas ao distribuir essas estruturas linguísticas, que abrangem o psíquico e o social, em dois sistemas distintos. Agora que as linhas gerais da teoria de Luhmann estão mais claras, vê-se também quanta energia teve de ser gasta para fazer frente aos problemas decorrentes dessa única decisão básica”. (NAFARRETE, 2000, p.158).

50 Em oposição aos filósofos da linguagem, que com frequência acreditam ser a linguagem um sistema – e em ocasiões inclusive acreditam ser ela o único sistema para a coordenação de relações vitais – para as análises que aqui apresentamos é decisivo considerar a linguagem simplesmente como um meio que faz possível, por si só, a constituição de sistemas na esfera da consciência e da comunicação, na medida em que faz possível o acoplamento estrutural desses dois tipos de sistema. Mas isso significa que também temos de considerar agora como conceito fundamental não a linguagem, mas a comunicação. (NAFARRETE, 2000, p. 149).

51 Na relação externa entre sociedade e consciência, Luhmann define a linguagem como acoplamento estrutural. Ela permitiria a instigação e influência recíproca entre comunicação e representações mentais, excluindo mútua e seletivamente alguns fluxos de sentido e admitindo a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados. A linguagem torna possível que os conteúdos das comunicações, como unidades elementares formadas pela síntese de mensagem, informação e compreensão, sejam percebidas no interior da consciência, dando-se, porém, uma comutação interna de sentido. (NEVES, 2009, p.36).

ponto de vista que se observa a linguagem, diferentes leituras devem guiar o pesquisador. A subjetividade de linguagem, portanto, esteve sempre clara para Luhmann.

O pressuposto primeiro e mais importante é que os processos de comunicação dirigidos pelos meios inter-relacionam os parceiros, que efetuam *ambas* operações seletivas *próprias*, tendo conhecimento simultâneo um do outro. Nós falaremos em Alter e em Ego. Todos os meios de comunicação pressupõem situações sociais com possibilidades de escolha para ambas as partes, situações, pois, com seletividade duplamente contingente. É justamente isto que lhes empresta a função de dirigir os processos de transmissão de seleções, em sua seletividade, do Alter para o Ego (...). (LUHMANN, 1985, p.8).

Retomando a ideia do estímulo externo, constatada a existência de tal relação entre sistema e meio, importa verificar a forma como ela acontece; “como o sistema entra em relação com o meio, e quais os instrumentos conceituais são necessários para apreender esta relação?” (LUHMANN, 2010, p.129). A resposta a este problema⁵² também foi alcançada a partir de uma construção do biólogo chileno Humberto Maturana, o *acoplamento estrutural*.

O acoplamento estrutural⁵³ traduz a ideia de ligações entre as estruturas dos sistemas⁵⁴. Como dito, a condição de sistemas autopoieticos não pode significar o isolamento do sistema. Há, portanto, necessariamente, meios de comunicação intersistêmicas, que irão promover o desenvolvimento de cada sistema, da própria comunicação, e, com isso, aumento da complexidade.

Assim como as dimensões de sentido pressupõem-se reciprocamente, e cada uma pode tomar-se como ponto de partida para a observação das outras, assim também a teoria da comunicação, a teoria da evolução e a teoria da diferenciação representam,

52 Em momentos anteriores, outras respostas foram propostas para este problema. Trabalhando a partir da *cibernética*, Ludwig von Bertalanffy sugeriu a ideia de *feedback*. “O esquema básico da cibernética é o *esquema de feedback*, isto é, em um sistema que responde a uma perturbação externa, parte do *output* é lançado de volta ao *input*, de forma a controlar a função do sistema, seja para manter um estado desejado, seja para orientar o sistema para uma meta”. (BERTALANFFY, 1976, p.13)

53 O coligamento estrutural vem assim chamado por representar ligações entre as estruturas do sistema. Pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo; desta forma, há uma continuidade da *autopoiesis* do sistema de operação, garantindo-se a estabilidade temporal do sistema, na medida em que se passa de uma à outra operação. Os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente, por meio do acoplamento estrutural. (LIMA, 2008, s/p).

54 Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. (NEVES, 2009, p.35).

respectivamente, diversas portas de acesso para a apresentação da teoria total. Surgem os sistemas sociais porque a comunicação põe-se em marcha e constrói-se autopoieticamente a partir de si mesma. Chega-se à evolução porque a diferença entre sistema e entorno transpõe-se por meio dos acoplamentos estruturais. Nenhuma destas teorias pode prescindir da colaboração das outras. (LUHMANN, 2006, p.901, tradução nossa⁵⁵). (grifei)

Um exemplo usual de acoplamento estrutural é a Constituição. Ela exerceria tal função ao promover a ligação do sistema jurídico com o sistema político, pois apesar de texto jurídico por excelência, é também o *locus* em que as opções políticas fundamentais de um Estado são feitas. Além disso, impõe aos tribunais que têm o dever de fazer o controle da constitucionalidade das leis a consideração não só da técnica jurídica, mas, também, de tais opções políticas feitas pelo Poder Constituinte. Nesse sentido ensina Marcelo Neves:

Nessa perspectiva a Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Não se trata aqui apenas de acoplamento operativo como vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente. O acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente. A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. (NEVES, 2008, p.97).

O acoplamento estrutural, portanto, é o instrumento teórico da Teoria dos sistemas que demonstra como se processam as influências entre os diversos sistemas sociais⁵⁶. Sua

55 Na versão mexicana consultada de *La Sociedad de la Sociedad: Así como las dimensiones del sentido se presuponen recíprocamente y cada una puede tomarse como punto de partida para la observación de las otras, así también la teoría de la comunicación, la teoría de la evolución y la teoría de la diferenciación representan respectivamente diversas puertas de acceso para la presentación de la teoría total. Surgen los sistemas sociales porque la comunicación se pone en marcha y se construye autopoieticamente a partir de sí misma. Se llega a evolución porque la diferencia entre sistema y entorno se traspone por medio de los acoplamientos estructurales. Ninguna de estas teorías puede prescindir de la colaboración de las otras.* (LUHMANN, 2006, p.901).

56 Segundo Déak: “Uma conexão empiricamente constatável existe entre o princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais e a forma com a qual os subsistemas se diferenciam na sociedade, sendo auto-referencialmente fechados, e abertos a seu ambiente. Na última sociologia funcionalista, o que é causal será substituído pelo que é estrutural”. (DÉAK, 2009, p.147, tradução nossa). No original: *An empirically ascertainable connection exists between the principle of differentiation of social systems and the form, in which subsystems differentiate themselves in society, being self-referentially closed, and open to their environment. In the late functionalist sociology, what is causal will be replaced by what is structural.*

utilização permite, inclusive, a percepção de que a interação entre o Direito e a Política é traço característico do Estado de Direito democrático⁵⁷, por impor à Política – cujo código binário é *poder/ não poder* – o respeito ao código binário do Direito – *lícito/ ilícito* – sem, com isso, perder as características que fazem dela – a política – sistema autônomo.

Superada a caracterização dos sistemas enquanto sistemas autopoieticos que interagem por meio do acoplamento estrutural, resta a pergunta: qual a finalidade da concepção de sistemas? As respostas para isso são duas: a diferenciação funcional e a redução da complexidade.

Como apontado no início deste tópico, o século XX foi palco de inúmeras reviravoltas científicas que, em séculos anteriores, teriam sido caracterizadoras daqueles momentos históricos. O rompimento com o *status* do conhecimento causado por Einstein, Freud e Kelsen – para ficar com alguns dos mais emblemáticos – funcionou como gatilho para um aumento exponencial da complexidade do mundo. O desenvolvimento possibilitando a aceleração do desenvolvimento é o cenário que se apresentou no século XX e continua apresentando-se aos cientistas no século XXI. O efeito disso foi a necessidade de se renovar, também, o instrumental teórico útil à análise desta realidade⁵⁸.

O impacto desta revolução científica, no sentido de Kuhn (1992), ecoou na Lógica, na Cibernética, na Química, na Biologia e nas Ciências Sociais. Ainda que de forma diferente, no interior destas disciplinas, o tratamento dado à complexidade demandou novas formas conceituais para dar conta de um universo que relutava à apreensão por leis, apresentando-se com fenômenos somente abarcáveis por uso de probabilidades: o futuro deixa de ser previsível e passa a uma mera possibilidade. Neste contexto é que se localizam as tentativas por uma Teoria Geral dos Sistemas, entre as diferentes disciplinas que têm como problema central da teoria, a extrema complexidade do mundo. As primeiras formulações são da Biologia, através de

57 No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que “todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito”. Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico. O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas. Da presença do segundo código não decorre a superposição das preferências “poder” e “lícito” ou “não-poder” (*Ohnemacht*) e “ilícito”, mas sim que “as disjunções poder/não poder e lícito/ilícito referem-se reciprocamente. Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, da legislação controlada e deliberada politicamente. (NEVES, 2008, p.89).

58 A teoria geral de sistemas oferece uma nova abordagem. À primeira vista, parece uma teoria aristotélica. Uma noção geral de sistema social é usada para definir o sistema *abrangente* como um caso especial de sistemas sociais. O conteúdo, contudo, sofreu mudanças. A teoria de sistemas não se refere a uma cidade ou a um estado a fim de dar as características especiais do sistema abrangente. Nossa sociedade é extremamente diferenciada para este tipo de projeto. Ao invés disso a teoria de sistemas usa a análise de sistemas para revelar as estruturas e processos que caracterizam o sistema societal – o mais importante e todos os sistemas sociais, que inclui todos os outros. (LUHMANN, 1999, p.187).

Ludwig Von Bertalanffy, ainda na década de 30, ganhando força somente na década de 50. O que perpassa as disciplinas é o fato de que há sistemas que, na sua interação com o entorno, constroem formas internas para sua manutenção, buscando um equilíbrio com o entorno, não no sentido da morte térmica, mas promovendo transformações adaptativas dinâmicas. Mas, à simplicidade processual sistêmica, contrapõe-se a complexidade do mundo, o que faz com que o sistema tenha que conviver constantemente com ruídos caóticos, já que essa complexidade não pode ser abarcada em sua totalidade. Este convívio exige processos como descarte, ignorância, indiferença ou aproveitamento. O sistema organiza-se sob tais condições: a ordem, desta vez, surge da desordem, como formula Heins Von Foerster nos anos 60, em seu famoso conceito de “order from noise”. (NEVES; NEVES, 2006, p.187)

Luhmann elabora sua teoria da sociedade a partir desse pano de fundo, tendo como objeto último de análise o mundo⁵⁹. A ideia de mundo é a ideia de todo; ele, mundo, não é delimitado por um entorno; ele é a totalidade, complexa, a ser observada. Por certo tal concepção gera um problema: a complexidade do mundo não pode ser captada, compreendida, pela consciência humana. “É é neste ponto que os sistemas sociais assumem a sua função. Eles assumem a tarefa de redução de complexidade.” (NEVES; NEVES, 2006, p.191).

Nesse ponto é possível retornar à ideia da autopoiese para fechar um capítulo da Teoria dos sistemas. O sistema diferencia-se funcionalmente em relação ao entorno, passa a operar sob seu código binário, reduzindo de forma endoprocedimental a complexidade do ambiente. Daí a afirmação de Nafarrete (2000) de que um dos princípios elementares da comunicação é o da “redução de complexidade”. “(...) a comunicação tenta reduzir a quantidade ingente de indeterminação no mundo, visando mantê-la em patamar que permita o constante aumento de determinação” (NAFARRETE, 2000, p.151). A ideia é, então, permitir que se compreenda a complexidade do “mundo”, a partir da “visão” do sistema⁶⁰. “Pode-se

59 Luhmann, na sua teoria social, assume o “mundo” (*Welt*) como a mais alta unidade de referência. O mundo não é um sistema porque ele não possui um entorno do qual poderia ser delimitado. O mundo também não pode ser concebido como entorno, porque cada entorno pressupõe um interior que, por sua vez, não pertence ao entorno. Assim, o mundo não é sistema nem entorno, mas engloba todas os sistemas e os entornos respectivos, ele é a unidade sistema/entorno. (...) O mundo não pode ser superado, não possui fronteiras através das quais se estende um entorno, para o qual ele poderia transcender. O mundo, ou melhor, a complexidade do mundo é pois, para Luhmann, o problema central de sua análise (funcional-estrutural). (NEVES; NEVES, 2006, p. 190-191).

60 Para Luhmann, a complexidade do mundo humano decorre do fato de os comportamentos serem necessariamente mediados pela *comunicação*; ou seja, pelo facto de eles apenas serem importantes por terem *um sentido*, por constituírem *mensagens* para nós. Daí que a redução de complexidade da vida social passe por uma redução da ambiguidade dos actos humanos, por uma tentativa de fixar sentidos esperados, estáveis, consensuais, “não irritantes”. Tal como acontece com a linguagem, esta estabilização do sentido dos actos humanos não depende de qualquer dos intervenientes na relação, mas de sistemas comunicativos, em que

dizer, então, que o princípio da redução de complexidade, levado a cabo pela comunicação, consiste em evitar a indeterminabilidade do mundo, fazendo com que seja possível sua apreensão.” (NAFARRETE, 2000, p.151).

Há, contudo, um outro lado da questão. Se o sistema comunica-se com seu entorno através do acoplamento estrutural, e responde a estímulos externos sem violar seu código binário, ele reduz a quantidade da complexidade – por trabalhá-la dentro de seu código binário -, mas, o resultado disso é o aumento qualitativo da complexidade interna do sistema⁶¹.

O aumento da complexidade interna não deve ser visto como situação prejudicial. Pelo contrário, é o que permite o desenvolvimento das ciências que, para poder continuar lidando com a complexidade do mundo, sofisticam-se internamente, desenvolvendo a comunicação interna e, por consequência sua estrutura. O desenvolvimento da estrutura possibilita o surgimento de outras formas de acoplamento estrutural⁶², o que possibilitará um maior acesso ao entorno, e conseqüentemente, maior quantidade e qualidade de informação, comunicação, sentido⁶³. Daí afirmam Clarissa Eckert Baeta Neves e Fabrício Monteiro Neves, citando Luhmann pontualmente, que

ambos os comunicantes estão imersos, sistemas que conseguem (são capazes de, tem competência para) dar às ações dos interlocutores um sentido compartilhado por eles. (HESPANHA, 2009, p.211).

- 61 Qualitativamente, porém, a comunicação pode ser mais intrincada que tudo aquilo que é conciliado no mundo circundante, pois, devido a sua forma específica de construir esquemas progressivamente complexos, compensa as vantagens que o mundo tem em matéria de complexidade. Poder-se-ia afirmar, embora isso evoque Hegel, que a comunicação reduz a complexidade quantitativa, mas quando o faz aumenta para seu próprio benefício a complexidade qualitativa. Surge assim, necessariamente, um gradiente de complexidade entre mundo e comunicação. A comunicação afirma sua própria consistência na medida que apreende e domina de forma operativa o fragmento do mundo que é efetivamente relevante para a conservação de seu próprio patrimônio de autonomia. (NAFARRETE, 2000, p.155)
- 62 A quarta instituição fundamental da comunicação é o princípio da integração solta. Todo desenvolvimento para ordens de maior complexidade pugna pela diversificação de seus centros de integração. A comunicação, do ponto de vista operativo, não aspira à integração ótima – porém única – do social e, por isso, entra em clara contradição com a ambição de que a moral fosse o princípio integrador da sociedade. A comunicação substitui a autoridade moral e interioriza mecanismos de integração de outra ordem: *os meios simbólicos de comunicação* (dinheiro, amor, poder, arte) substituem os ideais e a consciência moral da sociedade na qualidade de reguladores metacodificados e únicos de toda a sociedade. A sociedade moderna se autodirige – o que não é igual a se autocontrolar – e com essa finalidade distribui distintos centros de integração. Por isso, tem se caracterizado a sociedade moderna como heterárquica – não hierárquica – em alusão à forma segundo a qual está organizado o cérebro. (NAFARRETE, 2000, p.155).
- 63 É preciso apontar o fato de que a ideia de sentido como algo construído dentro do procedimento não é peculiar a Luhmann. Veja-se, por exemplo, a lição de Daniel de Mendonça e Léo Peixoto Rodrigues acerca da forma como Ernesto Laclau trabalha o “sentido”: “A produção de sentido para Ernesto Laclau, analogicamente à perspectiva de Luhmann, ocorre no interior do sistema discursivo, a qual defendemos aqui ser, a totalidade estrutural-relacional e auto-referenciada, resultado das práticas articulatórias”. (MENDONÇA; RODRIGUES, 2006, p.95).

A complexidade é condição, não empecilho, para a construção do conhecimento. Quer dizer que, ainda operando autopoieticamente, as formas construídas no interior do sistema apresentarão como possibilidade de funcionamento o próprio entorno: “(...) os sistemas só podem construir estruturas que são compatíveis com o entorno (...)”. (NEVES; NEVES, 2006, p.203).

Em suma, sistemas são úteis para simplificar a complexidade do “mundo” através da restrição - ao seu código binário - de sua comunicação interna. Para exercer com propriedade sua função, o sistema faz escolhas comunicativas e desenvolve qualitativamente sua complexidade interna⁶⁴. Há por um lado aumento e simplificação da comunicação, por outro e diminuição e sofisticação. Tal situação reflete – ou explica – o fato de serem os sistemas *operativamente fechados e cognitivamente abertos*⁶⁵. Neste ponto é preciso tornar claro o que é, na Teoria dos Sistemas, comunicação.

Como anteriormente referido, Luhmann trabalha com a ideia de que existe uma totalidade que não comporta um ambiente. Um *locus* que tudo contém e que, portanto, não pode ser definido pela dualidade sistema/ entorno. A totalidade é o mundo (*Welt*). Ele é conjunto dos sistemas, não sendo, pois, ele mesmo, sistema, por não haver nada fora dele. Se, portanto, o mundo é a totalidade sem entorno, o que é a sociedade?

A sociedade é, pois, um sistema fechado, composto unicamente de comunicações entre pessoas. É unicamente a comunicação que diferencia a sociedade de seu entorno e, logo, dos demais sistemas. Isso se deve ao fato de ela produzir comunicação pela comunicação, e, também, graças à sua operação recursivamente fechada, estabelecer seus limites. (SCHWARTZ, 2005, p.71).

64 O sistema social pode mudar suas próprias estruturas somente por evolução. A evolução pressupõe reprodução auto-referencial e muda a condição estrutural de reprodução mediante a diferenciação de mecanismos para variação, seleção e estabilização. Ele se nutre de desvios da reprodução normal. (LUHMANN, 1999, p.192).

65 “A combinação paradoxal fechamento operacional e abertura cognitiva é o que permite aos sistema continuar sendo ele mesmo (o direito permanece direito e não sucumbe a uma desdiferenciação funcional, porque apresenta, digamos, a presença de um sistema econômico super potente ou de um sistema político asfíxiante) e tem seu próprio estoque de conhecimento, que potencialmente, mas também sem possibilidade de verificação, aparece em diferentes sistemas, apesar de sua diferente aparência sistêmica. (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2009, p.4, tradução nossa). *The paradoxical combination of normative closure and cognitive openness is what enables the system to carry on being itself (law remains law and does not succumb to functional de-differentiation because of presence of, say, an overpowering economic system or an asphyxiating political system) and have its own stock of knowledge, which potentially but unverifiably also appears in different systems albeit in different systemic guise.*

A comunicação, na Teoria dos sistemas de Luhmann, é o elemento singular que a diferencia de seu entorno e que, por se reproduzir a partir de si mesma, opera de forma fechada⁶⁶. Somente no momento em que a comunicação passou a operar desta forma tornou-se possível a sociedade⁶⁷. Em outros termos:

Assim como a origem da vida tem a ver com o processo de clausura de certas proteínas, na proposta de Luhmann, aquilo que foi designado como processo de humanização (socialização) foi possível graças ao surgimento de uma forma emergente, uma rede fechada (autopoietica) de comunicação. Somente esta rede fechada de comunicação é possível designar com o conceito de sociedade. Fora desta rede não existe comunicação. Ela é a única que utiliza esse tipo de operação e, nesta medida, é real e necessariamente fechada. (MANSILLA; NAFARRETE, 2003, p.122, tradução nossa⁶⁸).

A comunicação é, em síntese⁶⁹, o elemento característico da sociedade⁷⁰, que a diferencia funcionalmente de outros sistemas, sendo seu aspecto diferenciador em relação ao entorno o sentido. O código binário da comunicação, é desta feita, poder produzir sentido/ não

66 Assim ensina Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos: “É válido lembrar que, de acordo com a autopoiese – tal como propagada por Luhmann –, a sociedade é constituída por sistemas funcionalmente diferenciados (direito, política, religião, ciência, economia etc) que operam com comunicações (cada um com a sua: comunicações jurídicas são aqueles que estão no sistema legal, comunicações políticas estão no sistema político e assim por diante). Fora de cada sistema existe o ambiente sistêmico, que também consiste em outros sistemas, mas, enquanto tais, invisíveis e inacessíveis ao sistema em questão.” (2009, p.3, tradução nossa). No original: *It is worth remembering that, for autopoiesis as propagated by Luhmann, society is constituted by functionally differentiated systems (law, politics, religion, science, economy etc) that operate with communications (each one its own: legal communications are of the legal system, political communications of the political system and so on). Outside each system there is the systemic environment, also consisting of other systems, but as such invisible and inaccessible to the system in question.* (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2009, p.3).

67 O sistema social é visto como uma conexão de sentido de ações que se referem umas às outras e estão delimitadas frente a um meio ambiente (entorno). Não se trata de um conjunto de seres humanos, mas sim de um conjunto de ações comunicantes – comunicações. O ser humano constitui-se, enquanto indivíduo, em parte do meio ambiente do sistema social, fonte geradora de complexidade. (AZEVEDO, 2006, p.130).

68 **Na versão original:** *Así como el origen de la vida tiene que ver con el proceso de clausura de ciertas proteínas, así, en la propuesta de Luhmann, aquello que se ha designado como proceso de humanización (socialización) fue posible gracias a que surgió una forma emergente, una red cerrada (autopoietica) de comunicación. Sólo a esta red cerrada de comunicación es posible designar con el concepto de sociedad. Fuera de esta red no existe comunicación. Ella es la única que utiliza este tipo de operación y en esta medida es real y necesariamente cerrada.* (MANSILLA; NAFARRETE, 2003, p.122)

69 Vale lembrar que anteriormente já foi esclarecido que a ideia em de comunicação não se confunde com a simples transmissão de informação, exigindo, ainda, a recepção e a formação de sentido, que é particular de cada sistema psíquico.

70 Portanto, a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é a sociedade. A sociedade é uma realidade com clausura auto-referencial ordenada de forma auto-substitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, deve ser mudado ou substituído a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, se transforma e se complexifica. (SCHWARTZ, 2005, p.71).

poder produzir sentido⁷¹. E assim é, pois o sentido não acompanha a informação desde o momento em que foi transmitida, uma vez que só será concretizado no momento em que a informação for recebida por outro sistema psíquico⁷², encerrando o ciclo operacionalmente fechado da sociedade.

Feita esta breve introdução à Teoria dos sistemas, cabe a pergunta: como é feita a análise do Direito a partir de tal perspectiva? Esta pergunta foi objeto de especial análise por Luhmann – que tinha formação jurídica. O Direito é visto como sistema social que opera sob o código lícito/ ilícito cuja função – que o especifica/ diferencia dos demais sistemas – é a manutenção de expectativas.

2.1.1 O Direito como sistema social funcionalmente diferenciado

A teoria dos sistemas foi pensada com o intuito de lidar com a complexidade do mundo contemporâneo. A sociedade moderna caracteriza-se por ser uma sociedade de comunicação que, ao realizar sua operação típica, produz mais comunicação, tanto no sentido quantitativo como no qualitativo.

Com o objetivo de adequar todos os componentes do “mundo” ao método da Teoria dos sistemas, Luhmann tirou de cena o conceito de pessoa - cuja carga de significado não permite sua conceituação dentro de uma lógica binária – e passou a caracterizar o ser humano como “sistema psíquico”, que tem como elemento primordial para sua caracterização como “autopoietico” a “consciência” (*consciousness*), e funcionamento bastante distinto dos sistemas sociais.

Tanto a percepção quanto a percepção imaginada são as faculdades essenciais da consciência, as ferramentas autopoieticas dos sistemas psíquicos. Ter o conhecimento da percepção e da percepção imaginada produz, de uma maneira

71 Também pode-se dizer que o sentido é, em verdade, o meio pelo qual o sistema traz para si a complexidade do seu entorno. O horizonte de possibilidades dado pelos sistemas reside na unidade de sua diferença com o entorno. Ao contrário de Weber, o sentido na teoria dos sistemas não é derivado de uma representação intencional na mente dos indivíduos. O sentido não é consequência da ação, mas sim da distinção entre sistema/ entorno. (SCHWARTZ, 2005, p.73).

72 Tais sentidos podem coincidir, se aproximar, serem inclusive percebidos como idênticos, mas foram construídos sempre a partir das estruturas internas de cada sistema auto-referente, ou seja, de cada sistema psíquico que elabora, filtra, utiliza ou refuta as comunicações (irritações) que provêm a partir do entorno. (MENDONÇA; RODRIGUES, 2006, p.94).

reflexiva, a perpetuação da consciência humana. A percepção, contudo, é limitada à esfera individual de autoconhecimento (*awareness*), isto é, aos sistemas psíquicos. Sistemas sociais, por outro lado, não fazem uso de percepções, mas de comunicações. (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2003, p.04, tradução nossa⁷³).

Quando se transmite uma informação – de um “sistema psíquico” a outro, por exemplo – surge a incerteza quanto ao sentido⁷⁴ que resultará deste evento. Surge, então, um problema de expectativas. Há expectativa quanto ao comportamento daquele com quem se interage, e há também expectativa quanto à expectativa do outro quanto ao que esperar de seu interlocutor. Esse fenômeno de expectativas em “cascata” foi chamado de *dupla contingência*⁷⁵.

Para além desta primeira questão, há de se considerar também que a evolução dos sistemas – o desenvolvimento qualitativo e quantitativo interno de comunicações – leva, como já visto, ao desenvolvimento de sua estrutura e a formação de novos canais de estímulos entre sistemas (acoplamento estrutural)⁷⁶. Com isso, tem-se um aumento generalizado da complexidade da comunicação, e também das possibilidades de comunicação. Esse aumento de possibilidades de eventos em geral foi chamado de *contingência*, e é característico do mundo contemporâneo⁷⁷. Têm-se mais possibilidades do que é possível saber, e novas

73 **No original:** *Both perception and imagined perception are the essential faculties of consciousness, the autopoietic tools of psychic systems. Awareness of perception and imagined perception generates, in a reflexive way, the perpetuation of human consciousness. Perception, however, is limited to individual spheres of awareness, that is, to psychic systems. Social systems, on the other hand, do not make use of perceptions but of communications.* (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2003, p.04).

74 (...) Num sistema psíquico, isto é, em cada indivíduo, essa comunicação indireta caracteriza-se pelo que chamamos de entendimento, uma vez que todo entendimento sempre é um auto-entendimento, uma autocognição. Sendo assim, se a consciência ou sistema psíquico, como denomina Luhmann, constitui-se numa unidade discreta (uma unidade singular), ou seja, numa unidade sistêmica auto-referente, então entre diferentes sistemas de consciência constroem diferentes sentidos acerca do entorno, acerca do mundo. (MENDONÇA; RODRIGUES, 2006, p.94).

75 A instabilidade produzida pela dupla contingência se torna fermento para um tipo especial de formação de sistemas: sistemas que se reproduzem por si mesmos, ao se referirem em cada operação exclusivamente a si mesmos, tornando-se, desse modo, autônomos diante do seu contexto. Portanto, é a própria situação que produz estruturas emergentes, pelas quais as comunicações conseguem (não de modo intencional) orientar-se. (GÜNTHER, 2004, p.375).

76 Daí afirmar Deák: “A evolução de um sistema legal autopoietico pode ser explicada por um hiperciclo de desenvolvimento do direito difuso rumo a autonomia e coerência, e por meio da internalização, isto é, da conexão com relevantes desenvolvimentos sociais”. (DEÁK, 2009, p.159, tradução nossa). No original: *The evolution of an autopoietic legal system can be explained by a hypercycle of the development of diffuse law into autonomy and coherence, and by means of internalisation, that is, by coupling with major social developments.* (DEÁK, 2009, p.159)

77 Além da complexidade, o mundo social está também caracterizado pela contingência, derivada tanto do fato de que as possibilidades selecionadas pelo sistema podem realizar-se de um modo distinto do previsto, como da possibilidade sempre existente de alternativas funcionalmente equivalentes para lidar com uma realidade

possibilidades surgem a cada vez que cada sistema se reafirma, produzindo comunicação nova a partir de seu código binário.

O aumento da complexidade comunicacional e o conseqüente aumento das possibilidades que se apresentam no mundo, fazendo surgir expectativas em cascata, gera a necessidade de se desenvolver mecanismos para lidar com a quebra de expectativas⁷⁸. O que ocorre, então, é o desenvolvimento de sistemas para responder a esta necessidade de estabilizar expectativas.

Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência. Certas premissas de experimentação e do comportamento, que possibilitam um bom resultado seletivo, são enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relações frente a desapontamentos. (...) Seu efeito seletivo é ao mesmo tempo inevitável e vantajoso, motivando assim a retenção de tais estruturas, mesmo frente a desapontamentos: não se desiste da expectativa por um caminho sólido e viável por se ter escorregado uma vez. (LUHMANN, 1983, p.46).

Continuando o desenvolvimento do tema “expectativas”, Luhmann (1983) sugere que elas podem ser de dois tipos, as *cognitivas* e as *normativas*. As primeiras tem por característica o fato de poderem ser abandonadas e/ou adaptadas à realidade nos casos de sua violação⁷⁹. Vamos supor que numa dada região as pessoas tivessem o costume de cumprir seus horários de forma rigorosamente pontual. Se, com o passar do tempo, as pessoas começam a chegar a seus compromissos sempre trinta minutos depois do horário marcado, a expectativa quanto à pontualidade será abandonada, e seu lugar será tomado pela expectativa de que as pessoas cheguem a seus compromissos meia hora após o horário combinado. Já as expectativas normativas são aquelas cujo desapontamento não gera sua substituição por outra

complexa. (AZEVEDO, 2006, p.132).

78 (...) Estruturas produzem necessariamente decepções, porque se baseiam em seleções (isto é, seleções de seleções de vivência e ação próprias). Elas reduzem a quantidade indefinida de possibilidades em determinada situação, mas se expõem, com isso, ao risco de serem surpreendidas pelos elementos desconsiderados, que podem lhes causar graves conseqüências, ou seja, serem frustradas. (...). (GÜNTHER, 2004, p.377).

79 (...) nós elaboramos as decepções de modo cognitivo, ao modificar, diante de eventos inesperados, o nosso conhecimento a respeito da quantidade do elemento selecionado como capaz de ser regularmente esperado. Nós “aprendemos” e introduzimos, por isso, um determinado código que opera com a distinção “verdadeiro/falso” (*wahr/unwahr*). (GÜNTHER, 2004, p.377).

mais adequada, elas são, apesar de sua violação, mantidas como válidas⁸⁰. A forma de estabilização desse desapontamento é a atribuição de responsabilidade ao autor da violação em tela.

O sistema que tem por função especificar e garantir as expectativas normativas é o jurídico, com seus diversos subsistemas⁸¹. Assim, afirma Luhmann:

Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência, na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”. (LUHMANN, 1983, p.57).

O sistema jurídico seleciona as informações relevantes, insere-as em sua lógica binária⁸² e, a partir daí assegura as expectativas normativas ao impor a toda comunicação que reste no lado “ilícito” do binômio sanções particulares daquele sistema⁸³. O lado “ilícito” é a resposta ao desapontamento de expectativas normativas.

80 (...) A possibilidade de as regras serem mudadas precisa ser compatível com a manutenção de sua validade. Nós não “aprendemos”. É nisso que se baseia a “segurança e a integração social da expectativa”, que vinculamos a um código que opera com a distinção “lícito/ ilícito” (*recht/ unrecht*). Desse modo, conseguimos proteger estruturas altamente artificiais contra a ameaça de contingência e complexidade e, ao mesmo tempo, modificá-las. (GÜNTHER, 2004, p.377).

81 Neste ponto, vale ressaltar, com Nívia Mônica da Silva (2010, p.14), que: “Já de antemão, é necessário esclarecer que o termo “subsistema social” será utilizado sempre que, no contexto, houver referência expressa à sociedade como sistema social global. Para Luhmann, a sociedade é, por assim dizer, um emaranhado de subsistemas que se multiplicam a partir da diferença entre eles e o meio circundante em virtude da crescente complexificação do mundo. Esses subsistemas, quando se tornam o foco da observação, são havidos, eles mesmos, como sistemas: sistema jurídico, sistema político, sistema econômico, sistema de saúde etc. Assim, quando observados a partir da sociedade que integram, mantêm-se como subsistemas dessa sociedade daí a motivação para a alternância semântica ao longo do texto em subsistemas sociais e sistemas sociais para se referir ao direito, à política, à economia, à saúde”. (SILVA, 2010, p.14)

82 Ensina Deák (2009) que: “Nenhum subsistema pode ser acertadamente suposto a menos que eles sejam fechados em sua operação e ao mesmo tempo abertos em sua capacidade de observação. Acoplamento estrutural e abertura para o entorno não podem ser interpretados sem a pressuposição da clausura normativa”. (DEÁK, 2009, p.151, tradução nossa). No original: *No sub-system can be reasonably supposed unless they are close in their operation and open in their capacity of observation at the same time. Structural coupling and openness to its actual environment cannot thus be interpreted without the presupposition of normative closure.* (DEÁK, 2009, p.151)

83 Desapontamentos levam ao incerto. Esse aspecto do problema não se deixa resolver por uma compensação de custos ou benefícios caso a caso. Se a expectativa não pode ser modificada ou substituída por novas seguranças, é ela mesma que precisa ser reconstituída no seu nível funcional *generalizado*, através de processos simbólicos de exposição das expectativas e de tratamento do evento desapontador. (LUHMANN, 1983, p.66-67).

Há de se notar que na função de seleção de informações será considerado o fato de que existem estímulos que, por diversos motivos, não causam nenhuma irritação ao sistema. É possível, então, identificar e dividir a comunicação relevante e a comunicação irrelevante ao sistema. Um sistema psíquico que não funcione como esperado, por exemplo, produz comunicação que pode ser tida como irrelevante ao sistema jurídico⁸⁴. Dessa forma, mesmo violações a expectativas normativas podem ser simplesmente ignoradas, o que ocorrerá quando se considerar que a violação não foi comunicativamente relevante. Em tais casos, pode-se dizer, não se constata o rompimento da função simbólica da norma, a manutenção das expectativas⁸⁵. Num exemplo típico de Direito Penal, ninguém abandonaria a expectativa em relação a uma norma diante de seu descumprimento por parte de alguém considerado inimputável (absolutamente). A “comunicação” produzida pelo inimputável é irrelevante para os demais destinatários da norma. Outro exemplo também vindo da seara penal é o furto de coisa insignificante: o consumidor que subtrai uma uva do cacho dentro supermercado e a come, não afeta de forma relevante a proibição de violar deliberadamente o patrimônio alheio. O sentido formado a partir desse ato jamais será o de que, para aquele indivíduo, não há nenhum problema em tomar para si o que não lhe pertence.

A questão a ser exposta agora é, como são selecionadas as expectativas normativas, e de onde vem a legitimação da resposta dada pelo sistema jurídico.

A questão da legitimação do Direito é, possivelmente, a fonte das principais discussões da Filosofia do Direito no século XX, o que pode ser comprovado pelo extenso rol de pensadores – juristas ou não - dedicados à questão, dentre os quais se destacam, atualmente, Jürgen Habermas, Klaus Günther, Ronald Dworkin e Robert Alexy⁸⁶. Tais questões, notadamente a questão da legitimação do sistema jurídico foi tratada de perto por Luhmann,

84 Assim, no subsistema penal, a informação produzida pelo inimputável não produz irritações no sistema, não gerando, com isso, possibilidade de responsabilidade.

85 Muitas transgressões às normas são superadas, ou despidas de suas implicações simbólicas, apenas por serem ignoradas. Isso ocorre tanto nos pequenos contextos, quanto nos mais abrangentes. Esse ignorar tem em vista não os fatos, mas a norma; ele a protege contra informações discrepantes que a questionam, e protege aquele que se desaponta da obrigação de reagir. Essa proteção está baseada na circunstância de que as normas se enraizam em comunicações, e não em fatos. (LUHMANN, 1983, p.68).

86 Pode-se citar como representativos da força do tema “legitimidade do direito”, entre outros, o debate relativo a quem deve ser o “Guardião da Constituição”, travado entre Kelsen e Schmitt, o relativo à superação ou não do positivismo jurídico, sintetizado pelo ataque de Dworkin a Hart, o movimento do positivismo contemporâneo, capitaneado por Joseph Raz e Neil McCormick, o chamado pós-positivismo, com todas as suas diversas linhas, por vezes colidentes entre si, a exemplo das teorias sobre princípios e força normativa, dentre as quais destacam-se a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e a de Ronald Dworkin.

por exemplo, em *Legitimation durch Verfahren*. (1983a).⁸⁷

Antes, porém, parece mais simples tratar de quais expectativas são selecionadas. Como previamente exposto, o surgimento de sistemas especializados dá-se, exatamente, em razão de haver necessidade de tal especialização. Desta feita, só há que se falar em existência de sistema jurídico nos momentos históricos em que há esta demanda. Por consequência, a amplitude de atuação do sistema – ou seja, o que será ou não parte dele – também refletirá as demandas a que ele, sistema, tem de responder. Isso explica, por exemplo, porque o direito teve tantas faces em momentos distintos.

Um exemplo de como as demandas podem alterar as funções pode ser obtido ao se observar (comparando) o modelo de governo da Grécia arcaica e as democracias ocidentais contemporâneas. O surgimento da democracia grega tem origem na sofisticação de estruturas de poder familiares, cuja autoridade repousava num misto de tradição e representação de divindades. (ANDRADE, 1978). Há um momento em que é preciso uma autoridade para além da familiar, mas ainda anterior à formação da democracia clássica. Neste ponto, em que os grupos – clãs e fratrias - são formados por vínculos não apenas familiares, mas também afetivos e comerciais, o sistema jurídico não se diferencia, ao menos em relação à tarefa “governo” em relação a outros sistemas normativos, como a religião, a moral e a tradição familiar. Por outro lado, as democracias contemporâneas demandam um sistema jurídico que as viabilizem. Em qualquer teorização moderna há uma relação essencial e indispensável entre sistema de governo democrático e sistema jurídico, que recebe, usualmente, demandas relativas à institucionalização de instituições que viabilizem a democracia representativa, o sistema eleitoral e as situações em que a estabilidade democrática se encontre em risco.

Desta forma, a definição das expectativas a que o direito é chamado a estabilizar não pode ser feita *a priori*, mas será maior ou menor a depender das demandas feitas ao sistema em determinado momento histórico.

Falta portanto, lidar com o problema da legitimidade. Luhmann, em seu *Sociologia do Direito*, expõe a complexidade da questão:

Com a crescente transformação do direito no sentido da constituição de uma estrutura de expectativas contingencial e dependente de decisões, o problema do efeito vinculativo do direito também teria que ser recolocado. O desenvolvimento das reflexões sobre esse tema processou-se através da concepção da “legitimidade” -

87 Há edição em português sob o nome “Legitimidade pelo Procedimento”, publicada pela UnB.

sem, no entanto, conseguir fornecer um esclarecimento suficiente dos mecanismos específicos que dotam uma decisão de força vinculativa. (LUHMANN, 1985, p.61).

Após essa primeira passagem, explica o professor de Bielefeld que se tratou, desde sempre, de conceito eminentemente jurídico, que com o tempo adquiriu diversas feições, e termina apontando a incapacidade da ciência jurídica de solucionar o problema.

Tornou-se evidente a impossibilidade do solucionamento jurídico desse problema. Isso levou à reconstrução do conceito em bases puramente fatuais – inicialmente como analogia à expressão puramente fatural da dominação política, e atualmente no sentido da definição predominante de legitimação como o amplo convencimento fatural da validade do direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam. (LUHMANN, 1985, p.61).

A questão da legitimidade⁸⁸ tem sido o grande problema da filosofia do direito, em razão da impossibilidade de justificar-se todas as fundamentações. Há um paradoxo aparentemente insanável, vez que quase a totalidade das propostas para lidar com este problema o resolvem por meio da justificação das decisões, seja remetendo à simples “tipicidade” entre fato e lei (como no positivismo jurídico clássico, do século XIX), seja remetendo à aceitabilidade das justificativas dadas (como em Habermas, com seu Verdade e Justificação).

A última versão da teoria dos sistemas de Luhmann não vê tal paradoxo como um problema, mas, como algo natural. E dessa visão, é possível extrair uma saída possível à questão da legitimidade. Ora, o sistema jurídico é processado/ formado por meio de comunicação⁸⁹. A impossibilidade, portanto, de se chegar a uma “comunicação final”, nada

88 Legitimidade: entende-se como uma “qualidade do título de poder”. Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos integrantes majoritários de uma dada organização social. Enquanto conceituação material, legitimidade conduz uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força. (WOLKMER, 1994, p.181).

89 Nesse sentido, explica Günther Teubner: “O Direito é definido como um sistema social autopoietico, isto é, uma rede de operações que reproduz recursivamente operações elementares. Os elementos básicos do sistema são comunicações, não regras; o direito não é, como teóricos analíticos-normativistas propõem, um sistema de regras.” (TEUBNER, 1989, p.739, tradução nossa) No original: *Law is defined as an autopoietic social system, that is, a network of elementary operations that recursively reproduces elementary operations. The basic elements of this system are communications, not rules; law is not, as analytical-normativist legal*

mais é que a realidade do sistema, que no seu modo de operar, cognitivamente aberto e operativamente fechado, irá, sempre, produzir mais comunicação a partir da comunicação. Ou seja, o fato de não se poder atingir uma fundamentação última não é um problema, mas, simplesmente, a realidade de qualquer sistema comunicativo, inclusive o jurídico.

Assim sendo, a legitimidade interna⁹⁰ do direito resultará de sua regular operação como sistema funcional autônomo.

O resultado obtido a partir da teoria dos sistemas é interessante, entre outros motivos, por afastar a fundamentação de decisões jurídicas a partir de valores próprios a outros sistemas, algo que tem sido comum na realidade jurídica brasileira, em que o judiciário decide baseado em critérios como a “reserva do possível”, o “mínimo existencial”, dentre outros, cuja adequação à lógica do sistema jurídico é, no mínimo, questionável.

Não obstante esta primeira resposta parecer suficiente no contexto da teoria dos sistemas, Luhmann procedeu a uma elaboração mais sofisticada, em que a legitimidade decorreria da especialização dos sistemas funcionais de tomada de decisão - como, por exemplo, os processos judicial, legislativo e administrativo – que se valem da especificação de funções de seus atores a fim de impessoalizar a decisão e legitimar o uso da força. “Para exercerem essa função, eles são mais ou menos diferenciados do contexto geral dos papéis sociais. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais.” (LUHMANN, 1985, p.65).

Os processos, na concepção luhmaniana, teriam por objetivo lidar com os temas conflitantes antes que isso resulte em uso de força física. “Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica” (LUHMANN, 1985, p.65).

Outro resultado do processo enquanto legitimador do Direito é que, ao lidar prematuramente com os conflitos, desencoraja-se, além do uso de força física, a adoção de postura abertamente contrária ao direito. E ainda, estabelecem-se expectativas quanto a possibilidade de se recorrer ao processo como instância de solução de conflitos, gerando a percepção de que as decisões devem ser respeitadas, e que essa é a forma de discutir eventuais discordâncias.

theories have it, a system of rules. (TEUBNER, 1989, p.739)

90 A legitimidade externa é dada pelo conteúdo jurídico da Democracia, bem como pelos limites impostos pela “Fórmula de Radbruch” e pela “expectativa de correteude”. Este tema será abordado na sequência.

A retórica do processo, a qual o participante se submete através da própria participação, reforça essa impressão, tornando-a uma norma. Dessa forma, sugere-se a todos que esperem irrefutavelmente que terceiros esperem normativamente que todos os atingidos se orientem cognitivamente, isto é, dispostos a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas. Essa é a estrutura da legitimidade do direito: um misto cognitivo/ normativo de expectativas sobre expectativas normativas de expectativas cognitivas sobre expectativas normativas. (LUHMANN, 1985, p.67-68).

Assim, unindo os dois raciocínios acerca de legitimação, tem-se a resposta que se mostra mais satisfatória: o processo, sistema funcionalmente especializado, operando de forma operativamente fechada e cognitivamente aberta, gera comunicação apta a estabilizar os conflitos de forma legítima.

É possível, claro, defender que a concepção de legitimidade sustentada de tal forma permitiria legitimar decisões cujos valores não deveriam ser incentivados ou mesmo corroborados pelo sistema jurídico. A crítica à neutralidade da teoria dos sistemas é recorrente, sendo esta tão-somente mais uma de suas facetas. Na síntese de Andreas Fischer-Lescano, “diz-se que falta a toda teoria dos sistemas um ímpeto crítico-emancipatório”; por ser meramente uma forma descritiva de investigação, ela representa “a forma suprema da consciência tecnocrática”, a “apologia” do *status quo*, pois o preserva.” (2010, p.163).

Não obstante, tal visão não é compartilhada por Fischer-Lescano, que sugere a possibilidade de um uso crítico da teoria dos sistemas, a partir de uma aproximação dela com a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt⁹¹. Esta aproximação mostra-se salutar, pois, ao reunir o instrumental de análise fornecido pela teoria dos sistemas, com o potencial crítico da Escola de Frankfurt, permitir-se-ia alcançar uma sofisticação teórica na análise que, isoladamente, nenhuma das duas vertentes alcançaria.

A crítica da teoria crítica dos sistemas toma o direito de sociedades reais como ponto de partida. Em contraste com a perspectiva hierarquizante e totalizante do direito racional moderno (*Vernunftrecht*, Kant) e também com a crítica imanente do pensamento em totalidades (Kierkegaard), a teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt não se preocupa em repensar o “direito na diferença” (em oposição à razão) ou a “diferença no processo de decisão jurídica”, mas em radicalizar na intenção de decifrar a produção da forma como política e, desse modo, tematizar as

91 Posição semelhante, no sentido de um uso crítico da Teoria dos Sistemas, pode ser encontrada em Philippopoulos-Mihalopoulos (2011).

contradições fundamentais da sociedade. (FISCHER-LESCANO, 2010, p.174).

Conclui-se que os critérios de legitimação sistêmicos mostram-se mais satisfatórios do que aqueles que tem sido apresentados pela Filosofia do Direito, e que, submetidos a um observar permanentemente crítico, tendem a conservar seu potencial de estabilização do sistema, respondendo de forma mais eficiente aos estímulos internos e externos que eventualmente se apresentem ao Direito. De todo modo, é ainda possível questionar se tais critérios de legitimação não são falhos do ponto de vista da legitimação externa, ou seja, as justificativas endosistêmicas são convincentes, mas, como não é possível transportá-las para o “mundo”, a Teoria dos Sistemas acabaria por cair no velho problema do positivismo tradicional, qual seja, poder justificar qualquer ordem normativa, independente de seu conteúdo. Este risco mostra-se real, pois ao remeter a legitimidade externa do sistema às demandas que são dirigidas a ele, deixa em aberto todas as possibilidades quanto ao conteúdo e forma de tais demandas.

Embora esta questão não seja um objeto imediato deste trabalho, parece salutar tecer algumas considerações a seu respeito, propondo um esquema de legitimidade externa.

2.2 Breve excursão sobre a legitimidade “Mundo”

A leitura que aqui se faz da Teoria dos Sistemas é que ela oferece instrumentos satisfatórios no desenvolvimento de critérios de legitimação interna de cada sistema e subsistema, mas deixa a desejar no estabelecimento de critérios de legitimidade externa, possibilitando seu uso como mecanismo legitimador de qualquer sistema, a despeito de seu conteúdo e de seu ambiente. Este é um obstáculo recorrente, impedindo o desenvolvimento de diversas tentativas de criar estruturas jurídicas que sejam compreendidas como legítimas.

Como foi exposto, “mundo”, na terminologia luhmaniana, diz respeito à totalidade, àquele nível que não tem ambiente, que não se enquadra no esquema “dentro/fora”. Assim, quando se usa o termo “legitimidade mundo”, a ideia a ser transmitida é que já não se está pensando em sistemas, mas em critérios superiores/ externos de fundamentação.

Antes de prosseguir, vale ainda ressaltar que cada sistema terá um esquema peculiar de

legitimidade externa, afinal, por óbvio não é possível pensar em um critério geral de legitimidade, apto a lidar com todos os sistemas existentes, bem como com os que possam vir a existir no futuro.

Além disso, e esta talvez seja a mais importante ressalva a ser feita, a incapacidade de desenvolver esquemas de legitimação/ justificação externos não parece ser uma falha da teoria, mas sim, uma condição própria das ciências. A fundamentação em tal nível é uma atribuição da Filosofia. Neste sentido é a lição de Stein (2004):

As ciências não podem tratar daquilo que as envolve numa certa perspectiva, porque elas se dão dentro de um mundo e não podem falar sobre o mundo, elas se movimentam ocupando-se de objetos dentro do mundo. A filosofia, entretanto, tem como tarefa fundamental desenvolver um discurso sobre a totalidade e essa totalidade é o mundo que envolve, como condição de possibilidade, todos os discursos científicos. A filosofia, portanto, fala sobre o mundo e as ciências falam dentro do mundo. (STEIN, 2004, p.11).

Uma ideia de legitimidade externa para o sistema jurídico que parece satisfatória é aquela da chamada “Fórmula de Radbruch”. Isto, pois ela surge para lidar justamente com a preocupação da possibilidade de se usar o positivismo para legitimar qualquer ordem jurídica⁹², situação que se assemelha a que aqui agora se enfrenta, e foi utilizada com frequência por tribunais da Alemanha⁹³. É preciso ressaltar desde já, que este critério funciona apenas como limite às demandas que podem ser feitas ao sistema jurídico e legitimadas por meio do mecanismo de legitimação interna.

A preocupação de Gustav Radbruch era muito mais urgente e intensa do que hoje se pode conceber. Isto, pois tal ideia surge em 1946, como resposta imediata à ideia positivista (daquele momento) de que “a lei é a lei”, o que viabilizou, em boa medida, o ordenamento

92 Dentro do debate Hart-Fuller e na discussão e adaptação do trabalho feita por Robert Alexy, a(s) Fórmula(s) de Radbruch é geralmente apresentada como uma parte central de uma teoria anti-positivista sobre a natureza do Direito. O próprio Radbruch expõe sua fórmula, e seus escritos pós II Guerra em geral, como uma mudança de direção em relação à sua anterior adoção do positivismo legal. (BIX, 2011, p.51, trad. nossa). **No original:** *Within the Hart-Fuller debate and in Robert Alexy's discussion and adaptation of the work, Radbruch's Formula (s) are generally presented as a central part of an anti-legal positivist theory about the nature of law. Radbruch himself portrays his Formula(s), and his post-World War II writing in general, as a turn away from his earlier espousal of legal positivism.* (BIX, 2011, p.51)

93 (...) A fórmula de Radbruch foi, com efeito, citada repetidamente em decisões de tribunais alemães que recusam dar efeitos a certas regras da era nazista e da Alemanha oriental. (BIX, 2006, p.141, trad. nossa). **No original:** (...) *Radbruch's formula in fact has been cited repeatedly in German court decisions that refuse to give effect to certain Nazi-era and East German rules.* (BIX, 2006, p.141).

nazista⁹⁴. Assim, Radbruch iniciou seu artigo afirmando que “por meio de duas máximas, 'uma ordem é uma ordem' e 'a lei é a lei', o Nacional-socialismo forçou (*contrived*) a conexão de seus seguidores a ele mesmo, a soldados e aos juristas, respectivamente”. E continuou pontuando que “‘uma lei é uma lei’, por outro lado, não conheceu nenhum tipo de restrição. Ela expressava o pensamento legal positivista que, de forma quase inquestionada, dominou os juristas alemães por décadas”. (RADBRUCH, 2006, p.1, tradução nossa⁹⁵).

A questão que incomodava Radbruch era a aplicação de leis notoriamente injustas⁹⁶, situação que, durante os doze anos do Terceiro *Reich*, considerando o domínio da doutrina positivista no pensamento jurídico germânico⁹⁷, não encontrou oposição relevante⁹⁸.

94 O trabalho pós-Guerra de Radbruch pode ser visto como uma resposta pessoal ao colapso de valores humanos durante os 12 anos do Terceiro Reich – um declínio moral que trouxe sofrimento direto para Radbruch, que foi a exílio interno após ser declarado “politicamente não confiável” pelos nazistas, e removido de sua posição como professor na Universidade de Heidelberg. (HALDEMANN, 2005, p.164, trad. nossa). **No original:** *Radbruch's post-war work, in particular, can be seen as a personal response to the collapse of human values during the 12 years of the “Third Reich” - a moral decline that brought direct suffering to Radbruch, who went into internal exile after having been declared “politically unreliable” by the Nazis and removed from his position as a law professor at the University of Heidelberg.* (HALDEMANN, 2005, p.164).

95 **Na versão inglesa consultada:** *By means of two maxims, 'An order is an order' and 'a law is a law', National Socialism contrived to bind its followers to itself, soldiers and jurists respectively. (...) 'A law is a law', on the other hand, knew no restriction whatever. It expressed the positivistic legal thinking that, almost unchallenged, held sway over Germany for many decades.* (RADBRUCH, 2006, p.1).

96 A tradução inglesa usou o termo *Lawlessness*, para traduzir *Unrecht*, sendo que o próprio tradutor ressalta em nota que tal tradução não reflete a profundidade com que Radbruch se expressava naquele momento. Para adequar, ele – o tradutor – sugere que outras possíveis traduções para *Unrecht* seriam injustiça (*injustice*), erro (*wrong*) e mau (*evil*).

97 Tal visão é vista com ressalvas. “Apesar de Radbruch falar em 'positivismo' como a perspectiva dominante, isso não significaria uma filosofia legal específica ou uma teoria do direito, mas sim uma atitude política. Positivismo enquanto filosofia ou teoria do direito – tal como foi exaltado, por exemplo, na Teoria Pura do Direito de Kelsen – não era em nenhuma hipótese a perspectiva dominante durante o período de Weimar, nem na teoria do Direito público”. (ROTTLEUTHNER, 2011, p.106, trad. nossa). **No original:** *Though Radbruch spoke of “positivism” as the dominant perspective, this would not have meant a definite legal philosophy or legal theory, but rather a political attitude. Positivism as a philosophy or theory of law – as it was sublimated for instance in Kelsen's Pure Theory of Law – was by no means the dominant perspective during the Weimar period, and also not in the public law theory.* (ROTTLEUTHNER, 2011, p.106).

98 Em sentido radicalmente oposto ao de Radbruch está Jouanjan (2010). Eis uma síntese de sua visão: “O 'positivismo jurídico' não é ou não é apenas uma doutrina que considera que somente vale a regra posta por uma autoridade competente: 'A regra é a regra' é uma teoria muito frustrante. Na verdade, o positivismo é uma posição epistemológica cujo princípio é a separação estrita entre o sujeito e o objeto do conhecimento. Se o sujeito e o objeto estão assim separados, conhecer exige que o sujeito tome o maior cuidado possível para não projetar suas próprias representações e valores sobre seu objeto. O princípio fundamental do positivismo jurídico não se encontra, portanto, no adágio 'a regra é a regra', mas em um princípio de pureza do objeto jurídico: considerar o objeto tal como ele é, sem valorações. Daí o princípio segundo o qual é preciso expurgar do conhecimento do direito toda consideração ou representação política, moral, filosófica etc, ou seja, todas essas projeções feitas sobre o objeto, que comportam valorações das quais, inclusive, o direito natural faz parte. O positivismo não afirma que o direito é puro, mas que a ciência do direito deve ser. Contudo, uma ciência do direito somente pode ser positiva se for uma ciência do direito positivo, posto objetivamente por uma autoridade: com efeito, uma 'ciência' do direito natural seria somente a ciência de um

Radbruch (2006) discute então como lidar com atos realizados sob a égide de leis extremamente injustas, e propõe limites para a própria definição de algo como sendo ou não Direito. A expressão original, que acabou por tornar-se conhecida como “Fórmula de Radbruch”, foi assim enunciada:

O conflito entre justiça e certeza legal pode bem ser resolvido da seguinte maneira: A lei positiva, assegurada pela legislação e pelo poder, prevalece ainda que seu conteúdo seja injusto e falhe em beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça alcance um nível tão intolerável que a lei, como “lei falha”, deve ceder à justiça. É impossível desenhar uma linha exata entre leis injustas e leis válidas apesar de suas falhas. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com considerável clareza: Onde não há nem ao menos uma tentativa de justiça, onde a equidade – centro da justiça -, é deliberadamente posta de lado na formulação da lei positiva, então tal lei não é apenas falha, ela não tem, em absoluto, a própria natureza de lei. Pois a lei, incluindo a lei positiva, não pode ser de outra forma definida senão como um sistema e uma instituição cujo propósito essencial é servir à justiça. Medido por este padrão, boa parte do direito Nacional Socialista jamais alcançou a dignidade de lei válida. (RADBRUCH, 2006, p.7, tradução nossa⁹⁹¹⁰⁰).

fantasma do sujeito que conhece a si mesmo. Para ser ciência, a disciplina jurídica deve ainda sistematizar seu objeto, o que apenas pode ser feito através de conceitos e princípios abstratos e formais, sendo a abstração e o formalismo os requisitos necessários para não transpor para o objeto conteúdos não jurídicos de caráter político ou moral, justamente o que faz as sistematizações jusnaturalistas. O representante por excelência de uma tal epistemologia positivista do direito, nos anos de 1930, foi Hans Kelsen”. (JOUANJAN, 2010, p.16). Para uma visão crítica desta proposta, considerando a impossibilidade de conhecer o objeto tal como ele é, vez que tal conhecimento é sempre mediado pela linguagem, ver Stein (2004).

99 **Na versão inglesa:** *The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as “flawed law”, must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely “flawed law”, it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice. Measured by this standard, whole portions of National Socialist law never attained the dignity of valid law. (RADBRUCH, 2006, p.7).*

100 **No original:** *Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als “unrechtes Recht” der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch ‘geltenden’ Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur “unrichtiges Recht”, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt. (RADBRUCH, 1946, p.107).*

Vale destacar, em primeiro lugar, a consciência de que o critério de *injustiça intolerável* é de difícil definição. Assim, resultados injustos na aplicação da lei, por regra, não devem desabonar ou invalidar o diploma legal que os tenha fundamentado. Todavia, sugere-se que é possível que a injustiça causada seja tamanha que tal texto não possa ter o *status* de lei, pois a busca pela justiça seria um elemento essencial na caracterização de uma lei enquanto lei.

Não há, portanto, demanda de perfeita superposição entre Direito e Moral. “O que o Radbruch tardio exige é que a validade legal seja submetida a testes de um padrão mínimo de justiça. Para tal propósito ele introduz o critério de extremismo como uma garantia contra excessivo recurso à moralidade e ao direito natural”. (HALDEMANN, 2005, p.166, tradução nossa¹⁰¹).

Comentando o texto de Radbruch, Robert Alexy (2001) irá didaticamente dividir a “Fórmula de Radbruch” em “Fórmula da intolerância” e “Fórmula da negação”¹⁰². A primeira delas é aquela em que “se diz que as leis positivas perdem sua validade jurídica se sua contradição com a justiça alcança uma 'medida insuportável’”. (ALEXY, 2001, p.76, tradução nossa¹⁰³). Já a fórmula da negação seria a segunda parte, em que “se nega a natureza jurídica às leis positivas se em sua elaboração é 'negada conscientemente' a igualdade, que segundo Radbruch, representa o núcleo da justiça”. (ALEXY, 2001, p.76, tradução nossa¹⁰⁴).

A proposição de Gustav Radbruch, ensina Brian Bix (2011), parte da noção comum de que as pessoas não esperam que o sistema jurídico seja perfeitamente justo, e que o resultado de sua operação seja sempre correto (*flawless*), “porém, há uma expectativa de um mínimo de justiça que vem com a noção de 'legalidade’”. (BIX, 2011, p.50, tradução nossa¹⁰⁵). Com tal proposição, ainda segundo Brian Bix (2011), coincidiria a afirmação de Robert Alexy¹⁰⁶ no

101 **No original:** *What the later Radbruch requires is that legal validity be tested by certain minimum standards of justice. For that purpose, he introduces the criterion of extremity as a safeguard against too much judicial recourse to morality and natural law.* (HALDEMANN, 2005, p.166).

102 Na literatura jurídica de língua inglesa a divisão aparece como *Intolerability Formula* e *Disavowal Formula*. Cf. Haldemann (2005).

103 **Na versão espanhola consultada:** *[En la primera parte] se dice que as leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “medida insoportable”.* (ALEXY, 2001, p.76).

104 **Na versão espanhola consultada:** *[En la segunda parte], se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es negada conscientemente” la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia.* (ALEXY, 2001, p.76)

105 **No original:** (...)but, there is an expectation of minimal justice that comes with the notion of “legality”. (BIX, 2011, p.50).

106 Trata-se, segundo Brian Bix, de passagem do texto de Alexy *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*. Na tradução inglesa, *every legal system lays claim to correctness*.

sentido de que “todo sistema legal traz expectativas de correitude”.

Nas palavras do próprio Robert Alexy:

A pretensão de correção determina o caráter do Direito. Exclui conceber o Direito como mera ordenação da força. Incorpora-se ao Direito uma dimensão ideal, uma “aspiração” no sentido de Fuller. Com isto não se disse nada definitivo a respeito da fórmula de Radbruch. Mas resta claro que o conteúdo do Direito não resulta indiferente para o Direito. (ALEXY, 2001, p.86, tradução nossa¹⁰⁷).

Trata-se de uma proposta de sofisticação/ desenvolvimento da Fórmula de Radbruch. O caminho escolhido foi a identificação de diversos “princípios formais” que compõem a pretensão de correção do Direito, de modo a superar sua aparente fraqueza, que transparece ao creditar toda a definição sobre a natureza do Direito à percepção da injustiça extrema. Alguns deles merecem destaque, e serão demonstrados na forma de resposta a objeções possíveis à Fórmula de Radbruch.

O primeiro dos “princípios formais” que deve ser evidenciado é aquele que Alexy (2001) chamou de “argumento de eficácia”. Segundo o Catedrático de Kiel, Hart considerava ingênua a crença de que a Fórmula poderia ser um efetivo instrumento de resistência por parte dos juízes frente a um ordenamento notadamente injusto. De fato, sendo tal tarefa atribuída incidentalmente a cada juiz, caso ele entenda conveniente, a proposta de Radbruch possivelmente pouco ou nenhum efeito teria. Até porque se trata de uma argumentação de fundo moral, o que reduziria sua força num ambiente em que prevalece uma concepção jurídica que diz que “a lei é a lei”.

Todavia, se existe uma “*praxis* jurídica” que exige tal comportamento, ou seja, a verificação quanto a ser ou não determinada norma um caso de injustiça extrema, estará disponível um argumento real de combate a ordens jurídicas injustas, vez que não se apoia apenas na boa vontade e nas convicções morais dos juízes. (ALEXY, 2001).

Outro argumento relevante foi denominado “argumento da democracia”, e foi desenvolvido também a partir de uma objeção formulada por Hart. A crítica é no sentido de

¹⁰⁷**Na versão espanhola consultada:** *La pretensión de corrección determina el carácter del Derecho. Excluye concebir el Derecho como mera ordenación e la fuerza. Se incorpora al Derecho una dimensión ideal, una “aspiración” en el sentido de Fuller. Con esto no se há dicho nada definitivo respecto de la fórmula de Radbruch. Pero queda claro que el contenido del Derecho no resulta indiferente para el Derecho.* (ALEXY, 2001, p.86).

que a fórmula de Radbruch permitiria a qualquer juiz sobrepor-se a decisões tomadas pelo legislador eleito democraticamente. Seria uma ingerência indevida do juiz no âmbito de atuação do Legislativo, verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes. (ALEXY, 2001). Ora, como bem ressalta Alexy, “o controle pela jurisdição constitucional das violações de direitos fundamentais nos Estados democráticos vai muito além disso quanto a seu conteúdo”. (ALEXY, 2001, p.93, tradução nossa¹⁰⁸). Se tal argumento for levado a sério, será preciso defender que não há nenhuma vinculação do legislador aos direitos fundamentais, de forma que ele, por força de sua legitimação direta, pode fazer o que bem entender, sem risco de seus atos serem controlados pelo Judiciário. O absurdo do argumento dispensa maiores elaborações.

O último princípio formal a ser destacado é o que, conforme Alexy (2001), oferece maiores riscos ao Direito. Sob o nome de “argumento da moralidade” (*honradez*) foi colocada em discussão a possibilidade da Fórmula de Radbruch criar situações violadoras da máxima do Direito Penal pós-Iluminismo de que não há pena sem lei. A situação é a seguinte: alguém se vale de uma determinada lei para dar causa a uma injustiça extrema. Superado o contexto em que tal lei era válida, a pessoa que a utilizou para cometer um crime poderia ser responsabilizada. Tal possibilidade significa que, apesar de ter agido conforme o Direito no momento da ação, poderia responder por tal fato num novo cenário jurídico. É preciso deixar claro que em momento algum a pessoa realizou pessoalmente qualquer ato contrário ao Direito. Ela apenas utilizou o arcabouço jurídico existente para causar um mal.

Há um modo simples para lidar com isso. Conceber que a Fórmula só pode ser utilizada para eliminar situações de injustiça extrema, e não para promover a retroatividade de tipos penais em casos nos quais não houve atuação pessoal do sujeito ativo do evento. Isto evita que ela se torne uma autorização ilimitada ao Judiciário, permitindo a retroatividade da *lex gravior* em qualquer caso.

Considerando a construção de Gustav Radbruch com as complementações feitas por Robert Alexy, tem-se um resultado satisfatório: há um limite à capacidade de legitimação dos sistemas jurídicos por meio das demandas. Ou melhor, há uma linha limítrofe, clara do ponto de vista teórico, que diz que determinadas demandas, por cruzarem aquele limite, não são

¹⁰⁸Na versão espanhola consultada: *El control por parte de la jurisdicción constitucional de las violaciones de derechos fundamentales en los Estados democráticos constitucionales va mucho más allá em cuanto a su contenido.* (ALEXY, 2001, p.93).

legítimas, não sendo, portanto, aptas a fornecer a justificação externa aos sistemas.

Um último ponto, contudo, merece atenção. Segundo Brian Bix (2006), a Fórmula de Radbruch, bem como a “expectativa de correção” de Alexy, são apenas uma instrução à atuação dos juízes, e não podem ser utilizadas como uma Teoria geral do Direito.

De acordo com a visão de Bix (2006), o exercício de transposição da fórmula de Radbruch de um nível de justificação de decisões judiciais para o nível de uma teoria do Direito, tal qual feito por Robert Alexy, embora possível, é inconsistente. Isto, pois o método utilizado, de exemplos a partir de casos reais, pode ser utilizado de forma igualmente satisfatória por diversas outras propostas de Teoria do Direito. A conclusão é que, se um mesmo método e um mesmo conjunto de exemplos pode ser utilizado para defender teorias diversas, chegando a resultados igualmente bons, então tal método, na verdade, não serve de fundamento para a pretensão de estabelecer determinada proposta como uma teoria do Direito.

Embora o argumento de Brian Bix (2006) seja interessante, parece sofrer de um mal típico do pensamento positivista – categoria em que Bix se coloca. O mal em questão é a crença na possibilidade de se fazer leituras herméticas das teorias, ou, dito de outra forma, de isolar cada teoria por meio de formulações linguísticas mais ou menos sofisticadas. Bix (2006), como visto, não considera as particularidades de cada leitor/ teórico ao tentar justificar as teorias. Assim, pessoas com formações diferentes podem justificar suas posições (diferentes) a partir de um mesmo quadro de exemplos pois, por não compartilharem pressupostos teóricos, linguísticos e culturais, percebem os “casos concretos” de formas diferenciadas. A falha, ao que tudo indica, é não perceber que há, no mínimo, um elemento mediador entre o teórico e o caso. E isso faz toda diferença. Eis a lição de Ernildo Stein (2004):

As proposições dependem do contexto em que são situadas, do seu contexto histórico, cultural e até do contexto subjetivo. O que significa isso? Que é preciso interpretar a linguagem, interpretar as proposições e talvez descobrir que há uma verdade que é o lugar da proposição. Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. (...). (STEIN, 2004, p.20).

Ou seja, cada justificação teórica é, em verdade única, ainda que partindo dos mesmos

casos. E assim é, pois cada leitura é peculiar, especialmente quando o pano de fundo teórico utilizado na análise é deliberadamente diverso. Por essa razão, tal crítica de Brian Bix não merece ser acolhida.

Afora este limite externo, há ainda outros a serem trabalhados, com destaque para aqueles impostos ao sistema jurídico por meio de seu contato permanente (*acoplamento estrutural*) com o sistema político. Estes limites serão desenvolvidos por meio da definição das propriedades que um Estado de Direito deve ter para se adjetivar “democrático”.

2.3 Estado Democrático de Direito

O conceito de Estado Democrático de Direito é uma das grandes questões que se apresentam às ciências sociais contemporâneas. Devido à variedade de situações em que tal termo - bem como cada uma de suas partes¹⁰⁹ -, foi empregado, torna-se virtualmente impossível a formulação de uma teoria abrangente o suficiente para lidar com o tópico, sem se perder diante da pluralidade de possibilidades que se apresenta. Na síntese precisa de Robert Dahl, “uma das dificuldades que se enfrenta de pronto é que não existe uma teoria da democracia, mas apenas teorias das democracias¹¹⁰”. (DAHL, 2006, p.1)

Não se buscará então, tentar resolver tal querela, mas, tão-somente, estabelecer um conceito aceitável para as pretensões gerais deste trabalho. Não é, também, o objetivo aqui fazer um esboço de evolução histórica da Teoria da Democracia, vez que implicaria em perda do foco do tema. Ainda na introdução, afirmou-se ser a manutenção e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito função de todo aquele que teoriza acerca de cada instituto do Estado. Afirmou-se, também, que, possivelmente, o mais essencial dos ramos do direito para a qualificação de um Estado como sendo Democrático é o Direito Penal, pois que não

109A complexidade a que se está referindo é assim apresentada por Luigi Ferrajoli: “Estado de Direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta a Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. (...) (FERRAJOLI, 2006, p.789).

110 **No original:** *One of the difficulties one must face at the outset is that there is no democratic theory – there are only democratic theories*”. (DAHL, 2006, p.1)

raramente é fonte dos mais severos desmandos, em razão de controlar o uso da força física pelo Estado.

O que está sendo aqui desenvolvido é, pois, uma teoria de Direito Penal de Emergência, por definição, aquele Direito Penal que lida com situações limítrofes¹¹¹ entre o “democrático” e o “não democrático”. Desta feita, é preciso deixar claro quais os valores e institutos que devem ser objeto de especial atenção¹¹², afim de que o desenvolvimento de um Direito de Emergência não acabe por se tornar verdadeiro empecilho à consolidação e desenvolvimento da Democracia.

Um esboço inicial pode ser desenvolvido a partir da sugestão de que, essencialmente, “a teoria da democracia diz respeito a processos por meio do qual cidadãos comuns exercem um controle relativamente alto sobre os governantes¹¹³”. (DAHL, 2006, p3).

De fato, os elementos mais constantes quando a discussão sobre o que é essencial a uma democracia surge são “tomada de decisões” e “controle dos governantes”. Pode-se inferir daí que democrático é um Estado onde as decisões tomadas pelos governantes eleitos pelos cidadãos podem/ devem ser submetidas a controle. No entanto, esta primeira definição pode ser objeto de diversos questionamentos, que irão exigir maior sofisticação teórica na descoberta daquilo que é central aos Estados que se pretendam democráticos e de direito. A seguir serão expostos alguns desses questionamentos, no intuito de desenvolver a ideia apresentada.

Uma primeira objeção possível seria quanto ao nível de participação dos cidadãos. A partir da ideia inicialmente apresentada poder-se-ia concluir que a “função” dos cidadãos numa democracia resume-se à eleição de seus representantes, que, a partir daí, passariam a agir amparados pela legitimação decorrente de terem sido escolhidos pela comunidade. Nesta situação, o controle das decisões deveria ser limitado aos casos em que o governante decidisse de forma contrária às propostas que fez enquanto candidato. Dessa objeção surge o

111 *Emergência* é um termo utilizado em diversas disciplinas científicas e tem um caráter eminentemente metodológico, no sentido de indicar ordens que devem estar precisamente delimitadas. (LUHMANN, 2010, p.262) (*grifo* nosso).

112 A ideia de que o Direito Penal deve proteger a democracia deveria ser elementar, todavia, não é tão explicitada quanto necessário. De toda forma, há importantes contribuições neste sentido; por exemplo, por parte de Lenio Streck ao afirmar que “A defesa do Estado (...) é a defesa da cidadania. E, no interior desta 'reviravolta', é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional.”. (STRECK, 2009, p.313).

113 **No original:** (...) *democratic theory is concerned with process by which ordinary citizens exert a relatively high degree of control over leaders*”. (DAHL, 2006, p3).

questionamento dos direitos das minorias, que, por definição, perderam as eleições, e, portanto, não veriam suas aspirações como referencial de controle das decisões tomadas pelo governo. Estes dois pontos, sozinhos, motivaram (e continuam motivando) um sem número de obras de cientistas políticos, sociólogos, juristas e outros pensadores das ciências sociais e da teoria da sociedade. Por essa razão, elas serão tratadas desde logo.

A ideia de que a democracia define-se pela existência de governantes cuja legitimidade reside no fato de terem sido eleitos pelo povo¹¹⁴ tem sido nomeada na teoria política norte-americana de “democracia de uma dimensão”. (EISGRÜBER, 2007). De acordo com tal posição, o respeito ao princípio do “one man, one vote” é suficiente para caracterizar uma democracia. Não se fazem objeções quanto à ideia de que uma participação mais efetiva dos cidadãos na governança deva existir, porém, tal fato não é considerado relevante. Basta, repita-se, que o governo tenha sido eleito pelo povo. A eleição direta tem o poder de vincular os governantes que, se decidirem de forma contrária àquela com a qual os eleitores concordaram, correm o risco de perder seus mandatos.

O problema fundamental – na visão de Christoffer Eisgrüber – é que, nesse caso, se toma por “governo do povo” o que é, de fato, um “governo dos eleitores”¹¹⁵.

Nós acreditamos que a democracia não se reduz à regra da maioria. Nós acreditamos, mais especificamente, que “o povo” é algo diferente de (e melhor que) “uma maioria eleitoral”, de forma que “governo do povo” se difere principiologicamente de “regra da maioria”. Em nossa visão, um sistema político que maximiza o poder das majorias pode ser não-democrático precisamente por ser tão focado na maioria. Nós também acreditamos que o *judicial review* e Constituições inflexíveis ao invés de serem anti-democráticos, são pró democracia precisamente porque eles limitam o poder da maioria eleitoral. (EISGRÜBER, 2007,

114A legitimidade provém da escolha e do consentimento do grupo social, que aceita e reconhece aqueles que exercem o poder e as formas institucionais sob as quais o mesmo é praticado. Supõe, sempre, as formas de controle e aprovação final. (BARACHO, 1985, p.15).

115Daí a crítica à força das eleições: “Eleições, porém, aguentam apenas uma conexão pragmática com a democracia, e não uma constitutiva. Eleições são instituições desejáveis apenas enquanto servem a objetivos democráticos, e, como já notamos, elas o fazem de forma imperfeita. Isso não se dá porque os eleitores não são inteligentes, amorais ou têm algum outro problema para se governar. O problema é que “eleitor”, assim como “jurado” ou “legislador” é um organismo político específico parte de uma rede de instituições políticas”. (EISGRÜBER, 2007, p.17) No original: *Elections, however, bear only a pragmatic connection to democracy, not a constitutive one. Elections are desirable institutions only insofar as they serve democratic goals, and, as we have already noticed, they will do so only imperfectly. That is not because voters are unintelligent, amoral, or in some other way incapable of governing themselves. The problem is that ‘voter,’ like ‘juror’ or ‘legislator,’ is a specific political office embedded in a network of political institutions.* (EISGRÜBER, 2007, p.17)

p. 03, tradução nossa)¹¹⁶.

A teoria unidimensional da democracia encerra – antes mesmo de iniciar – as modernas discussões acerca do pluralismo e da representatividade através do princípio “one man, one vote”. Todavia, como é sabido, tal resposta não é considerada suficiente para o problema posto, justamente em razão da não coincidência dos conceitos de “povo” e de “eleitor”. Não existindo tal equivalência, uma democracia guiada apenas pela “regra” da maioria é, na verdade, uma tirania da maioria.

A via que as democracias contemporâneas têm utilizado para minimizar tal problema é o desenvolvimento de instituições “contra-majoritárias”, ou seja, instituições cuja legitimidade não repousa na eleição pela maioria, mas na proteção das minorias ou, posto de outra forma, na garantia de um plexo essencial de direitos fundamentais. Daí afirmar Amy Gutmann (1995, p.7) que “a democracia é valiosa não somente porque expressa a vontade da maioria, mas também porque expressa e apoia a autonomia individual em condições de interdependência”. A este conflito da democracia liberal foi atribuído a alcunha de “o paradoxo democrático”.

A tensão entre os princípios [clássicos] da democracia e os princípios emergentes de direitos humanos universais reflete a posição entre princípios particulares e bem estabelecidos de legitimidade política por um lado, e de outro direitos individuais universais. O reconhecimento de tais direitos, no entanto, obviamente, não é novidade para a democracia. (ENTEL, 2010, p.6) (tradução nossa)¹¹⁷.

Importante notar, como fez o supracitado cientista político de Yale, que os princípios decorrentes da ideia de que há um número – indeterminado e indeterminável, vez que varia conforme o contexto – de direitos de caráter individual a obstaculizar a democracia tal como

116 **No original:** *We believe that democracy does not reduce to majority rule. We believe, more specifically, that “the people” is something different from (and better than) “an electoral majority,” so that “government by the people” differs in principle from “majority rule.” In our view, a political system that maximizes the power of majorities may be undemocratic precisely because it is so thoroughly majoritarian. We also believe that judicial review and inflexible constitutions, rather than being anti-democratic, may be pro-democratic precisely because they limit the power of electoral majorities.* (EISGRÜBER, 2007, p.3)

117 **No original:** *The tension between the principles of democracy and the principles of the emergent, universal human rights regime reflects the opposition between well established, particularistic principles of political legitimacy, on one side, and universalistic, individual-based rights on the other. The recognition of such rights, however, is obviously not new to democracy.* (ENTEL, 2010, p.6)

concebida pela proposta unidimensional não é novidade. Tais princípios são decorrentes da já citada não coincidência entre os conceitos de eleitor e de povo, e a necessidade de que a legitimidade dos sistemas democráticos sejam referenciados verdadeiramente pelo “povo”, e não apenas pelos eleitores. Daí ensinar Leonardo Avritzer (2000) – ao tratar da operacionalização da teoria do discurso habermasiana – que a efetivação da implementação da teoria do discurso na política contemporânea dar-se-á

através da percepção de que o problema da legitimidade na política não está ligado apenas, tal como supôs Rousseau, ao problema da expressão da vontade da maioria no processo de formação da vontade geral, mas também estaria ligada a um processo de deliberação coletiva que contasse com a participação racional de todos os indivíduos possivelmente interessados ou afetados por decisões políticas. (AVRITZER, 2000, p. 39).

A necessidade da participação racional de todos aqueles que queiram participar dos processos políticos de tomada de decisão decorre do pluralismo que caracteriza a contemporaneidade, cuja origem, talvez, possa ser identificado com o “direito natural à busca da felicidade”, constante da Declaração de Independência dos Estados Unidos. Tal “direito natural” parece indicar não ser possível que uma única ou mesmo algumas poucas concepções de vida boa sejam tidas como dominantes (em prejuízo das demais). Daí, num sistema verdadeiramente democrático – para uma democracia adequada à contemporaneidade – ser fundamental garantir-se a cada um o direito de expor sua própria concepção de vida boa, e tentar torná-la prevalente, o que irá guiar a formulação de políticas públicas num dado espaço de tempo (até que uma nova concepção tome seu lugar, através do processo político). Só assim se poderá falar em legitimidade¹¹⁸ dos processos e das instituições.

Nesse sentido, não é a contagem de votos o que muda a relação entre maioria e minoria. Não é suficientemente legítimo dizer à minoria que ela possui menos votos. O que é preciso é chegar a uma posição racional no debate político que a satisfaça. (AVRITZER, 2000, p.39).

118A ideia exposta vale, inclusive, para as instituições do sistema jurídico. Daí afirmar Günther Teubner (1997) que a legitimidade democrática é hoje vista como a única fundação válida do Direito. (“*Democratic legitimacy today is seen as the only valid foundation of law.*”[p.150]). No mesmo sentido é a posição de Daniele Archbugi (2011, p.2) que afirma hoje ser a democracia a única fonte legítima de autoridade e poder (“*Democracy has become, both in theory and practice, the sole source of legitimate authority and power.*”) Isso inclui também as instituições jurídicas contra-majoritárias, vez que só serão legítimas se atuarem tal como as demandas que a elas chegam através do sistema jurídico esperam, ou seja, garantindo os direitos individuais e das minorias.

Em suma, as ideias de governo eleito pelo povo e controle das decisões deste mesmo governo são necessárias, mas não suficientes a uma adequada caracterização da democracia tal como deve ser concebida no atual momento histórico, dados os motivos expostos na forma de objeções a tal conceituação.

Partindo daí, é possível aprimorar o conceito somando a ele a proteção das minorias e dos não eleitores por meio da garantia de direitos fundamentais individuais e da construção de instituições contra-majoritárias vocacionadas à efetivação de tais direitos fundamentais.

Um conceito com esta feição apresenta-se mais palatável ao atual estado de desenvolvimento das democracias ocidentais¹¹⁹. Apesar de tais acréscimos não encontrarem sérios opositores na atualidade, quando se discute o conteúdo de tais proposições a situação se mostra bem menos pacífica.

O problema que se apresenta ao se afirmar tais características é que o desenvolvimento das instituições de controle exige, para seu correto funcionamento, que sejam tornadas tão claras quanto possível, a fim de viabilizar sua atuação. Em outras palavras, se o Judiciário, por exemplo, deve funcionar como garantidor de direitos individuais cuja força normativa, em princípio, supera a legislação comum (não constitucional), ele deve poder saber que direitos são esses e quais implicações eles tem em nosso ordenamento jurídico. E aí reside um dos grandes debates da teoria da democracia contemporânea, que justifica inclusive a concepção – já um tanto clichê – de que não será possível, jamais, conceituar de forma precisa o que é ser “democrático”, em razão do conteúdo jurídico-político de tal adjetivo estar em constante renovação. É da natureza dele ser assim.

Em que pese a discussão da questão acima não ser objeto imediato deste trabalho, alguns pontos serão agora examinados a fim de contribuir para a formulação da ideia de democracia a ser o referencial para a pergunta que aqui se tenta solucionar.

No âmbito dos direitos fundamentais há, atualmente, algumas subdivisões. Notadamente, tem-se utilizado uma classificação geracional de direitos fundamentais, cujo referencial primordial é o binômio momento histórico/ objeto de proteção. Se se tem a

119Aqui o referencial são Estados em que a democracia - como sistema político - já está consolidada, *locus* esse que, a nosso ver, deve incluir o Brasil, que após vinte e quatro anos de estabilidade constitucional, tem se mostrado apto a resistir às mais diversas formas de perturbação da normalidade institucional, valendo-se para tanto dos meios constitucionalmente previstos.

pretensão de desenvolver uma ideia universalizável¹²⁰ de democracia, parece ser salutar limitar aos direitos de primeira geração (ou dimensão como sugerem alguns) aqueles que constarão no rol de direitos fundamentais essenciais à ideia de Estado democrático.

Dentre os direitos fundamentais de primeira geração¹²¹ – aqueles que impõem deveres negativos ao Estado, garantindo as liberdades ao indivíduo – um que tem se mostrado particularmente controverso é a *liberdade de expressão*. Ele é particularmente importante aqui, como se verá em detalhes posteriormente.

Consta do art. 5º, IV da Constituição brasileira de 1988 o supramencionado direito fundamental, ali enunciado como sendo “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como do inciso IX do mesmo artigo, onde se lê que “é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Tais dispositivos tem sido objeto de diversas análises da jurisprudência, algumas bastante elucidativas da importância que a liberdade de expressão tem.

Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510, 1998).

Indiscutível se mostra a importância de tal direito a um Estado que se pretenda democrático. Todavia, em que pese haver uma zona de certeza quanto a seu conteúdo jurídico – zona essa que abrange a liberdade de imprensa¹²², a liberdade de ofício¹²³, a liberdade de

120 Há também uma discussão sobre a universalização da ideia de direitos fundamentais. Parece razoável crer que a universalização é viável para Estados que seguem a mesma orientação quanto ao conteúdo de suas normas. Em outras palavras, a universalização aqui sugerida limita-se aos Estados ditos laicos, já que os chamados confessionais utilizam uma escala de valores que, em alguns pontos, é insustentável com a universalidade de direitos fundamentais, pois se fundamentam na fé, algo, por definição não universalizável.

121 Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar, do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 260).

122 RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2009.

123 RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, 2011.

defender causas controversas¹²⁴ etc –, há também uma zona de incerteza¹²⁵ quanto a seus limites. Interessante a síntese feita pelo ministro Celso de Mello quando do julgamento do *Caso Ellwanger*:

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição. (BRASIL Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, 2003).

A extensão dada a tal norma constitucional foi similar à baliza utilizada por Chantal Mouffe para formular o conceito de “Democracia Radical”, como aquela democracia em que qualquer discurso é tolerado, menos aquele que confronte a própria democracia.

Longe de ser neutro, o Estado democrático liberal é a afirmação de valores específicos de liberdade e igualdade, que norteiam seu particular ordenamento simbólico das relações sociais, e por isso não pode aceitar o pluralismo, no que diz respeito aos princípios de legitimidade. Isto significa que aqueles que se opõem à liberdade e à igualdade e desejam restabelecer uma concepção totalitária e hierárquica da sociedade não podem nutrir esperanças de ver suas demandas legitimadas em nome do pluralismo. (MOUFFE, 1999, s/p).

A proposta acima apresentada traz em si, como todas as demais, problemas no que diz respeito à explicitação de sua zona de certeza. Todavia, a impossibilidade de colocar em palavras as convicções trazidas por alguns eventos históricos como as Revoluções liberais do século XVIII e a II Guerra Mundial não deve ser um obstáculo à adoção das ideias que estes mesmos eventos estabeleceram.

Vale notar que, além de ser uma ideia funcional para o problema da delimitação da liberdade de expressão, ela pode também ter sua utilidade na delimitação do “objeto de tutela” do Direito de Emergência. Este aspecto, todavia, será retomado posteriormente, em momento mais oportuno. O que se pode adiantar é que, onde não exista liberdade de expressão, não

124 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, 2011.

125 HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2003.

pode existir um Direito penal de emergência compatível com a ideia de democracia levada a sério. Se não se garante tal direito fundamental, este projeto pode ser encerrado aqui mesmo.

É possível, então, sintetizar a ideia de democracia que será referencial deste trabalho. Considerar-se-á democrático um sistema orientado pelo princípio da maioria, que tenha institutos contra-majoritários voltados para a proteção das minorias, e para a proteção de um núcleo essencial/ universal¹²⁶ de direitos fundamentais de cada cidadão contra todos os demais e contra o próprio Estado, sem, contudo, oferecer igual proteção àqueles que optem por se valer desses mesmo direitos fundamentais para atacar a democracia. Vale observar, por fim, que mesmo aqueles que optem por atuar contra a democracia, deverão ter alguma proteção, sob pena de ela – democracia – tornar-se sua própria antítese.

126(...) universalismo não consiste em uma essência ou uma natureza humana que todos nós supostamente temos, mas sim em experiências de estabelecimento de aspectos comuns através da diversidade, conflito, divisão e luta. Universalismo é uma aspiração, um objetivo moral para se lutar; ele não é um fato, uma descrição do mundo como ele é. (BENHABIB, 2011, p. 07, trad. nossa). **No original:** *universalism does not consist in an essence or human nature which we are all said to have or to possess, but rather in experiences of establishing commonality across diversity, conflict, divide and struggle. Universalism is an aspiration, a moral goal to be strived for; it is not a fact, a description of the way the world is.* (BENHABIB, 2011, p.07).

3. Modelos Penais Contemporâneos e sua legitimação: da defesa do cidadão à defesa da sociedade, e o avanço rumo ao passado

“...it is a duty of the Judiciary to guarantee that a nation fighting for its own survival will not sacrifice those very values that makes the fight worthwhile..”
Dorit Beinisch

3.1 Modelos Penais

Estabelecida a base sobre a qual se assenta o Funcionalismo Penal, é preciso conhecer o pano de fundo específico sobre o qual foi construído. O que se segue, portanto, é uma amostra dos principais movimentos e teorias penais contemporâneos, com os quais os funcionalistas precisam dialogar.

3.1.1 Introdução

Dos mais antigos sistemas normativos que se conhece, até os dias atuais, a principal demanda que se apresenta ao que hoje nomeia-se sistema jurídico diz respeito à estabilização das relações entre pessoas, notadamente quanto à garantia de que a vida humana não fique dependente exclusivamente da capacidade de seu titular em protegê-la. Embora o modelo de caos – de guerra de todos contra todos – seja, por óbvio, uma ficção, ele é apto a ilustrar este aspecto mais básico dos questionamentos que chegam ao sistema jurídico.

Se, durante muitos séculos, tal demanda foi respondida por um sistema normativo complexo¹²⁷, que envolvia diversas instituições e instâncias de controle dos membros dos grupos sociais, desde as Revoluções liberais do século XVIII - em que a razão passa a ser o elemento essencial de qualquer instituição pública -, o lidar com a face mais conflituosa das relações humanas recai no sistema jurídico, mais do que em qualquer outro.

É indiscutível que o Direito não é único – e talvez nem mesmo o mais atuante –

127 “Os valores que empolgam o poder político, são utilizados para justificar normas organizatórias e comportamentais. Somente no século XVIII o Direito apartou-se da Religião e da Ética. Este divórcio, que se acentuou nos séculos XIX e XX trouxe consequências muito importantes. (...) Pois bem, o que aconteceu foi o fato de a Religião perder normatividade legal, compensada por um acréscimo de metafísica jurídica transcendental. No entanto, as normas organizatórias comportamentais continuam a jorrar da Religião, da Ética e do Direito”. (SILVA COELHO, 2010, p.XXII).

sistema de estabilização social. Todavia, a ideia de que o Estado detém o monopólio do uso da força física, ideia esta que é elementar para as concepções contemporâneas ocidentais de Estado, põe em destaque o papel que o sistema jurídico terá em tais situações, e chama para ele a responsabilidade de responder às situações de conflito mais complicadas.

Em muitas e diversas situações a força física pública foi utilizada com finalidades hoje inaceitáveis. Desde o Iluminismo¹²⁸, contudo, tem-se que a formalização do Direito Penal deve ter por objetivo, fundamentalmente, garantir o cidadão contra o uso ilegal da força pública pelo Estado. Tal concepção, cujo marco mais notável pode ser identificado na publicação de *Dos Delitos e das Penas* pelo Marquês de Beccaria¹²⁹, em 1764, no alvorecer do movimento iluminista, tem, com méritos e razão¹³⁰, prevalecido desde então.

As ideias centrais de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) consistem em humanizar e funcionalizar as sanções penais; trata-se da superação de um sistema de persecução fundado em ideias não racionais, cujos objetivos, usualmente, eram a manutenção do *status quo*. O movimento de racionalização das instituições públicas, e conseqüentemente a secularização do sistema jurídico, trará a ideia de que a sanção penal não deve ser trabalhada como instrumento de vingança coletiva, mas sim ter funções positivas, no sentido de se evitar o

128 Importante transcrever algumas advertências quando ao movimento iluminista: “O exagero publicitário generalizado tem afetado nossa compreensão do movimento inicial da cultura política moderna, o Iluminismo setecentista, porque também ele tem sido amplificado de tal maneira que não seria reconhecido pelos homens que o criaram. Inicialmente irrigado com uns poucos *bons mots* em alguns salões parisienses, ele se tornou uma campanha para esmagar *l'infame*, uma marcha do progresso, um espírito da época, uma fé secular, uma visão de mundo a ser defendida, combatida ou transcendida, e a fonte de tudo o que era bom, mau e moderno, incluindo o liberalismo, o capitalismo, o imperialismo, o chauvinismo masculino, o federalismo mundial, o humanitarismo da Unesco e a Família Humana. Qualquer um que tenha contas a ajustar ou uma causa a defender começa pelo Iluminismo”. (DARNTON, 2005, p.17). Em seguida informa que: “Como todos os movimentos, ele teve um começo, um meio e, em alguns lugares, mas não em outros, um fim. Foi um fenômeno histórico concreto, que pode ser situado no tempo e circunscrito no espaço: Paris na primeira metade do século XVIII”. (DARNTON, 2005, p.18)

129 “Por volta de 1750, filósofos com ideias semelhantes, vindos de outros lugares, haviam passado a pensar em si próprios como *philosophes*. Paris os atraía como um ímã, e os parisienses os arregimentavam para a causa, contentes por receber o reforço de pensadores originais como Hume e Beccaria. (...) Apesar de ter sido tratado como celebridade em Paris, Beccaria correu de volta para Milão o mais rápido que pôde, e trocou a criminologia pela estética”. (DARNTON, 2005, p.21).

130 “O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII (...). É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado (...). O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o 'cruel prazer de punir'. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga o céu e seus juízes por quem parece abandonada'. Perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a 'ver correr sangue', o povo aprende rápido que 'só pode se vingar com sangue’”. (FOUCAULT, 2007, p.63).

cometimento de novos delitos e garantir uma situação de estabilidade em determinada comunidade.

Tais ideais, apresentados de forma elementar no referido ensaio (*Dos Delitos e das Penas*), tem sido o combustível e referencial de praticamente todas as construções teóricas de direito penal no ocidente romano-germânico desde então. Tomando por base alguns ou todos os ideais estabelecidos por Bonesana, desenvolveram-se linhas de pensamentos como o *Garantismo* (vertente do *Minimalismo*) *Penal*, o *Abolicionismo*, o *Funcionalismo* – seja radical, seja moderado - e as teorias da pena que informaram o desenvolvimento da teoria do delito no século XX, desde o modelo causalista às versões mais elaboradas do *Finalismo*. Não é possível desconhecer Beccaria, nem não dar a ele o crédito devido.

O objeto do presente capítulo será, portanto, uma apresentação dos modelos mais bem sucedidos de Direito Penal pós Iluminismo. O primeiro item detalhará as ideias do Marquês de Beccaria. Posteriormente haverá breve apresentação da Teoria do Delito de origem alemã – tal como desenvolvida ao longo do século XX -, seguida de apontamentos acerca de movimentos pontuais que, contudo, não podem ser olvidados se se pretende conhecer e repensar o sistema penal. Dentre tais movimentos serão destacados o *Garantismo Penal* – na forma dada por Luigi Ferrajoli - e o *Abolicionismo* – tal como formulado por Louk Hulsman. Na sequência, será tratada uma concepção em que o Direito Penal é igualmente concebido como forma de garantia do cidadão contra o Estado e como instrumento de política criminal, qual seja, o *Expansionismo Penal* – na forma dada por Jesus-Maria Silva Sánchez. Outra linha de pensamento, que também aproxima Direito Penal e Política Criminal – o Funcionalismo Penal – em razão de sua complexidade, será tratada em outro momento. Numa segunda parte, serão discutidas as teorias que tentam explicar a origem e a legitimidade do uso da força pelo Estado e, junto delas – porque inseparáveis – algumas das teorias acerca da finalidade das penas (do Direito penal).

3.1.2 1764 e a racionalização do uso da força pública: Dos Delitos e das Penas

“É esse código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros, que desejo examinar nesta obra. Ficarei limitado, contudo, ao sistema criminal, cujos abusos terei a

ousadia de apontar aos encarregados de velar pela felicidade pública...” (BECCARIA, 2007, p.11). Essas são as palavras iniciais de Cesare Bonesana em sua crítica ao sistema criminal que chegou até a Europa do século XVIII.

Apresentam-se, textualmente, exemplos de barbáries ocorridas dentro dos sistemas penais¹³¹ de então, reflexo, segundo o autor, da legislação produzida sem compromisso com o bem comum, mas sim voltada para a proteção daqueles que detêm o poder. Ao longo do texto, porém, enfatiza-se a necessidade de repensar as funções da pena, seus modos de execução, sua racionalidade e sua justiça, de forma que exista, ao fim, proporção entre o crime e a pena. Referindo-se a Beccaria, afirma Enrique Bacigalupo

Os autores que formularam os princípios fundamentais do direito penal moderno tem uma preocupação comum com a superação da arbitrariedade reinante na prática penal e com a crueldade das penas que se aplicavam (ainda que muitas penas cruéis já tivessem caído em desuso). (BACIGALUPO, 1999, p.80, tradução nossa¹³²).

Na mesma linha é a apresentação feita por Fontán Balestra (1998)

Cesare BECCARIA, em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, publicado pela primeira vez em 1764, expõe ideias críticas e reconstrutivas do sistema penal vigente. BECCARIA lança ali um anátema contra a pena de morte, contra as torturas e os procedimentos inquisitivos, e exige maior respeito com os direitos do homem por parte dos juízos criminais. (BALESTRA, 1998, p. 52, tradução nossa¹³³).

Um dos primeiros elementos sugerido como forma de garantir um sistema justo é o

131 Sistema penal deve aqui ser lido de forma ampla, referindo-se, pois, não apenas a fase de aplicação de penas mesma, mas também à investigação e ao próprio processo penal.

132 **No original:** *Los autores que formularon los principios fundamentales del derecho penal moderno tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles y habían caído en desuso).* (BACIGALUPO, 1999, p.80).

133 **No original:** *Cesare BECCARIA en su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado por primera vez en 1764, expone ideas críticas y reconstructivas del sistema penal vigente. BECCARIA lanza allí un anatema contra la pena de muerte, contra las torturas y los procedimientos inquisitivo, y exige mayor respeto por los derechos del hombre en los juicios criminales.* (BALESTRA, 1998, p.52).

que hoje se denomina “princípio¹³⁴ da legalidade¹³⁵”, em sua forma mais elementar, a exigir que toda regra penal apta a limitar a liberdade das pessoas seja oriunda do Legislativo, que tais leis penais sejam sempre genéricas, não sendo destinadas a nenhum grupo ou pessoa específica e que as punições estabelecidas não tenham aspecto de atrocidade.

Apesar da simplicidade da forma utilizada para apresentar a ideia de legalidade penal, o modelo proposto por Beccaria teve forte repercussão¹³⁶, o que pode ser demonstrado pela dimensão que sua proposta tomou, como, por exemplo, para Ferrajoli (2006, p.93), ao afirmar que a legalidade é “uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes”¹³⁷. No mesmo sentido vai a afirmação de que a “hierarquia constitucional deste preceito é hoje indiscutível¹³⁸ (art. 25.1, CE¹³⁹)” (BACIGALUPO, 1999, p.103).

A impessoalidade da lei como fonte de legitimidade do sistema penal, foi também vista como instrumento de prevenção da ocorrência de novos crimes; porém, o autor que aqui se analisa frisava sempre a necessidade da igualdade perante a lei, como forma de seu fortalecimento e, conseqüentemente, fonte de respeito por todos os “súditos”, o que teria o aspecto da prevenção da ocorrência dos delitos.

Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; (...) Que elas não favoreçam qualquer classe em especial; protejam igualmente cada membro da sociedade; tema-as o cidadão e trema apenas diante delas. O temor que as leis inspiram é saudável, o temor que os homens inspiram é uma fonte nefasta de delitos. (BECCARIA, 2007, p.102).

134 A questão do termo “princípio” é uma polêmica que, por ora, não será tratada. Aqui, o termo pode ser compreendido da forma mais comum com que se apresenta na literatura jurídica brasileira – de norma basilar –, ressaltando o fato de que, em momento adequado, o termo será rediscutido, a fim de viabilizar o aprofundamento das discussões deste trabalho.

135 Referido princípio tornou-se referencial em todo o Direito ocidental, inclusive na tradição da *Common Law*. Neste sentido, Kai Ambos: “No Common Law o princípio do *nullum crimen* é, em regra, entendido (apenas) em um triplo sentido, como princípio de irretroatividade, princípio de certeza e proibição de analogia.” (Ambos, 2004, p.43, tradução nossa). **No original espanhol:** *En el common law el principio del nullum crimen es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogia (...)*.

136 Para a repercussão na Europa e nos países de língua inglesa, inclusive quanto a influência de Beccaria sobre os *Founding Fathers* nos Estados Unidos, ver Bessler (2009).

137 É preciso ressaltar desde já que, atualmente, a compreensão é no sentido de que “a legitimidade é um conceito paralelo ao da legalidade, mas não tem o mesmo conteúdo ou a mesma justificação. A legitimidade de uma instituição não corresponde à sua conformidade com a legalidade posta”. (BARACHO, 1985, p.17)

138 No original, de onde foi traduzido livremente: “*La hierarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida* (art. 25.1, CE).”

139 NT: CE = Constituição da Espanha

Outro ponto central na obra em análise é a discussão envolvendo celeridade¹⁴⁰ e proporcionalidade da pena. Beccaria tinha por certo que, determinante para o sucesso da sanção penal – entendido como sucesso tanto o caráter dissuasório quanto o da prevenção especial –, mais do que a gravidade da pena, é a certeza de que ela será aplicada de forma célere. Assim, dizia ele, que “o rigor do suplício não é o que previne delitos com maior segurança, porém a certeza da punição” (2007, p.64). E, antes, “quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será”. (BECCARIA, 2007, p.61).

A atual situação da legislação brasileira mostra que, se não é possível demonstrar faticamente a certeza das proposições de Bonesana, é possível demonstrar a falsidade da concepção oposta, já que se pode observar hoje em *terrae brasilis* o que, segundo Luiz Luisi (2002), Francesco Carrara no século XIX nomeava *Nomorreia Penal*, ou seja, o uso desmedido, verdadeira inflação legislativa do Direito penal, que ameaça com penas cada vez mais altas, quantidades cada vez maiores de delitos, sem, no entanto, estar aparelhado para cumprir suas ameaças, que resultam em falsas promessas, ou, em termos mais jurídicos, impunidade. É de conhecimento público que o mais longo júri da história do Brasil, na esfera federal, durou cerca de dez anos. Lendo Beccaria, surge a pergunta: que utilidade tem a imposição de uma sanção penal dez anos após o fato?

Em suma, Beccaria atinge vigorosamente a tradição de uso do Direito Penal como instrumento de proteção de determinadas classes de uma sociedade. Os ideais ali expostos permanecem vivos, pois nunca foram plenamente atingidos, especialmente – mas, não apenas – nos países de desenvolvimento tardio, onde, por vezes, interesses diversos fazem com que o próprio Estado solape direitos fundamentais de seus cidadãos, em prol de se viabilizar em cenários políticos e/ ou econômicos desfavoráveis.

Há, por certo, pontos em que a referida obra já não se adequa à realidade. Há, também, crenças – como a da supremacia do legislador, restando ao juiz a aplicação silogística da lei –

140 A importância da assertiva pode ser confirmada pelo questionamento de Larry Alexander (2001) que “às vezes, no curso do encarceramento, ou talvez ocasionalmente até mesmo entre o cometimento do crime e o julgamento, o criminoso passa por uma mudança de valores e personalidade tão radical que já não pode ser identificado com seu “eu” anterior, que cometeu o delito. Esta nova pessoa ainda mereceria a punição?” (tradução nossa). **No original:** *Sometimes in the course of lengthy imprisonment, and perhaps occasionally even in the time between his committing a crime and standing trial for it, the criminal undergoes such a radical change of values and character that he no longer can identify with the prior “self” who committed the crime. Does the “new man” still deserves the punishment that the prior self deserved?* (ALEXANDER, 2001, p. 4)

que se mostraram inaptas a lidar com a complexidade do mundo e seus sistemas.

Todavia, o que restou atual, continua sendo importante referencial, até por demonstrar nossa incapacidade de efetivar direitos e garantias que, segundo melhor entendimento, ninguém, em sã consciência, pode negar a quem quer que seja.

3.1.3 A Teoria do Delito da tradição romano-germânica no século XX

A dificuldade em conceituar e isolar o fato relevante para o Direito Penal culminou num sistema que produziu a compartimentação deste fato, promovendo a análise de suas partes, com as particularidades de cada uma delas, ao invés de se tentar desenvolver um grande e único conceito, apto a definir o que o moderno Direito Penal entende como fato relevante.

Embora nenhum esquema de análise tenha obtido unanimidade entre pensadores e legislações, é possível apontar fases mais ou menos bem definidas na evolução deste modelo, denominado modelo analítico.

Antes de iniciar o estudo destes modelos, vale ressaltar desde logo quais os itens decisivos. Na essência, são os conceitos de “conduta” e de “culpabilidade” os mais centrais, seguidos pelos de “tipo” e “tipicidade”.

Os dois primeiros são mais importantes, pois traduzem os elementos fundamentais para um sistema penal pós iluminismo. Conseguir identificar a conduta relevante para o Direito Penal, e, por consequência, quem foi por ela responsável, é o ponto de partida para qualquer sistema de persecução cujo resultado se baseie em fatos e comprovações, e não em elementos de fé ou mera autoridade. Já a culpabilidade, ou, como tem sido dito, o princípio da culpabilidade, é corolário da ideia de responsabilidade devida e justa de que falava Beccaria, pois estatui a impossibilidade de se punir sem comprovação da responsabilidade de fato¹⁴¹, sem demonstração do desvalor da conduta que se esteja julgando. No limite, o princípio da culpabilidade afasta automatismos e humaniza a atividade do juiz, que não se limita mais à

141 Com a culpabilidade, o Direito Penal impõe limites ao poder soberano, descartando a responsabilidade objetiva pelo resultado e introduzindo a responsabilidade atrelada a um vínculo psicológico entre o sujeito e o fato punível, contribuindo para que a responsabilidade criminal se subjetivize e a autoridade penal pública se modere. Adota-se o homem como referência da intervenção punitiva. (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p.263).

verificar a adequação do fato à norma, mas deve, também, proceder a uma análise completa do fato (e suas indissociáveis circunstâncias) a fim de certificar-se de que a responsabilização daquele determinado cidadão por aquele determinado fato é devida¹⁴². Tais conceitos serão rediscutidos em momentos posteriores, pois a mudança de paradigma existente entre a teoria finalista do delito (majoritária no ocidente) e o funcionalismo sistêmico que aqui se está adotando exige algumas mudanças em tais conceitos.

O início do modelo adotado na tradição romano-germânica dá-se, portanto, com a repartição da ideia de crime em três elementos distintos, quais sejam, uma conduta legalmente delimitada (conduta típica), um aspecto de oposição, de contrariedade desta conduta à norma penal (antijuridicidade ou ilicitude) e, por fim, um elemento subjetivo, que demonstre a reprovabilidade do agir de determinada pessoa (culpabilidade).

A forma apresentada no parágrafo anterior tem sua primeira concretização no modelo que ficou conhecido como “sistema Liszt-Beling”, ou “sistema causalista”, ou ainda, “teoria clássica do delito”.

Este sistema se caracterizava pela grande influência que sobre ele exercia o pensamento filosófico positivista. Em geral, era regido pelo já criticado princípio sistemático “objetivo-subjetivo”: o injusto objetivo e a culpabilidade subjetiva. (ZAFFARONI, 1981, p.32, tradução nossa¹⁴³).

Em linhas gerais, o sistema Liszt-Beling buscava a elaboração da ideia de injusto penal (fato típico e ilícito) de forma objetiva, em razão da inspiração racionalista¹⁴⁴ decorrente das

142 Neste sentido, ensina Enrique Bacigalupo: “O princípio da culpabilidade exclui a legitimidade de toda pena que não tenha por pressuposto a culpabilidade do autor e que exceda a gravidade equivalente à mesma. Desta maneira, o princípio da culpabilidade propõe-se a evitar que uma pessoa possa ser tida como meio para a realização de algum fim, ou seja, propõe-se a evitar a violação da dignidade da pessoa”. **No original:** *El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por supuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona.* (BACIGALUPO, 1999, p.169).

143 **No original:** *Este sistema se caracterizaba por la gran influencia que sobre él ejercía el pensamiento filosófico positivista. En general, se regía por el ya criticado principio sistemático "objetivo-subjetivo": el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva.* (ZAFFARONI, 1981, p.32).

144 (...) Era uma aspiração central do Iluminismo – aspiração cuja formulação foi por si só uma grande realização – prover o debate público de padrões e métodos de justificação racional através dos quais cursos de ação alternativos, em cada esfera da vida, pudessem ser julgados justos ou injustos, racionais ou irracionais, esclarecidos ou não esclarecidos. Assim, esperava-se, a razão tomaria o lugar da autoridade e da tradição. A justificação racional deveria lançar mão de princípios inegáveis a qualquer pessoa racional e, portanto, independentes de todas as particularidades sociais e culturais que os pensadores do Iluminismo

ciências naturais¹⁴⁵ e seu “positivismo científico”¹⁴⁶. “O modelo causalista tinha a vantagem de distinguir claramente entre o sucesso antijurídico, por um lado, e os pressupostos que fundamentam a responsabilidade de uma pessoa pelo sucesso valorado como injusto, por outro”. (KINDHÄUSER, 2008, p.6, tradução nossa¹⁴⁷). Desta forma, o conceito de “conduta”, por exemplo, era limitado a um “acontecer causal”, desprovido de finalidades. Ensinava Hans Welzel que

Segundo ele, a ação é um processo puramente causal, que a vontade originou no mundo exterior (efeito da vontade), sem considerar se foi desejado ou apenas previsível (conteúdo da vontade). O conteúdo subjetivo da vontade é, para a ação, sem significação; o problema do conteúdo da consciência “se elimina do conceito de ação” e “é de importância apenas para o problema da culpabilidade”. (WELZEL, 1956, p.44, tradução nossa¹⁴⁸).

Em outras palavras, obedecendo literalmente ao princípio sistemático objetivo-subjetivo, a análise da conduta relevante para o Direito Penal é feita de forma objetiva, desconsiderando, em absoluto, a questão da finalidade da conduta.

Toda análise de aspectos subjetivos (relacionados ao autor do fato) no sistema

consideravam mera roupagem acidental da razão em lugares e épocas particulares. (...) (MACINTYRE, 2009, p.16).

145 *El método positivista, en cambio, "debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones en la realidad social de las normas"^. En un mimetismo fiel de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, el positivismo jurídico acaba por convertirse en normativismo formalista. Busca sólo la ligazón lógicoformal entre los conceptos jurídico-positivos, sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al "sistema" conceptual, a la "construcción jurídica".* (PUIG, 2003, p.189)

146 Também o direito teria como ideal a exatidão científica própria das ciências da natureza e deveria incondicionalmente a ele se submeter; de sorte que, do mesmo modo, o sistema do fato punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis, pertencessem elas à facticidade (objetiva) do mundo exterior ou antes a processos psíquicos internos (subjetivos). (DIAS, 1999, p.192).

147 **Na versão espanhola consultada:** *El modelo causalista tenía la ventaja de distinguir claramente entre el suceso antijurídico, por una parte, y los presupuestos que fundamentaban la responsabilidad de una persona por el suceso valorado como injusto, por otra.* (KINDHÄUSER, 2008, p.6).

148 **Na versão em espanhol consultada:** *Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluüitad en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever (contenido de voluntad). El contenido subjetivo de voluntad es, para la acción, "sin significación"; el problema del contenido de la conciencia "se elimina gel concepto de la acción" y "es solamente de importancia para el problema de la culpabilidad".*(WELZEL, 1956, p.44

clássico¹⁴⁹ é realizado na “Culpabilidade”¹⁵⁰, que, por sua vez, é compreendida como o vínculo psicológico que une o fato a seu autor¹⁵¹. Tal variante restou conhecida como *Teoria Psicológica da Culpabilidade*. Nela todo o aspecto subjetivo da conduta do agente imputável é verificada neste momento, buscando ligar a ação do agente ao resultado seja a título de dolo, seja a título de culpa. Ou seja, a *Culpabilidade* é composta por duas variantes, o dolo e a culpa. Não há, pois, nenhum juízo de valor acerca do fato punível¹⁵², verificando-se apenas sua existência e a possibilidade de atribuí-lo a seu autor.

A ideia de culpabilidade, tal como formulada por von Liszt tem o mérito inegável e indiscutível de afastar a responsabilidade penal objetiva, funcionando como mecanismo de humanização e racionalização do sistema penal. Todavia, há neste modelo, por certo, diversos pontos falhos, passíveis de críticas¹⁵³ que foram, de fato, feitas, o que forneceu argumentos para a formulação de novas teorias, que buscavam a superação daquele sistema. Dentre os pontos mais vulneráveis da teoria psicológica da culpabilidade estão, em primeiro lugar, a incapacidade de lidar com algumas situações em que há dolo (intenção), mas não há responsabilização do agente. Exemplo disso são as situações de coação moral irresistível ou obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. Em segundo lugar, o fato de que a negligência (culpa *stricto sensu*) é normativa, ou seja, trata-se de análise feita pelo julgador, e não pelo “autor” da negligência. Por fim, a existência de elementos subjetivos do tipo, como o

149 A culpabilidade surgiu como categoria autônoma na teoria do delito, como instituto distinto da ilicitude no final do século XIX, notadamente com o pensamento de Franz von Liszt e sua teoria psicológica da culpabilidade, vinculada ao positivismo científico reinante na época. A concepção psicológica revestia-se de um caráter meramente formal, limitando-se a observar os vínculos psicológicos do autor com o fato, reconhecidos através da observação científica. (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p.265).

150 Quanto à vertente subjetiva do fato, ela se reduziria à verificação da culpabilidade. A ação típica e ilícita se tornaria em ação *culposa* sempre que fosse possível comprovar a existência, entre o agente e seu fato objetivo, de uma ligação psicológica – daí esta doutrina ter ficado conhecida como *concepção psicológica da culpabilidade* – susceptível de legitimar a imputação do fato ao agente a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do fato) ou de negligência (deficiente tensão de vontade impeditiva de prever corretamente a realização do fato). (DIAS, 1999, p.193).

151 Ensina Urs Kindhäuser que “a colocação do dolo e da imprudência na culpabilidade faz explícita a função adjetiva – atributiva de responsabilidade – destes elementos do fato punível”. (tradução nossa). **Na versão espanhola consultada:** *la ubicación del dolo y de la imprudencia en la culpabilidad hace explícita la función adscriptiva – atributiva de responsabilidad – de estos elementos del hecho punible.* (KINDHÄUSER, 2008, p.7).

152 Para a teoria psicológica da culpabilidade esta é o liame, o vínculo ou o nexo psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Ela é vista num plano puramente naturalístico ou psicológico, desprovido de qualquer valoração e esgota-se na simples constatação da posição do agente perante sua própria conduta. (GOMES, 2001, p.43).

153 Uma concepção meramente psicológica da culpabilidade é assim uma concepção incolor, naturalística, fria, incapaz de adequar-se à rica casuística das situações para ver se é possível um juízo de reprovação e até que ponto. (GOMES, 2001, p.46).

especial fim de agir existente em diversos tipos penais, impede a aceitação de uma teoria em que todo o aspecto subjetivo está localizado na culpabilidade.

A teoria causalista é derrubada por diversos motivos. Além da insuficiência de seus conceitos, suas próprias bases teóricas eram objetos de ataque. O positivismo avalorativo sofreu diversas críticas¹⁵⁴, e, por consequência, todas as construções que nele se baseavam também se veem questionadas.

No campo específico da teoria do delito, pode-se identificar no surgimento da teoria normativa da culpabilidade um obstáculo insuperável à continuidade do sistema clássico.

Com o surgimento da teoria normativa da culpabilidade (Frank, 1907) e a introdução dos elementos subjetivos do tipo (1911) constrói-se um novo esquema de delito que o concebe como uma individualização do ato proibido (conduta típica) e uma dupla desvalorização: do ato (antijuridicidade) e do autor (culpabilidade). (ZAFFARONI, 1981, p. 32, tradução nossa)¹⁵⁵.

Embora o desenho da teoria não tenha sofrido grandes mudanças¹⁵⁶, o conteúdo de cada um de seus elementos foi razoavelmente modificado. Em especial a culpabilidade, que deixa de se esgotar em dolo e culpa, e passa a ser compreendida como juízo de valor sobre o aspecto psicológico do fato punível.

A nova roupagem dada à teoria do delito ficou conhecida como sistema neoclássico ou neokantiano e teve o mérito de acabar com a pretensão de se dar ao direito tratamento naturalista – nos moldes das ciências naturais –, e dar a ele roupagem de “ciência do espírito” (DIAS, 1999), colocando-o “numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro 'dever-ser', mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da *axiologia* e dos *sentidos*”. (DIAS,

154 No início do século XX, o positivismo avalorativo entra em crise, e há uma mudança paradigmática no conceito de dignidade da pessoa humana, em face dos novos direitos sociais e econômicos que se acumulam aos direitos fundamentais clássicos. (...) Rompe-se com o paradigma da neutralidade axiológica própria do positivismo, pois a ordem jurídica é novamente vista como uma ordem de valores. (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p. 266-267).

155 No original: Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo (1911) se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). (ZAFFARONI, 1981, p.32)

156 Com a descoberta dos elementos normativos do tipo e dos elementos subjetivos do injusto, o sistema causal-naturalista de Liszt-Beling primitivamente concebido sofreu profundo abalo. Mas é interessante notar que, apesar das novas descobertas, o sistema ainda sobreviveu em razão “da sua simplicidade didático-expositiva e das modificações que sofreu nesse tempo”. (GOMES, 2001, p.59)

1999, p.195).

Enquanto o conceito de conduta permaneceu inalterado – o que permitiu o reforço das críticas existentes à ideia de conduta sem finalidade -, o conceito de tipicidade passa a exigir um elemento de dano social. Todavia, a mudança mais radical está na culpabilidade, que

é definida como um juízo de valor negativo (reprovabilidade) formulado contra quem – apesar de poder atuar conforme o direito - realiza um ato ilícito. Esta concepção é, geralmente, designada com a expressão “teoria normativa da culpabilidade”. (POZO, 1987, p.249, tradução nossa¹⁵⁷).

Rompe-se, portanto, com a separação esquemática injusto objetivo, culpabilidade subjetiva. A culpabilidade deixa de ser o aspecto subjetivo do fato punível, tornando-se o juízo de censura em relação à conduta do agente¹⁵⁸.

A teoria normativa da culpabilidade permite uma atuação mais sofisticada por parte do julgador, que passa a ter espaço para valorar o fato submetido a sua apreciação. Ela permite ao juiz individualizar a pena de forma mais eficiente, considerando aspectos pontuais e pessoais presentes no caso concreto, e não apenas avaliar os elementos previstos em lei, que, por definição, devem ser gerais e abstratos.

Apesar de suas relevantes contribuições, o sistema neoclássico foi objeto de críticas pois, nas palavras de Zaffaroni, considera “que há um conceito jurídico-penal de ação distinto do conceito ôntico-ontológico”. (1981, p.33). Ou seja, manter o dolo distante da análise da conduta é um equívoco, pois toda conduta é, em regra, orientada a um resultado, de forma que, deixar a análise de tal orientação para o último elemento do delito é contraprodutivo. Outro aspecto que decorre desta mesma situação é a punição da forma tentada; ora, só há que se falar em punição da tentativa se existiu intenção (dolo) de realizar o ato. Assim,

157 **No original:** *La culpabilidad es definida como un juicio de valor negativo (reproche) formulado contra quien -a pesar de poder actuar conforme al derecho- realiza un acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión "teoría normativa de la culpabilidad".* (POZO, 1987, p.249).

158 Frank constrói a culpabilidade como um fenômeno complexo, formado de elementos subjetivos e normativos, reunidos sob a denominação de reprovabilidade (que se confunde com a própria culpabilidade). Assim, partem dos seguintes pressupostos: a) dolo e culpa não esgotam a culpabilidade, embora sejam integrantes dela; b) a imputabilidade é elemento da culpabilidade; c) existem circunstâncias concomitantes que devem ser levadas em conta na graduação da culpabilidade. Desse modo, Frank construiu um conceito alternativo de culpabilidade, composto por três exigências básicas: imputabilidade, dolo e culpa e circunstâncias concomitantes. Esses três elementos foram por ele resumidos numa expressão breve, que, na falta de outra melhor, denominou reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*). (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p.268).

novamente, deixar a análise do dolo para o fim mostra-se um inconveniente. Uma terceira crítica relevante diz respeito à diferenciação entre as formas culposa e dolosa dos delitos. Se se entende que – em razão do desvalor de cada forma – o *quantum* e as formas de punir devem ser diferenciadas, melhor seria que tal diferenciação ocorresse tão cedo quanto possível. Deixar para fazê-lo quando se chega ao terceiro elemento do delito, a culpabilidade, gera o risco de se perder muito tempo, vez que os requisitos de existência e punibilidade das formas dolosa e culposa são bastante distintos. No primeiro o foco está na intenção de realizar a conduta vedada, enquanto no segundo é preciso verificar, de forma sintética, se houve violação objetiva de um dever de cuidado.

Tais críticas são a base da teoria finalista do delito, que irá superar de vez as concepções causalista e neoclássicas, e manter-se como predominante – ainda que com modificações e divergências doutrinárias e jurisprudenciais – até os dias atuais.

A teoria finalista do delito mantém o desenho estrutural utilizado desde o sistema Liszt-Beling, porém, neste momento há uma ruptura radical com o conteúdo dos referidos itens, a começar pelo conceito de conduta, que abandona a concepção causal, desconectada da realidade, e encampa um conceito “ôntico-ontológico”, que reflete a forma como ela realmente existe, qual seja, finalisticamente orientada¹⁵⁹. “La acción humana es ejercicio de actividad final”, ensinaria Hans Welzel (2004, p.41), considerado criador da teoria finalista do delito.

Atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, dito de forma figurada, “vidente”, a causalidade, “cega”. (WELZEL, 2004, p.41, tradução nossa¹⁶⁰).

Ao redefinir o conceito de conduta como atividade orientada a uma finalidade, Welzel

159 Com a teoria finalista abandona-se o clássico conceito de ação (do sistema causal-naturalista) que a via como mero impulso mecânico, não se investigando o conteúdo da vontade; agora, a vontade passa a constituir a “espinha dorsal da ação” e é, nesta doutrina, o *núcleo do injusto pessoal do agir*. (GOMES, 2001, p.90).

160 No original: Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello dicho "vidente", la causalidad. "ciega". (WELZEL, 2004, p.41).

inicia uma formulação muito mais consistente que as que a antecederam, pelo simples fato de refletir melhor a percepção comum. Enquanto o conceito causalista de conduta é de difícil explicação, pois não reflete a compreensão natural de conduta, o conceito finalista reproduz a ideia que o senso comum tem do termo.

A ideia de que a ação é finalisticamente orientada tem um efeito imediato, qual seja, o deslocamento do dolo para dentro da tipicidade. Afinal, se a orientação da conduta é o ponto fulcral do fato punível, sua análise deve ocorrer no primeiro momento, sendo as demais etapas por ela condicionadas. Assim, o tipo deixa de ser totalmente objetivo e passa a ter também partes subjetivas.

Contém o tipo um aspecto objetivo e outro subjetivo. Tipo objetivo de injusto é a ação de fato com o resultado eventual e as eventuais condições e características do autor; tipo subjetivo de injusto é o dolo com elementos subjetivos particulares de autoria. (WELZEL, 1956, p. 62, tradução nossa¹⁶¹).

A nova forma permite uma sequência de trabalho mais lógica. Constatada a inexistência do dolo, parte-se, imediatamente, para a verificação da existência dos requisitos da forma culposa; não estando presentes tais requisitos, conclui-se pela atipicidade da conduta e dá-se por encerrada a tarefa do Direito Penal em relação àquele caso. Não há mais o risco do modelo antecedente, no qual apenas após a análise da tipicidade e da antijuridicidade conclui-se pela existência da forma culposa do delito, o que determinaria o retorno à tipicidade, a fim de verificar a presença dos requisitos desta modalidade de delito.

Tendo ocorrido o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo, a culpabilidade, nos moldes causalistas, restaria vazia. Há, contudo, verdadeira reinvenção da mesma, que agora será normativa¹⁶². Pode-se, em suma, dizer que na teoria normativa pura -adotada pelo Finalismo de Welzel -, a culpabilidade é a reprovabilidade de quem, podendo agir conforme o Direito, opta pelo agir ilícito.

161 **Na versão espanhola:** *Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría.* (WELZEL, 1956, p.62).

162 Vale ressaltar, com Claus Roxin, que “a opinião de que com a eliminação do dolo da culpabilidade e sua recondução ao tipo a responsabilidade se torna puro juízo de valor é absolutamente errônea”. **Na versão espanhola:** *Pues la opinión de que con la eliminación del dolo de la "culpabilidad" y su adscripción al tipo la responsabilidad se convierte en un "puro juicio de valor" es absolutamente errónea.* (ROXIN, 1997, p.797)

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor havia podido adotar, em lugar da resolução de vontade antijurídica – tanto se ela se dirige à realização dolosa do tipo, quanto se não se aplica a direção final mínima exigida -, uma resolução de vontade conforme a norma. Toda a culpabilidade é, portanto, culpabilidade da vontade. Só aquilo que depende da vontade do homem pode ser reprovado como culpável. (WELZEL, 2004, p. 126, tradução nossa¹⁶³).

Não obstante, a valoração do objeto não se confunde com o objeto da valoração. Assim como no sistema clássico havia um conteúdo da culpabilidade – dolo e culpa -, na teoria normativa pura também é possível identificar tal conteúdo, que será objeto do juízo de valor de quem observa o fato punível. Não há, todavia, unanimidade quanto aos elementos que a compõem, de forma que, conforme explica Luiz Flávio Gomes, “não há muita uniformidade entre os autores finalistas quando cuidam de apresentar os requisitos da culpabilidade”. (2001, p.93). Em seguida, informa que nem mesmo o próprio Welzel conseguiu “uniformidade no tratamento do assunto”.

Atualmente, o pensamento majoritário caminha no sentido da identificação de algumas categorias que integrariam a culpabilidade, até por não se encaixarem em nenhum dos demais elementos constitutivos do fato punível. Nas palavras de Claus Roxin,

(...) só restam na categoria da culpabilidade outros elementos que também condicionam e servem de fundamento à imposição de uma pena, mas que não pertencem sistematicamente à categoria do tipo de injusto. Refiro-me concretamente à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, ao conhecimento da antijuridicidade e a alguns casos de situações de extrema necessidade reunidos sob o nome de “inexigibilidade de outra conduta”. (ROXIN, 1981, p.33, tradução nossa¹⁶⁴).

Entre os penalistas brasileiros, da mesma forma, é possível constatar alguma uniformidade, admitindo os mesmos elementos citados por Claus Roxin, vez que admitida a

163 **Na versão espanhola:** *Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica -tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad.* (WELZEL, 2004, p.126).

164 **Na versão espanhola:** (...) *sólo quedan en la categoría de la culpabilidad otros elementos que también condicionan y sirven de fundamento a la imposición de una pena, pero que no pertenecen sistemáticamente a la categoría del tipo de injusto. Me refiero concretamente a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al conocimiento de la antijuridicidad y a algunos casos de situaciones extremas de necesidad reunidos bajo el nombre de «no exigibilidad de otra conducta».* (ROXIN, 1981, p.33)

ideia de que “a estrutura do conceito de culpabilidade é constituída por um conjunto de elementos¹⁶⁵ capazes de explicar **porque** o sujeito é reprovado”. (SANTOS, 2006, p.285).

Assim, resta concretizada¹⁶⁶ a teoria do delito na versão que se apresenta dominante atualmente nos países da tradição romano-germânica. É preciso estar claro, contudo, que inúmeras discussões continuam ocorrendo, não havendo unanimidade nem mesmo quanto ao conceito de conduta penalmente relevante. Todavia, o objetivo deste tópico era tão-somente traçar o atual estado da arte do tema. Algumas das inovações a que este final se refere serão tratadas nos capítulos dedicados ao funcionalismo penal moderado e sistêmico.

3.1.4 O Garantismo Penal

O termo “Garantismo Penal” ganhou notoriedade com a obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli (2006). Embora ele não se apresente como seu autor, tal nomenclatura restou tão ligada a ele quanto a Teoria dos Sistemas está ligada a Niklas Luhmann, ou o hoje controvertido “Princípio da Proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeitgrundsatz*) a Robert Alexy.

O modelo garantista, tal qual apresentado por Ferrajoli (2006), é o produto do desenvolvimento dos ordenamentos ocidentais e, apesar de estar fundado em elementos que permitem tomar caminhos muito diversos, apresenta-se, no fim das contas, como “um sistema coerente e unitário”. (FERRAJOLI, 2006, p.38).

A unidade do sistema, (...), mediante sua formalização, depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal,

165 Assim, a reprovabilidade concreta é formada de elementos intelectuais e volitivos, sendo a consciência real ou potencial da ilicitude o elemento intelectual da culpabilidade e a exigibilidade de obediência ao direito seu elemento volitivo. E os critérios jurídicos fundamentais da culpabilidade fluem diretamente das determinações antropológicas básicas do homem como ser atuante e conformador de seus impulsos. Dessa maneira, firmam-se como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência efetiva ou potencial do injusto e a exigibilidade de comportamento distinto, os quais continuam sendo utilizados mesmo no início do século XXI. (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p.275).

166 Apresentado o esquema, pode-se dizer que as teorias causais são descritivas e que as teorias finais são valorativas. O descritivo diz respeito ao fatural, ao real, e o valorativo ao cultural, ao normativo. O objetivo, ou externo, exterior, quando no campo do real, diz respeito ao mundo físico circundante e, quando no campo do normativo, ao mundo circundante da coletividade. O subjetivo, no real, refere-se à personalidade do agente e, na esfera normativa, à vontade individual. (LUNA, 1979, p.265).

orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (FERRAJOLI, 2006, p.38) (grifo nosso).

Pode-se observar, desde já, que o foco do garantismo é a limitação do poder punitivo do Estado, pela via do controle das instituições do sistema penal e da amplitude da legislação. A ideia de controle do sistema penal visa, no limite, certificar-se que as ideologias que informaram o surgimento do modelo garantista não produza outros resultados possíveis¹⁶⁷, que não os defendidos, aqui, por Ferrajoli.

Uma variante da proposta é trazida por Jesus-Maria Silva Sanchez (1992), que apresenta o “neoclassicismo” como um modelo garantista que encontra reflexos inclusive no sistema norte-americano – lá, sob o nome *just-deserts-movements* -, e tem por objetivo, também, “submeter a controle o poder punitivo do Estado, exigindo dele uma estrita vinculação aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade¹⁶⁸” (SANCHEZ, 1992, p.35).

Em linhas gerais, é válido caracterizar o garantismo como um movimento que faz demandas tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Processual Penal no sentido de que seus institutos prezem pela racionalidade, pela confiabilidade e pela razoabilidade (aqui empregada no sentido comum do termo). Ou seja, o desenvolvimento de tais ramos do Direito deve ser sempre pautado por estes ideais, de forma que não terminem por reproduzir modelos autoritários, totalitários ou irracionais, o que ocorreu com infeliz regularidade na história humana.

A base do modelo garantista está na formalidade/ confiabilidade da lei ou, em outras palavras, na ideia da legalidade estrita (Direito Penal) que, segundo Ferrajoli (2006), terá

167 Neste sentido a afirmação de Ferrajoli (2006): Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Por exemplo, as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria e Carrara, uma concepção de pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível. E o positivismo jurídico, se por um lado está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano (...) (FERRAJOLI, 2006, p.37).

168 **No original:** *El neoclassicismo (conjunto de actitudes que en los Estados Unidos recibe la denominación de «just-deserts-theory» o «just-deserts-movement» ') pretende someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad''*. (SANCHEZ, 1992, p.35).

como implicações a reserva legal na definição do que será considerado delito, e a garantia de que apenas fatos – e nunca “figuras subjetivas de status ou de autor” - serão definidos como penalmente relevantes. Já no âmbito processual, Ferrajoli (2006) fala em “estrita jurisdicionabilidade”, postulado que exige a verificabilidade das acusações¹⁶⁹ e sua comprovabilidade empírica¹⁷⁰.

Os fins do Direito Penal seriam, portanto, uma dupla proteção; uma ao cidadão vítima do delito, e outra ao autor do delito, já que cada um deles é a parte frágil num dado momento¹⁷¹. Apesar de tal concepção ser, do ponto de vista ideológico, indiscutivelmente desejável, ela encontra obstáculos históricos para sua efetivação, vez que – e aqui o foco está principalmente, mas não apenas, no ordenamento brasileiro – nossa legislação penal foi elaborada, em seus diversos momentos, para proteger determinados grupos detentores de poder político e/ ou econômico¹⁷². O rompimento com esta lógica de utilização estratégica do Direito Penal exige uma série de mudanças na cultura jurídica do país, não dizendo respeito apenas ao perfil da legislação, mas, também, ao perfil dos “operadores” do sistema jurídico.

Em síntese:

Se os Códigos de 1830, 1890 e 1940 continham essa característica de proteção aos bens jurídicos de cariz (proto) liberal-individualista, parece razoável concluir que, a partir de 1988, deveria ter havido uma “virada” na legislação penal, na linha do que

169 Exemplo simples de violação à “verificabilidade da acusação” são os casos de heresia e bruxaria, julgados por tribunais confessionais no passado.

170 O elemento “comprovabilidade empírica”, como o próprio Ferrajoli (2006) dá a entender, é extremamente complexo. Sua aplicação “a ferro e fogo” inviabilizaria boa parte – senão toda – a persecução penal, já que, frequentemente, há elementos subjetivos do injusto que não são empiricamente comprováveis, mas apenas dedutíveis ou mesmo presumidos.

171 Assim afirma Ferrajoli: “É claro que, entendido desta maneira, o fim do direito penal não pode reduzir-se à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. Dito fim supõe ainda a proteção do fraco contra o mais forte, tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, quanto do fraco ofendido ou ameaçado pelas vinganças; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida ou aqueles que com ela se solidarizam”. (tradução nossa). **Na versão espanhola:** *Es claro que, entendido de esta manera, el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituídos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios.* (FERRAJOLI, 1995, p.39)

172 Neste sentido: “Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, principalmente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados”. **Na versão espanhola consultada:** *Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelam intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados.* (BARATTA, 2004, p.301)

indica o constitucionalismo compromissório e social. Entretanto, não foi isso que ocorreu. (STRECK, 2009, p.327).

A passagem acima ilustra bem a posição aqui adotada, pois, se se admite a ideia de força normativa da Constituição (HESSE, 2009), deve-se admitir também que, ao menos gradualmente, o legislador começará a legislar dentro do mesmo espírito informado pela Constituição, algo que é possível perceber através de algumas mudanças pontuais na legislação, como, aquelas que visam consolidar no processo penal brasileiro a característica de ser a prisão exceção, sendo regra a liberdade. Todavia, mais difícil é fazer de tais concepções parte dos valores e da prática dos profissionais do direito, especialmente aqueles que não se veem, nunca, no polo passivo da relação jurídico-penal. Streck, no mesmo texto, cita inúmeros exemplos de julgados em que fica patente a violação dos valores trazidos pela Constituição de 1988.

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem “subtraído”, das águas de um bucólico açude no interior do Estado Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo “traíra”, avaliados em R\$7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furtar R\$10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente, por tentar furtar um par de chinelos... (STRECK, 2009, p.325).

Por essas e outras uma das críticas que tem sido dirigidas ao modelo garantista (SANCHEZ, 1992) é que a defesa do respeito às garantias penais e processuais é insuficiente, sendo urgente “uma efetiva diminuição da intervenção penal, de sua redução ao estritamente necessário¹⁷³”.

Daí a versão contemporânea do Garantismo ser reformulada para ir além da racionalidade e da confiabilidade, apropriando-se da ideia de “Minimalismo penal”, que se inscreve num contexto de garantia de direitos humanos e de justiça social (BARATTA, 2004).

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo da tutela das liberdades dos

173 No original: *Una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al «neoclasicismo» es su limitación a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario.* (SANCHEZ, 1992, p.37).

cidadãos frente ao atributo punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2006, p.102).

Em síntese, o *Minimalismo Penal* abrange a estrutura do garantismo e acrescenta uma dimensão de redução do âmbito de ação do Direito Penal. Leva-se a sério a Constituição, notadamente pela implementação do ideal de que a escolha das situações a serem tuteladas pelo sistema penal seja guiada pela ideia de *ultima ratio*, intervenção penal mínima e subsidiariedade. Em outras palavras, deve-se atribuir prioritariamente aos demais ramos do direito, cujas sanções são menos graves à liberdade do cidadão, a tarefa de solucionar os conflitos que ocorrem no seio da sociedade, mas que não exigem, para um bom desfecho, atuação tão violenta por parte do Estado. Frise-se, novamente, que há uma barreira de difícil transposição, que é a formação histórica do Direito Penal como instrumento de proteção de classes dominantes. Não obstante, trata-se, efetivamente, de um modelo a ser incessantemente perseguido.

3.1.5 Abolicionismo Penal

“Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples fato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não mais encontrar quem deseja ver – isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso.” (HULSMAN; CELIS, 1993, p.61).

Entende-se por *abolicionismo penal* todo pensamento que considera inútil ou injustificável a intervenção estatal sobre condutas desviantes. (FERRAJOLI, 2006). Embora exista também aqui grande variedade de correntes, a versão mais difundida no Brasil é a defendida por Louk Hulsman, que questiona a “possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social”, além de conceber a sanção penal como “intolerável violência na vida das pessoas” (HULSMAN; CELIS, 1993, p.87). De fato, uma reação tão violenta como a pena privativa de liberdade, ainda principal sanção penal típica na maior

parte do ocidente, se não alcança minimamente seus fins declarados, deve, no mínimo ser questionada.

A crítica se torna ainda mais contundente quanto se atenta, novamente, à seletividade do sistema penal, que, como já apontado, historicamente recai sobre parcelas da população que se encontram em condições de inferioridade econômica/ educacional¹⁷⁴, o que as impede de se defender de forma adequada da ação estatal. E ainda, à expansão que ele – sistema penal – tem tido recentemente¹⁷⁵, a fim de garantir o *status quo*, apesar de sua notável incapacidade de atingir seus fins declarados¹⁷⁶.

Um outro aspecto levantado por Hulsman (1993) é a estigmatização que o sistema penal produz, que é objeto de estudos da Criminologia. A síntese da ideia é a seguinte: além de não conseguir realizar seus fins de reeducação, ressocialização, ou mesmo de simples neutralização do indivíduo que se mostra um risco à sociedade, o sistema prisional, ao “devolver” tal indivíduo para o convívio social, terá imprimido nele uma marca que jamais se apagará, qual seja, a condição de egresso do sistema prisional e toda a carga de significado que historicamente isso tem.

O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em “favorecer a emenda do condenado”. O

174 Quando alguém fala que o Brasil é “o país da impunidade”, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. (...). (BATISTA, 1990, p.38-39).

175 (...) a adoção das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, “a deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada do princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão”. (WACQUANT, 2001, p.12)

176 Mas é preciso esclarecer: a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da *aparência* das funções *declaradas* ou *manifestas* na ideologia jurídica oficial, para identificar as funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas da relação *capital/ trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/ meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas. (...) No caso da pena criminal, as funções *declaradas* ou *manifestas* constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções *reais* ou *latentes* encobertas pelas funções *aparentes* da pena criminal, constituem o objetivo de pesquisa da teoria criminológica da pena. (SANTOS, 2006, p.452-453).

sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a “ordem social” na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima. (HULSMAN; CELIS; 1993, p.72).

A “marca” a que anteriormente se referiu é objeto de estudo da criminologia a partir de uma *perspectiva interacionista* ou *labeling approach* ou *teoria do etiquetamento*, que, segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997), perturbou a criminologia tradicional com novas questões referentes aos processos de criminalização, aos processos criminógenos e aos efeitos criminógenos da estigmatização causada pelo sistema penal. “O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo *delinquente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal”. (ROGÉRIO GRECO, 2005, p.53).

Retomando a questão do abolicionismo, tal ideia, nos dias de hoje, apresenta-se utópica, vez que exigiria um modelo de controle social que nunca foi experimentado em grandes populações, especialmente populações heterogêneas como as do ocidente contemporâneo. Embora se tenha notícia de sistemas de punição alternativos, que, como sugere Hulsman (1993), atentam mais para a questão coletiva da restauração do conforto social do que para a questão individual de punir quem cometeu o ilícito, uma aceitação social de tal modelo dificilmente seria possível, conclusão a que se pode chegar pelo fato de que é de conhecimento geral a dificuldade que os sistemas de penas alternativas encontram para ser aceitos, mesmo quando lidam apenas com delitos não violentos. De todo jeito, a posição de Louk Hulsman é clara:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 91).

Em síntese, o pensamento abolicionista – em suas diversas vertentes - defende a supressão do sistema penal, seja pelo fato de ele não ter legitimidade para o que se propõe, seja pelo fato de ele não conseguir realizar minimamente as tarefas a que se propõe ou por

ambos os argumentos. Se sua implementação é praticamente impossível na atualidade, sua existência deve funcionar como um alerta permanente de que é preciso continuar pensando e corrigindo os rumos do sistema penal, a fim de o aproximar de uma condição de eficiência e legitimidade operacional.

3.1.6 O Expansionismo Penal

Por “expansão” entende Silva Sánchez um complexo processo de avanço do Direito penal caracterizado não apenas pela generalizada agravação das penas, mas, sobretudo, pela tendência crescente a utilizar o ordenamento punitivo como instrumento de gestão dos grandes problemas sociais – frente a seu tradicional papel preventivo de riscos individuais – com a consequente tipificação de numerosas condutas relacionadas a setores da vida comunitária até há pouco alheios à intervenção penal. (COPELLO, 2008, p.208, tradução nossa¹⁷⁷).

A ideia de expansão do Direito Penal decorre da complexificação do mundo moderno, fenômeno amplamente relatado pela sociologia, com destaque para os autores como Ulrich Beck, Niklas Luhmann, Anthony Giddens e Zigmund Bauman. Tem-se que com o desenvolvimento das relações sociais e sua internacionalização (ou globalização), há um aumento natural da quantidade e formas de condutas a serem regulamentadas pelo Direito, ou, ainda que não regulamentadas, que tenham algum reflexo no mundo jurídico. Dentre estas novas situações, há, por certo, grande número apto a causar conflitos sociais de toda ordem, com maior ou menor relevância.

A complexificação das relações e sua impessoalização dificulta a solução de eventuais conflitos, em razão da ausência de referenciais morais e jurídicos a guiar os aqueles envolvidos no conflito. Surge ainda a possibilidade da internacionalidade do conflito inviabilizar soluções informais (geralmente menos complicadas que as soluções jurídicas), o que também contribui para o aumento das demandas que chegam ao sistema jurídico.

¹⁷⁷ **No original:** *Por “expansión” entiende Silva un complejo proceso de avance del Derecho penal caracterizado no sólo por una generalizada agravación de las penas, sino, sobre todo, por la tendencia creciente a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales – frente a su tradicional papel preventivo de riesgos individuales – con la consecuente tipificación de numerosas conductas relacionadas con sectores de la vida comunitaria hasta hace poco ajenos a la intervención penal; (...).* (COPELLO, 2008, p.208).

Diante desse cenário, Silva Sánchez (2002; 2008) faz uma análise que lida especificamente com os reflexos deste aumento de demanda no subsistema jurídico-penal. O diagnóstico é de fácil percepção, o desenrolar desta história, não.

A constatação que ele faz é a que se poderia imaginar: o surgimento de novas formas de interação social faz surgir novas formas de comportamento desviante e novos bens jurídicos merecedores ou carecedores de proteção por parte do Direito Penal¹⁷⁸. Apesar de iniciar seu texto deixando claro que se trata de um “manifesto” em favor do *dereito penal mínimo*, Silva Sánchez irá debater a forma com que a expansão deve acontecer, e se há ou não, e se não houver, como passar a ter, legitimidade em tal expansão.

Se é preciso empregar o Direito penal como panaceia para as perturbações sociais, deve-se fazê-lo elástico, de maneira que a precisão dos tipos e o rigor das formas processuais se dissolvam. Silva considera que esta dissolução é um mal, mas há que destacar que mostra uma absoluta compreensão frente a tendência a engrossar o Direito penal cada vez com mais tipos e que não quer – pelo menos, não apenas – censurar esta tendência como “perversão do legislador”; segundo este autor, há que partir de uma “verdadeira exigência social de mais proteção estatal (...)”. (JAKOBS, 2008, p.229, tradução nossa¹⁷⁹).

A obra em questão – *La expansión del Derecho penal* – teve considerável impacto na discussão acerca da modernização do Direito Penal. Ao considerar, por um lado, inadequada a postura daqueles que defendem a manutenção de um direito penal restrito aos bens jurídicos mais tradicionais, e por outro, descabida a ideia de flexibilização de garantias penais, tal como defendida por alguns dos funcionalistas sistêmicos, Silva Sánchez conseguiu de uma só vez desagradar a todos os defensores das posições mais extremas, mas, propôs uma nova linha

178 “(...) Há tempos que as grandes tendências da política criminal já não estão limitadas pelas fronteiras nacionais, e, ao menos desde os últimos vinte anos do século passado, tem se manifestado exigências e princípios de caráter transnacional, frequentemente de modo paralelo às correspondentes transformações das mesmas tipologias criminais de maior relevância. (...)”. (MILITELLO, 2008, p. 237-238, tradução nossa).
Na versão espanhola: *hace tiempo que las grandes tendencias de la política criminal ya no están limitadas por las fronteras nacionales y, al menos desde la última veintena del siglo pasado, se han manifestado exigencias y principios de carácter transnacional, frecuentemente de modo paralelo a las correspondientes transformaciones de las mismas tipologías criminales de mayor relevancia (...)*”.

179 **No original:** *Si hay que emplear el Derecho penal como panacea para las perturbaciones sociales, debe haberse elástico, de manera que la precisión de los tipos y el rigor de las formas procesales se disuelvan. Silva considera que esta disolución es un mal, pero hay que destacar que muestra una absoluta comprensión frente a la tendencia a engrosar el Derecho penal cada vez con más tipos y que no quiere – por lo menos, no solamente – censurar esta tendencia como “perversión del legislador” (...)*. (JAKOBS, 2008, p. 229).

argumentativa que é mais fácil de ser defendida e implementada que as outras duas.

Silva Sánchez utiliza uma metáfora sobre velocidades do Direito Penal a fim de sintetizar causas e consequências e identificar de forma indubitável sua posição. Para ele, é possível repartir os modelos de Direito Penal existentes em três. O modelo chamado de *primeira velocidade* é a forma tradicional: há os bens jurídicos que historicamente foram protegidos pelo Direito Penal – tais como a vida, a liberdade, o patrimônio -, e há a pena privativa de liberdade como sanção típica. Entre fato criminoso e restrição da liberdade, há um processo penal com todas as garantias construídas ao longo dos tempos, fazendo com que o processo penal tenha mais aparência de garantia do acusado do que instrumento de aplicação da lei penal pelo Estado. O modelo dito de *segunda velocidade* diria respeito à face expansionista moderna; há novos bens jurídicos até então desconhecidos – ao menos para o Direito Penal -, e não há, em razão das próprias formas como essa demanda chega ao sistema penal, a possibilidade de haver pena privativa de liberdade ao fim do processo. Entre o injusto culpável e a sanção não restritiva de liberdade de locomoção, há um processo penal com menos garantias – já que a sanção final é branda -, e, por consequência, mais célere. Já a *terceira velocidade* diz respeito a um modelo em alguma medida semelhante¹⁸⁰ à primeira versão do *Direito Penal do Inimigo*, de Jakobs. Trata-se de um sistema voltado para condutas concebidas como especialmente danosas ou ameaçadoras à forma de sociedade em que o ocidente se encontra. Para tais situações, há penas privativas de liberdade com duração maior que o comum, e um processo penal com menos garantias aos acusados, pois a gravidade do fato realizado exige punição severa e rápida, pois é preciso informar – aos eleitores, principalmente - com urgência que algo à altura está sendo feito.

Silva Sánchez entende como legítima a demanda por um Direito penal de segunda velocidade, apesar da objeção um tanto óbvia – e incontestável – de que, para a utilização das sanções existentes em tal situação, mais ágil seria a utilização de outros ramos do Direito, como o Civil, o Tributário e, principalmente, o Administrativo. Todavia, a opção pelo Penal, em tais novos casos, tem algumas compreensíveis razões de ser¹⁸¹.

180 “Em alguma medida semelhante”, pois Silva Sánchez deixa claro que, em sua concepção, toda forma de Direito Penal deve eleger fatos puníveis, e não pessoas puníveis, enquanto Jakobs deu a entender, num primeiro momento, que optava exatamente por tentar identificar pessoas puníveis. Isto, por certo, será objeto de extensa discussão mais adiante.

181 “A opção política pelo Direito penal tem, segundo Silva Sánchez, vantagens não necessariamente ligadas à dureza das sanções: a força do mecanismo público de persecução e a dimensão sancionatória, uma maior neutralidade política (frente ao Direito administrativo) e a imparcialidade própria do jurisdicional. Tudo isso

Um dos argumentos levantados para justificar que tais demandas recaiam sobre o Direito penal diz respeito à ausência de instâncias de controle moral. Numa sociedade internacionalizada torna-se difícil o surgimento de uma uniformidade ética e moral, o que produz o deslocamento da tarefa de “guia” de condutas para instâncias mais “neutras”, como o Direito. A “ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 58). A estabilização de expectativas normativas, neste cenário, passa a ser tarefa que recai integralmente sobre o sistema jurídico.

O segundo argumento pode ser identificado com uma mudança na perspectiva social frente ao Direito Penal, decorrente da identificação da maioria social com as vítimas dos delitos. A demanda de maior sensação de segurança e as respostas rápidas que o sistema penal é capaz de dar fazem com que se abandone a ideia de um ramo do Direito cuja função primária é garantir o cidadão contra o *jus puniendi* estatal, e passe a prevalecer a ideia de que ele, Direito penal, deve ser “*la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos*”. (SÁNCHEZ, 2008, p.47).

O próprio Silva Sánchez reconhece em diversas passagens a incapacidade do sistema penal em lidar com todas as demandas que este novo contexto traz, todavia, admite como legítimas tais pretensões, e defende que é razoável desenvolver “direitos penais distintos” para as situações identificadas como *primeira* e *segunda velocidades* do Direito penal.

Como já mencionado, a posição adotada pelo Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra é mais fácil de ser defendida do que as posições extremadas, seja no sentido de um *direito penal mínimo*, seja no sentido de um *direito penal máximo*. Não obstante, Silva Sánchez dedicou-se a esclarecer o porquê das posições mais radicais serem de difícil sustentação. É particularmente interessante a forma como ele aborda a ideia minimalista de um retorno a um direito penal mínimo focado na proteção de bens individuais e patrimoniais.

contribui para dotar a sanção penal, ainda que não privativa de liberdade, de uma força comunicativa e preventiva muito maior”. (DE LA CRUZ, 1999, p.786, tradução nossa). **No original:** *La opción política por el Derecho penal tiene, según Silva Sánchez, ventajas no necesariamente ligadas a la dureza de las sanciones: la fuerza del mecanismo público de persecución y la dimensión sancionatoria, una mayor neutralidad política (frente al Derecho administrativo) y la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Todo esto contribuye a dotar a la sanción penal, aun sin ser privativa de libertad, de una fuerza comunicativa y preventiva mucho mayor.*

Com efeito, o Direito Penal liberal que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade **nunca existiu como tal**. Por um lado, porque em tal reconstrução se esquece da presença naquele de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. (SÁNCHEZ, 2008, p. 165, tradução nossa¹⁸²) (destaque nosso).

Em síntese, não é possível avançar para o passado glorioso do Direito penal liberal que é mínimo em sua intervenção social, pois nunca existiu um sistema penal com essa feição um tanto quanto romântica. Não há como discordar disso, especialmente após a reconstrução da legislação penal brasileira feita por Lenio Streck (2009), e que já ilustrou partes anteriores desde capítulo.

A grande novidade no posicionamento de Silva Sánchez, porém, parece mesmo ser a aceitação da restrição de garantias em determinados casos, algo que, em geral¹⁸³, não é bem visto pelos penalistas, especialmente – e neste ponto deveria haver unanimidade (infelizmente, não há) – quando se trata de reduzir garantias por questões utilitaristas¹⁸⁴, usualmente precedidas da especial atenção da mídia a um caso específico.

Quando alguém se propõe a discutir algo como uma teoria para o *Direito de Emergência*, a relativização das garantias é um ponto incontornável e deve ser objeto de profunda consideração.

3.1.7 Conclusão

A teorização do sistema penal teve – continua tendo, e sempre terá – diversas faces. O objetivo aqui era apenas apresentar alguns dos mais influentes pensamentos do Direito penal,

182 **No original:** *En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles.* (SÁNCHEZ, 2008, p. 165).

183 Bom exemplo em Rosa (2009).

184 Para uma sintética explicação acerca do utilitarismo em suas versões mais tradicionais, quais sejam, as de Jeremy Bentham e Stuart Mill, cf. Sandel (2011).

notadamente aqueles que precisam ser considerados se se quer pensar em um *Direito de Emergência* adequado ao atual estágio de desenvolvimento da democracia e dos direitos fundamentais.

Além das diferenças decorrentes das diversas concepções filosóficas, das diversas formas de relação entre Direito Penal e Política Criminal e dos diversos fins que são atribuídos à sanção penal, é preciso considerar, também, a possibilidade de se construir uma teoria penal a partir de uma nova teoria da sociedade. Esta é a razão pela qual o pensamento Funcionalista alemão contemporâneo não foi aqui abordado. Ele pressupõe – em especial na versão de Günther Jakobs – mudanças tão significativas em sua base, na forma de ver a sociedade, que analisá-lo com os mesmos recursos utilizados para as linhas aqui apresentadas implicaria, inevitavelmente, incompreensão do que este movimento tem sido.

Apesar de tais diferenças, ter ciência da evolução aqui apresentada é fundamental, pois é possível aprender com os erros e críticas sofridos pelas demais formas de pensar o sistema penal, a fim de se construir uma versão que seja aceitável (legítima) e eficiente no momento histórico em que é proposta, com todas suas características e peculiaridades.

Pode-se extrair aspectos cruciais de cada uma das vertentes apresentadas: os propósitos de confiabilidade e neutralidade de Beccaria, a impossibilidade de “objetivização” do Direito Penal demonstrada pela Teoria do Delito no século XX, na necessidade de usar moderadamente o sistema penal dado o efeito criminógeno do *etiquetamento*, a necessidade de se mudar para lidar com novas realidades, defendida por Jesús-María Silva Sánchez. Tudo isso deve ser considerado, por qualquer tentativa de inovar neste campo, a fim de não se propor algo insustentável desde a origem.

3.2 Fundamentos do Direito de Punir e suas Finalidades

Uma vez superadas as doutrinas de justificação que atribuíam à sanção penal funções que hoje recaem na moral e na religião, o Direito Penal, como um todo, torna-se carente de fundamentos. Como não é possível manter um ramo do direito sem que se possa justificar sua existência¹⁸⁵, essa se tornou, provavelmente, a mais controversa das questões que se

¹⁸⁵ Posicionamento diverso é encontrado na doutrina clássica brasileira: “Para o jurista propriamente dito, o que é a pena e quais as suas características é questão que se resolve precisamente nos termos do Direito positivo.

apresentam aos teóricos do Direito Penal.

Legitimar punição é difícil. A punição é, em princípio, ilegítima; ao punir seus membros, o Estado atinge as mesmas pessoas que ele deveria proteger, interferindo nos direitos que ele próprio deveria garantir, em nome de garanti-los. (DUBBER, 2004, p. 1, tradução nossa¹⁸⁶).

Pode-se afirmar, seguindo a síntese de Fontán Balestra, que “quatro são as ideias fundamentais ao redor das quais giram todas as teorias: retribuição, prevenção, correção e defesa”. (BALESTRA, 1998, p. 87, tradução nossa¹⁸⁷). A análise de cada uma destas vertentes mostra-se essencial ao que aqui se pretende por dois motivos. O primeiro, é mostrar que as críticas feitas ao funcionalismo sistêmico, linha aqui assumida, em geral não se sustentam, pois comuns – porque inevitáveis – a todas as concepções de Direito Penal. O segundo, e mais importante, é que, explicitando cada uma destas vertentes, que surgiram desde a busca pela racionalidade do direito, será possível mostrar que uma teoria penal construída a partir da Teoria dos Sistemas de matriz luhmaniana não compartilha os mesmos ideais, padecendo, todavia, de uma mesma fragilidade, frequentemente destacada por seus críticos, qual seja, a possibilidade de ser má utilizada por aqueles que têm a autoridade para tanto.

Em resumo, o objetivo neste momento é dar uma visão geral das justificações do Direito Penal moderno, e mostrar em que medida tais construções e suas críticas guardam pontos em comum com o pensamento penal, sistêmico ou não.

Cabe ressaltar, desde já, que questionar a estrutura punitiva e suas justificações não é, em si, nenhuma novidade. Todavia, a continuidade destas mesmas estruturas indicam que a crítica precisa continuar, já que, no geral, o *status quo* segue intacto. Um bom exemplo de análise crítica da questão foi a realizada por Otto Kirchheimer, integrante da chamada primeira geração da Escola de Frankfurt. Comentando seu livro *Pena e Estrutura Social*,

Não pede o jurista justificação para o Direito. Toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe e exerce a sua função normativa prescindindo de qualquer indagação de legitimidade. A Filosofia é que opõe a essa posição empírica uma exigência de justificação racional, que acompanha toda construção jurídica, do mesmo modo que outras instituições sociais, e faz transpor as conclusões da sua atividade especulativa ao domínio do Direito.” (BRUNO, 2009, p.11).

186 **No original:** *Legitimizing punishment is hard. Punishment, after all, is prima facie illegitimate; in punishing its constituents, the state harms the very people it is supposed to protect, by interfering with the very rights of claims to guarantee, in the name of guaranteeing them.* (DUBBER, 2004, p.1).

187 **No original:** *Cuatro son las ideas fundamentales alrededor de las cuales giran todas las teorías: retribución, prevención, corrección y defensa.* (BALESTRA, 1998, p.87).

Maíra Rocha Machado e José Rodrigo Rodriguez (2008) destacam que Kirchheimer partiu da constatação de que é a prisão – ou melhor dizendo, já era naquela época, e continua ainda sendo, o que por si só deveria causar alguma estranheza – a “sanção de referência do sistema¹⁸⁸”, e a ela são atribuídas as funções¹⁸⁹ de retribuição e prevenção, sem contudo considerar de forma séria os impactos que ela tem sobre a vida dos envolvidos, ou sua capacidade de realizar tais funções.

Nesse registro, podemos dizer que as teorias da pena contribuem para naturalizar a punição no interior do sistema criminal. Desde a formulação teórica de suas funções, em meados do século XVIII, atribuímos à pena a possibilidade de transformar indivíduos e sociedades, sem qualquer esforço para demonstrar o impacto que a pena de prisão tem em pessoas e sociedades concretas e em períodos históricos determinados. É contra essa concepção que *Pena e estrutura social* se volta. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.123).

Feitas tais considerações, parece estar fora de dúvidas que as sanções penais, bem como a relação entre sanção e justificação continuam a demandar reflexão. É o que se propõe neste momento.

Primeiramente serão tratadas as teorias retributivas e as teorias utilitárias, bastante recorrentes no pensamento penal brasileiro, e na tradição romano-germânica. Em seguida o tema será apresentado também a partir da tradição anglosaxônica.

3.2.1. Teorias Retributivas

As teorias ditas retributivas ou absolutas são aquelas cujo fundamento é visto “na justa retribuição, na retribuição justa do mal injusto, causado pelo criminoso”. (YAROCHEWSKY,

188 O que queremos dizer com “sanção referência do sistema”? Em que pese a existência de outras penas, como a pena de multa, a pena de morte e, em alguns sistemas jurídicos, as penas restritivas de direitos, a pena privativa de liberdade é a mais utilizada. Ela permite que se calcule a gravidade do delito em razão de um determinado tempo, durante o qual a pessoa acusada de sua prática deverá permanecer fora do convívio social. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.121).

189 (...) a prisão como sanção de referência do sistema penal cumpre tradicionalmente duas funções principais. Uma é a de punir o culpado pelo seu ato. A ideia é *retribuir*, causar um mal a alguém que, com sua conduta, causou um mal a uma pessoa ou à coletividade abstratamente considerada. A outra é punir para evitar que a mesma pessoa volte a cometer o mesmo ato ou, ainda, para evitar que as demais pessoas, ao verem a punição desta, não pratiquem atos similares. A ideia é *dissuadir*, tentar impedir que tais atos ocorram no futuro. O direito penal chama isso, curiosamente, de *prevenção*. (MACHADO; RODRIGUEZ, 2008, p.122.)

2005, p.173). Há algumas variedades de teorias retributivas, a depender de sua origem, pois há doutrinas absolutas de origem religiosa, moral e jurídica. (BALESTRA, 1998). Todas as variantes, contudo, partem da ideia de que quem culpavelmente cometeu ações ou omissões, consideradas erradas, merece punição. (ALEXANDER, 2001).

Para melhor compreender como tais fontes diversas influenciam resultados diversos dentro da mesma “linhagem” (qual seja, a das teorias absolutas), parece necessário estar clara a forma de funcionamento das sanções morais e religiosas.

(...) O típico da Moral é entrar no íntimo do homem, introjetar-se, atuar sobre a consciência, trabalhar a ideia do bem e do mal, elevar ou atormentar o espírito. É, contudo, subjetivismo puro, relação do homem consigo mesmo, com a sua consciência (que não nasceu com o homem, foi-lhe imposta pelo grupo onde nasceu e foi educado). (...) Mas a sanção moral é interior. Preocupa-se com as intenções e pune com o remorso. Suas cadeias são as da alma. (COELHO, 2010, p. XXVI).

A justificativa moral da retribuição, de acordo com seus defensores, é algo essencial da natureza humana, que entende que o mal deve ser punido, assim como o bem deve ser recompensado. (BALESTRA, 1998). Sua formulação filosófica mais elegante se deu com a ideia do *imperativo categórico* kantiano¹⁹⁰. Assim, seria obrigação moral punir quem violou seus deveres.

Já a lógica das sanções religiosas é um tanto diversa:

As religiões trabalham para obter comportamentos desejáveis e coibir os indesejáveis, com um sistema de recompensa *post mortem*. Se me comporto bem, ganho o céu; se me comporto mal, destino-me ao inferno, embora exista a possibilidade de redenção no purgatório ou então pela repetição de vidas. (...) O preço da sobrevivência é uma vida regrada por suas normas no mundo, aqui e agora. São formidáveis sistemas normativos e repressores. (COELHO, 2010, p. XXVI).

A sistemática da punição religiosa (judaico-cristã, pelo menos) é direta. Alguns comportamentos são previamente vedados, e quem desrespeita tais normas deve ser punido

190 “A lei jurídica se apresenta como uma versão do imperativo categórico, especializada na fundamentação de deveres aos quais está ligado o uso da força. Se, por um lado, ele (o imperativo) exige, na sua configuração moral, que se aja segundo máximas que também podem ser desejadas com sua validade legal, por outro lado, ele se torna, na sua configuração jurídica, princípio de reconhecimento do direito: 'qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal'”. (KERSTING, 2009, p.163).

por ter violado os preceitos divinos. Tendo *Deus* criado todas as coisas, é então fundamento suficiente para qualquer norma comportamental.

Vale notar que o ponto de coincidência entre os sistemas moral e religioso e o jurídico é o fato de que a responsabilidade pressupõe a liberdade. No sistema moral de matriz kantiana, a injustiça da ação – que implicará em responsabilização – é o fato de ela não poder coexistir se ações similares forem realizadas por outras pessoas. No sistema religioso judaico-cristão, apesar de se conceber um Deus onipresente e *todo-poderoso*, permite-se à pessoa optar por seguir seus regramentos ou não, devendo contudo, ao final, arcar com as consequências de sua escolha. Esta lógica, que precede o Direito moderno, se mantém inalterada.

Nós homens somos livres e por isso também responsáveis por nossas ações ou omissões. Disso ninguém duvida. Por isso, alguém que cometeu um fato penalmente relevante, mas não tem consciência de seu agir, não será penalizado. Ser livre significa saber o que se faz, e não ser compelido por ninguém a fazer. (VOSENKUHL, 2011, p. 22, tradução nossa¹⁹¹).

Resta, portanto, expor a doutrina absoluta de caráter efetivamente jurídico, cuja versão mais difundida é aquela - formulada por Hegel – em que o Estado é compreendido de forma sistêmica, tendo por objetivo a manutenção da ordem estabelecida. Quando alguém, com sua conduta, causa uma ruptura em tal ordem, a sanção penal é imposta, com objetivo de realizar uma “compensação jurídica”. (BALESTRA, 1998). Esta compensação é alcançada negando, com a pena, a negação da vontade geral – que é o fato criminoso -, de acordo com o método dialético hegeliano. (PUIG, 2003).

As doutrinas retributivas seguem uma lógica voltada para o passado. Elas são, na formulação de Sêneca, *quia peccatum*, e não tem sua legitimidade condicionada a finalidades extrapunitivas. (FERRAJOLI, 2006). Ou seja, não se indaga se a pena atingiu objetivos de qualquer sorte. Ela, pena, justifica-se em razão do que foi feito no passado.

Vale agora, a fim de aprofundar o entendimento, observar algumas das críticas feitas às teorias absolutas da pena. A principal – e das mais interessantes - é a objeção apresentada por

191 **No original:** *Wir Menschen sind frei und deswegen auch für unser Tun und Lassen verantwortlich. Daran zweifelt niemand. Deswegen wird jemand, der eine Straftat beging, aber nicht wusste, was er tat, auch nicht bestraft. Frei sein heisst wissen, was man tut, und von niemand zu seinem Tun gezwungen zu sein.* (VOSENKUHL, 2011, p. 22)

Luigi Ferrajoli, referindo-se tanto à versão kantiana quanto à versão hegeliana:

Na base de ambas, como observou Morris Ginsberg, existe uma obscura mas radicada crença na existência de um certo nexos necessário entre culpa e punição. Com efeito, trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a ideia da pena como restauração ou remédio, ou a reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito. (...) Em todos os casos essa distinção primordial da justiça penal é filosoficamente absurda. Assim sendo, continua insuperada a óbvia objeção extraída de Platão de que “o que foi feito não pode ser desfeito (...). (FERRAJOLI, 2006, p. 237)

A objeção acima apresentada parece partir da ideia de racionalidade que se tornou elemento indissociável dos sistemas jurídicos posteriores às revoluções liberais do século XVIII¹⁹². Afinal, punir simplesmente para retribuir é, de fato, violência sem sentido. Se a reação ao ato não irá produzir efeitos benéficos, ou ao menos mitigar efeitos maléficos, a retribuição torna-se apenas uma resposta violenta à violência. Como tal resposta é dada pelo Estado – que detém monopólio da força -, e tem, portanto, custos compartilhados pelos cidadãos, a lógica do “pune-se porque pecou” não se mostra mais aceitável. No mesmo sentido é a objeção apresentada por Fontán Balestra (1998), para quem o racional se realiza visando um fim. Faltando um fim a ação, ela carece de fundamento, daí será chamada irracional. “De tal forma, a inexistência de um fim tira a razão da lei”. (BALESTRA, 1998, p.88, tradução nossa¹⁹³).

Outra crítica apresentada, é que as doutrinas absolutas pressupõem uma infalibilidade que se justifica na perspectiva religiosa, mas não na jurídica, havendo, portanto, que se ter em conta que se trata de uma diferença essencial entre as concepções de justiça divina e humana.

192 Embora, a bem da verdade, a proposta do Iluminismo de estabelecer um padrão de racionalidade tenha falhado. É a lição de Alasdair MacIntyre: “Entretanto, os pensadores do Iluminismo, assim como seus sucessores, mostraram-se incapazes de entrar em acordo sobre quais eram precisamente os princípios que seriam considerados irrecusáveis por todas as pessoas racionais. Um tipo de resposta foi dado pelos autores da *Encyclopédie*, um segundo por Rousseau, um terceiro por Bentham, um quarto por Kant, um quinto pelos filósofos escoceses do senso comum e seus discípulos franceses e americanos. A história subsequente não diminui a extensão de tal divergência. Pelo contrário, ela tem se ampliado. Consequentemente, o legado do Iluminismo é a provisão de um ideal de justificação racional que se mostrou impossível atingir. É daí principalmente que decorre a inabilidade, dentro de nossa cultura, de unir convicção e justificação racional. (...)”. (MACINTYRE, 1991, p.17).

193 **No original:** *De tal suerte, la inexistencia de un fin quita la razón a la ley.* (BALESTRA, 1998, p. 88)

“Não tomar em consideração levar-nos-ia a uma presunção de infalibilidade na justiça humana, que não se coaduna com a ideia de que o homem é falível”. (BALESTRA, 1998, p.88, tradução nossa¹⁹⁴).

Por tudo isso, as concepções absolutas tais como apresentadas, não são compatíveis com o Direito moderno, menos ainda com os ideais que compõem o conteúdo jurídico do Estado Democrático de Direito.

3.2.2. Teorias Relativas

Tendo em vista a insustentabilidade das doutrinas absolutas a partir dos ganhos de racionalidade do movimento iluminista, teorias relativas – também chamadas utilitaristas¹⁹⁵ – foram desenvolvidas a fim de legitimar o Direito Penal, compatibilizando-o com o novo paradigma de Direito.

O utilitarismo, ao menos na medida em que exclui as penas socialmente inúteis, é pressuposto necessário de qualquer doutrina penal sobre os limites da faculdade punitiva do Estado. Não por casualidade é um elemento constante e essencial de toda a tradição liberal. (FERRAJOLI, 1995, p.258-259, tradução nossa¹⁹⁶).

A ideia comum às diversas doutrinas relativas é que elas são justificadas por seus fins, que irão variar entre prevenção e reeducação, ou alguma variação disso, a depender da linha adotada. Assim, para as teorias utilitaristas, “a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve como instrumento de prevenção do crime”. (YAROCHEWSKY, 2005, p.175). Vale ressaltar que, de acordo com o pensamento utilitarista,

194 **No original:** *No tomarla en cuenta nos llevaría a una presunción de infalibilidad en la justicia humana, que no se concilia con la idea de que el hombre es falible.* (BALESTRA, 1998, p.88).

195 Segundo Abbagnano, “o utilitarismo é uma corrente do pensamento ético, político e econômico inglês dos séculos XVIII e XIX”. E continua ensinando que o utilitarismo “substitui a consideração do fim, derivado da natureza metafísica do homem, pela consideração dos meios que levam o homem a agir”. Isto terá por consequência o “reconhecimento do caráter supraindividual ou intersubjetivo do prazer como móvel, de tal modo que o fim de qualquer atividade humana é 'a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas’”. (ABBAGNANO, 1998, p.1002)

196 **Na versão espanhola:** *El utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado. No por casualidad constituye un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal.* (FERRAJOLI, 1995, p. 258-259).

a punição deve ser executada pelo Estado, pois, sendo ele “deliberativo e imparcial, está mais qualificado a determinar qual a justa (ou apropriada) punição e a infligi-la de modo mais eficiente a quem mereça”. (HAREL, 2007, p.2632, tradução nossa¹⁹⁷)

É possível fazer uma primeira divisão destas correntes entre aquelas que propõem a pena como instrumento da prevenção geral, e aquelas adeptas da proposta da prevenção especial. O objetivo, em ambos os casos, é utilizar a pena como meio de evitar a ocorrência de crimes no futuro. No primeiro caso – geral -, o público-alvo da medida é a coletividade; no segundo – especial -, o objetivo é impedir que o sujeito ativo, agora condenado, volte a cometer delitos. Os mecanismos preventivos também são variados. Se a técnica utilizada for a intimidação, o desestímulo ao cometimento de delitos realizado através da pena, então, está-se diante da prevenção negativa, seja ela geral ou especial. Se, por outro lado, a forma de se tentar evitar novos crimes ocorrer “por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos” (FERRAJOLI, 2006, p.236), então, tem-se o que se convencionou chamar de prevenção positiva.

As doutrinas utilitaristas, portanto, buscam sua justificação em aspectos não jurídicos, ou seja, na realização de finalidades que estão além do que usualmente se demandaria ao sistema jurídico – já que reeducação e recuperação de pessoas não são demandas usualmente apresentadas ao Direito Penal ou a qualquer outro ramo do Direito. Tampouco a prevenção dos delitos, que, dentro da lógica da teoria dos sistemas, também não recairia sobre o Direito, mas sobre a política, notadamente no âmbito das políticas públicas. Na síntese precisa de Luigi Ferrajoli, “referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o 'quando' da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o 'como'” (2006, p.236). Em suma, nas teorias relativas, “a razão de ser da pena está no fim que se lhe atribua”. (BRUNO, p.14).

Parece ser indiscutível que as doutrinas utilitaristas apresentam-se mais adequadas ao Direito moderno que as teorias absolutas. Todavia, elas também enfrentam críticas de difícil superação. A primeira delas decorre do próprio fato de sua justificação se basear em

197 **No original:** (...) *the instrumentalist justifications assert that the state-inflicted sanctions are justified because the state is an agent which, being deliberative and impartial, is the most qualified to determine what the just (or appropriate) punishment is and to inflict it on those who deserve it more efficiently than other agents.* (HAREL, 2007, p. 2632).

finalidades extrajurídicas. Ora, se se aceita que isso seja assim, é preciso que tais fins sejam – pelo menos em regra – alcançados. Desta feita, se o fim da pena é evitar novos delitos, seja por parte do condenado, seja por parte de outros potenciais autores, as penas se justificariam se, alçado à condição de penalmente relevante e surgidas as primeiras condenações, um determinado comportamento fosse drasticamente reduzido na sociedade e o índice de reincidência específica fosse baixíssimo. Sob tais condições, é possível concluir que a pena tem falhado incessantemente em cumprir seus objetivos. A tabela abaixo¹⁹⁸, referente ao município de São Paulo, traz dados reais a corroborar tal conclusão:

Crimes	1983	1993	1998	2000	Diferença
População	8.794.544	9.709.424	9.918.862	10.398.576	(+) 18,24
Total de crimes	3.109,75	4.008,25	4.553,21	4.774,86	(+) 53,54
Crimes contra a pessoa	1.070,79	1.107,77	927,25	925,42	(-) 13,58
Homicídios/ tentativas	34,15	50,72	73,00	75,32	(+) 120,56
Lesões corporais	377,32	313,82	296,99	286,31	(-) 24,12

Os números, em princípio, permitiriam duas interpretações. Primeira: os objetivos da pena estariam sendo alcançados em parte, ao menos no que diz respeito aos crime mais leves contra a pessoa. Segunda: a criminalidade naquela região tornou-se mais violenta.

É possível encontrar estatísticas de quase todo o Brasil, e de outros países, mostrando que a sanção penal, como medida preventiva da ocorrência de novos delitos, na vertente da prevenção geral, falhou. Jeffrey Fagan e Tracey Meares (2008), por exemplo, relatam que, apesar da política de encarceramento adotada pelos Estados Unidos a partir da década de 80, as taxas de crimes não diminuíram, havendo inclusive registro recorde de homicídios em quatorze grandes cidades americanas em 1991. Quanto à prevenção especial, apenas em 2011 o Conselho Nacional de Justiça tomou a iniciativa de iniciar um levantamento efetivo quanto aos índices de reincidência. Estimativas, contudo, orbitam no patamar de 70% a 90%, não sendo muito confiáveis em razão da ausência de metodologia, bem como da chamada cifra negra, percentual de delitos que não chegam ao conhecimento do Estado, pelas mais diversas razões. De todo modo, dando crédito aos autores de tais estimativas, geralmente atores do sistema de persecução penal, a conclusão inevitável – e esperada – é a de que também na

198 Taxas por cem mil habitantes. Fonte: www.observatoriodeseguranca.org, acesso em 25/07/2012.

prevenção especial a sanção penal não alcança seus objetivos.

Assim, a justificativa utilitarista da pena não se sustenta, pois se trata de medidas que, em regra, não cumprem minimamente seus objetivos. Neste ponto seria possível fazer o seguinte questionamento: então, se as penas funcionassem não haveria problemas e o utilitarismo que informa tal concepção de pena estaria justificado? Dentro da proposta sistêmica a resposta é negativa. Ainda que o objetivo utilitarista fosse alcançado, tais sanções continuariam sendo uma aberração diante da lógica de que cada sistema tem sua finalidade específica, afinal, estaria concretizada a ideia de que o sistema penal surge para remediar falhas de outros sistemas sociais, como o da educação.

Uma segunda crítica às doutrinas retributivas diz respeito à sua ambivalência, ou seja, inconsistência quanto a ser um instrumento de efetivação e proteção de uma concepção garantista do Direito Penal.

Podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes; uma segunda é aquela que a equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes. (FERRAJOLI, 2006, p.243).

A ideia de ser “útil” depende do ponto de vista do observador. Desta forma, tal concepção não teria força suficiente para ser base do sistema garantista, pois dentre as duas vertentes possíveis, apenas uma delas (a segunda) é apta a legitimar um sistema penal num Estado Democrático de Direito. A primeira possibilidade apresentada por Luigi Ferrajoli seria típica de um contexto em que o *minimalismo penal* não é um referencial perseguido, sendo, inclusive, compatível com sistemas ditatoriais ou totalitários. Exemplo da adoção da garantia da maioria, formada pelos não desviantes, são as Teorias de Defesa, que usualmente são subdivididas em *defesa indireta*, *defesa justa* e *defesa social*. (BALESTRA, 1998). Dentre elas, a de maior relevância é a última – *defesa social* – que parte de uma concepção organicista da sociedade. Assim a explica Fontán Balestra:

Como o homem atacado por uma enfermidade deve recorrer ao médico para curar-se, também a sociedade tem o indiscutível direito de defender-se, inclusive dos alienados, a que se aplicam sanções, não porque delinquiram, mas em razão de que

tais delitos afetam a sociedade. (BALESTRA, 1998, p.91, tradução nossa¹⁹⁹).

Esta crítica, porém, comporta algumas ressalvas. Numa perspectiva sistêmica, parece equivocado esperar que o Direito consiga – por si mesmo – garantir-se contra um uso indevido de seu aparato. Isso porque os mecanismos de fechamento operacional²⁰⁰ garantem um filtro das comunicações, mas, não impedem o uso irregular por quem tenha poder/ autoridade política para movimentar o aparelho de repressão estatal.

Em síntese, nenhuma das teorias que de forma reiterada na tradição latina buscam justificar o Direito Penal conseguem responder adequadamente às objeções a elas feitas, de forma que tal ramo do Direito é, hoje, o mais problemático do ponto de vista dos fundamentos.

3.2.3. Justificações na tradição anglosaxônica

Historicamente, a questão da legitimidade do poder punitivo do Estado não ocupou espaço central nas preocupações dos fundadores dos Estados Unidos e, talvez por isso, não tenha tido naquele país um desenvolvimento tão notável quanto o que ocorreu, por exemplo, com o Direito Constitucional. Na tradição norte-americana, o poder de punir está intrinsecamente ligado ao poder de segurança (policar), que é parte essencial da ideia de soberania do Estado. “De acordo com o dogma federalista, os Estados devem ter poder de policar, pois, sem ele, cessariam de existir enquanto patriarcas soberanos; provido de tal poder, contudo, eles devem também exercer o poder de punir”. (DUBBER, 2007, p.2604, tradução nossa²⁰¹).

199 **No original:** *Como el hombre atacado por una enfermedad debe recurrir al médico para curarse, así la sociedad tiene el indiscutible derecho de defenderse inclusive de los alienados, a los que se aplican sanciones, no porque han delinquido sino por la razón de que ese delito afecta a la sociedad.* (BALESTRA, 1998, p.91)

200 (...) o fechamento do sistema direito ao ambiente não exclui transações entre um e outro. Tal como os sistemas biológicos – os seres vivos -, por exemplo, constituem um sistema autopoietico, mas recebem energia (alimentos, calor, etc) do ambiente, assim como são irritados por ele e reagem, por auto-adaptações, a essas irritações, também o direito mantém uma relação semelhante de fechamento/ abertura com o seu ambiente (o sistema político, a economia, o senso comum, etc). (HESPANHA, 2009, p.220).

201 **No original:** *In federalist dogma, the states must have the power to police because without it they would cease to exist as sovereign patriarchs; endowed with the power to police, however, they also must wield the*

Apesar de se tratar de uma vertente jurídica construída com foco em elementos distintos daqueles presentes na tradição romano-germânica, no que diz respeito às justificações das punições pelo Estado, embora exista alguma divergência no desenvolvimento do raciocínio, as conclusões a que chegam os pensadores da *Common Law* são bastante semelhantes às aquelas encontradas na literatura de língua portuguesa e espanhola. Desta forma, além de apresentar as vertentes lá encontradas, serão destacadas também as formas como elas são trabalhadas, a fim de tentar sofisticar a discussão já apresentada.

Não obstante as semelhanças que serão vistas, cabe reproduzir aqui a advertência feita por Markus Dubber quanto ao que deve ser abarcado por uma justificação do *jus puniendi* estatal.

Uma teoria da legitimação da punição deve fornecer mais que abstratas “razões para punir”; ela deve gerar instituições, normas, regras e doutrinas específicas que garantam a legitimação de todos os aspectos da prática punitiva do Estado. (...) Ela deve ser uma teoria não apenas do Direito Penal substantivo, mas também do Direito Processual Penal, bem como da Execução penal (...). (DUBBER, 2007, p.2007, tradução nossa²⁰²)

Ou seja, uma teoria que pretenda dar legitimidade à atividade punitiva do Estado deve justificar não apenas a fase de definição das normas, mas também a fase de aplicação. (DUBBER, 2004b).

Uma das formas encontradas na tradição angloamericana para justificar as sanções penais é a chamada *Just Deserts Theory*, ou, em tradução livre, Teoria da Mera Retribuição, que é, em boa medida, equivalente ao que na literatura brasileira dá-se o nome de teorias absolutas da pena. Trata-se de uma visão mais retrospectiva do que prospectiva. “O punidor não precisa estar preocupado com futuras decorrências, apenas em prover a punição apropriada a determinada lesão”. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285, tradução nossa²⁰³). Aqui, são considerados relevantes fatores como a magnitude da ofensa e a percepção da

power to punish.(DUBBER, 2007, p. 2604).

202 **No original:** *A theory of legitimacy of punishment must provide more than an abstract “rationale of punishment”; it must generate specific institutions, norms, rules, doctrines that ensure the legitimacy of every aspect of the practice of state punishment. (...) It must be a theory not only of substantive criminal law, that is, but also of procedural criminal law, and of the law of punishment execution as well (what the Germans call Strafvollzugsrecht).*(DUBBER, 2007, p.2007).

203 **No original:** *The punisher need not to be concerned with future outcomes, only with providing punishment appropriate to the given harm.* (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

violação do padrão de moralidade preponderante no local do fato. (DARLEY; ROBINSON, 2002). Isto, porque de acordo com esta linha de pensamento, o que importa é que a sanção seja uma retribuição à altura do crime cometido.

Já a vertente utilitarista, assim como na tradição romano-germânica, contém maior variedade de correntes, dentre as quais se destacam a *Deterrence Theory* e a *Incapacitation Theory*.

A *Deterrence Theory*, ou Teoria da Dissuasão (tradução livre), é a mais conhecida das teorias utilitaristas, e tenta justificar-se com o propósito de evitar novos crimes. Tal corrente se vale da ideia de que o criminoso, bem como os demais cidadãos, são atores racionais. “Ela trabalha mudando os custos e benefícios da situação, de forma que a atividade criminal deixe de ser atrativa”. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p.285, tradução nossa²⁰⁴).

A Teoria da Dissuasão toma em consideração alguns elementos – tais como o risco de descoberta do fato e sua publicidade – no momento de fixar a sanção, a fim de ser efetiva no desencorajamento de novas condutas semelhantes. Assim, por exemplo, condutas que são difíceis de serem descobertas exigem penas mais altas, a fim de manter sua eficácia dissuasória. Trata-se, em linhas gerais, da Teoria da Prevenção Geral, mas, com o aspecto da “escolha racional” – um elemento bem conhecido da teoria política²⁰⁵ – destacado.

A outra variante utilitarista, qual seja, a Teoria da Incapacitação (*Incapacitation Theory*), tem por objetivo tão somente neutralizar o agente criminoso para que ele não volte a cometer delitos. Ela visa apenas tornar impossível ao autor do fato voltar a agir. (DARLEY; ROBINSON, 2002). Em suma, é uma espécie de teoria da prevenção especial, sem a sofisticação dos aspectos positivo e/ ou negativo.

Apesar da semelhança, há um dado teórico subjacente que usualmente não é visto na literatura de língua portuguesa ou espanhola, qual seja, uma análise vinda da Psicologia.

De um ponto de vista estritamente behaviorista, a punição muda as contingências associadas a vários fatores, tratando-se então de um ato estritamente utilitário. Assim, psicólogos, como muitos outros, podem pensar na punição como destinada a suprimir certos atos – em outras palavras, dissuadir. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p.285, tradução nossa²⁰⁶).

204 **No original:** It works by changing the costs and benefits of the situation so that criminal activity becomes an unattractive option. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

205 Sobre a “teoria da escolha racional”, recomenda-se *Political Institutions: Rational Choice Perspectives*. (WEINGAST, 1996).

206 **No original:** From a strictly behaviorist point of view, punishment changes the contingencies associated

Tem-se assim que, embora partindo de pontos em alguma medida diferentes, as justificações encontradas na tradição de língua inglesa chegam aos mesmos pontos, com poucas divergências. É possível afirmar que a única novidade, de fato, é a ideia de que o poder de punir está associado ao poder-dever de policiar, que é – naquela tradição - elemento essencial da ideia de poder soberano. Todavia, esta construção já não parece apta a legitimar a ação punitiva do Estado, pois não oferece boas razões para a formação das normas punitivas ou das normas processuais penais. Assim, ela não preenche todos os aspectos que precisam ser considerados, tal qual a lição de Markus Dubber (2007) anteriormente exposta.

É preciso, pois, continuar a pensar numa forma de legitimar o Direito Penal, pois, não é possível hoje a manutenção de um ramo do Direito – especialmente com sanções tão graves – sem que se consiga justificar racionalmente sua existência.

with various operants and is thus a strictly utilitarian act. So psychologists, like many others, may think of punishment as motivated to suppress certain behaviors – in other words, to deter. (DARLEY; ROBINSON, 2002, p. 285)

4. Democracia, Emergência e *Rule of Law*

“Se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.”

Giorgio Agamben

4.1 Introdução

Sempre que se deseje contribuir para a estabilidade do Estado democrático de direito, um dos aspectos que se mostram mais importantes é a forma de lidar com situações de instabilidade institucional. De tempos em tempos a democracia contemporânea – apesar de sua pouca idade – vê-se diante de desafios para os quais ela nem sempre se mostra prontamente preparada.

Uma das grandes discussões da Teoria da Democracia e da Teoria do Direito na atualidade é aquela referente à melhor forma de lidar com situações de crise; não qualquer crise, mas especificamente aquelas para as quais as instituições – em sua forma usual – não estão aptas a responder. Na precisa síntese de Oren Gross:

Tempos de crise colocam o maior e mais sério perigo para as liberdades e princípios constitucionais. Em tais tempos, as tentações para desconsiderar as liberdades constitucionais estão no ápice, enquanto a efetividade do sistema de pesos e contrapesos está debilitada. Em tempos de crise é usualmente sustentado que benefícios legais devem ser postos de lado como luxos a serem desfrutados apenas em tempos de paz e tranquilidade. Assim, é precisamente em tais tempos que as garantias constitucionais para a proteção de direitos e liberdades são colocadas em xeque. Um comprometimento contínuo para a preservação e manutenção de direitos e liberdades deve ser compatibilizado com o cuidado de não tornar a Constituição um pacto de suicídio. (GROSS, 2003, p.1027-1028, tradução nossa²⁰⁷).

²⁰⁷**No original:** *Times of crisis pose the greatest and most serious danger to constitutional freedoms and principles. In such times, the temptation to disregard constitutional freedoms is at its zenith, while the effectiveness of traditional checks and balances is at its nadir. In times of crisis, it is often argued, legal niceties may be cast aside as luxuries to be enjoyed only in times of peace and tranquility. Yet, it is precisely in such times that constitutional safeguards for the protection of rights, freedoms, and liberties are put to the test. A continued commitment to preserving and maintaining rights, freedoms, and liberties ought to be reconciled with the caution against turning a constitution into a suicide pact. (GROSS, 2003, p. 1027-1028).*

A forma de lidar com as situações de crise profunda é decisiva para o futuro de um Estado que se encontre em tal condição. Apesar dos inúmeros exemplos históricos à disposição, não há muita unanimidade neste tema, havendo respeitáveis argumentos em todas as vertentes.

O objetivo aqui é estudar as diversas formas que tem sido defendidas para lidar com tais situações de vulnerabilidade estatal, desde o caso *Ex Parte* Milligan em que tal problema foi discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, passando pela obra de Carl Schmitt que inaugura esta discussão no século XX (em sua *Teologia Política*) até pensadores contemporâneos que trazem tal discussão para o mundo do pós-II Guerra e pós-11 de Setembro.

Os pontos que têm sido destacados são a dúvida quanto à natureza jurídica do chamado “Estado de Exceção”, a titularidade para se decretar a existência da situação de crise, e, principalmente, quais os limites da atuação do Estado em tais condições. Em síntese, é uma discussão a respeito dos limites/ fronteiras entre o Direito e a Política, ou mesmo quanto à existência de tal fronteira. Vale afirmar, com Roberto Bin (2006), que o tema não é novidade na história do Estado ocidental:

O conceito de crise constitucional é imanente, constantemente atual, na história constitucional europeia, e destaca as etapas mais significativas da ameaça à ordem constituída e a as reações do Estado, tudo inspirado na exigência de proteger a segurança coletiva, mas também ao custo de interromper as garantias constitucionais (...). (BIN, 2006, s/p, tradução nossa²⁰⁸).

Após a apresentação de todos os elementos acima, serão abordados o tratamento da Constituição brasileira quanto às situações de síncope constitucional, e a conexão de tal assunto com a discussão atual sobre o Direito Penal de Emergência.

4.2. Legalidade, ilegalidade e “alegalidade”

²⁰⁸No original: *Il concetto di crisi costituzionale è immanente, costantemente attuale, nella storia costituzionale europea, che è scandita proprio dalle tappe più significative della minaccia all'ordine costituito e dalle reazioni dello stato, tutte ispirate all'esigenza di proteggere la sicurezza collettiva anche al costo di interrompere le garanzie costituzionali (...).* (BIN, 2006, s/p).

Uma das referências no atual debate a respeito das situações de crise é a obra “Estado de Exceção” de Giorgio Agamben (2004), que se inicia justamente por investigar a natureza jurídica de tal fenômeno, relacionando-a com a discussão dos limites entre o Direito e a Política. Em linhas gerais o jusfilósofo italiano propõe duas alternativas: de acordo com a primeira delas, compreende-se que o que prevalece é o aspecto político, o que traz como resultado o fato de a regulação jurídica não poder ser compreendida como parte do sistema jurídico. Na síntese do próprio autor, “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. (AGAMBEN, 2004, p.12).

A segunda variante apresentada sugere a prevalência do Direito sobre a política, de forma que se compreende a exceção como “o dispositivo original graças ao qual o direito refere-se à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão”. (AGAMBEN, 2004, p.12).

A disputa entre tais posições é determinante para uma solução da questão, de forma que tem sido objeto de debate na Europa desde a obra de Schmitt. Para ele, a juridicização do Estado de exceção mostra-se como uma contradição interna do Direito liberal. David Dyzenhaus apresenta o dilema de Carl Schmitt da seguinte forma:

O liberalismo almeja banir o Estado de emergência ou de exceção da ordem legal porque ele quer um mundo onde toda autoridade política esteja submetida à lei. Mas os liberais têm que reconhecer que as normas legais não podem se aplicar ao Estado de emergência. Um Estado de emergência é um vácuo sem lei, um buraco negro legal, em que os atos estatais não estão limitados pelo Direito. (DYZENHAUS, 2008, p.2006, tradução nossa²⁰⁹).

Em outras palavras, trata-se de uma concepção em que a decretação da situação de emergência é um ato legal que tem como resultado a interrupção da regência dos atos estatais pelo direito.

A tal dilema, ainda segundo Dyzenhaus (2008), haveria três possíveis respostas por parte do liberalismo. A primeira – que ele atribui a Locke e ao próprio Schmitt -, seria colocar

²⁰⁹**No original:** *Liberalism aspires to banish the state of emergency or exception from the legal order because it wants a world where all political authority is subject to law. But liberals have to recognize that legal norms cannot apply in a state of emergency. A state of emergency is a lawless void, a legal black hole, in which the state acts unconstrained by law.* (DYZENHAUS, 2008, p.2006)

a fonte de tal contradição fora do ordenamento jurídico, de forma a tornar possível aceitar que a autoridade política não é constituída pelo Direito, cabendo, portanto, àquele que a detém, determinar se se está ou não num Estado de Emergência, bem como a forma de se lidar com ele. A segunda – atribuída a Lord Hoffman -, coloca a contradição dentro da própria ordem constitucional, de forma que o detentor da autoridade política estaria limitado pela Constituição, devendo obedecer às limitações por ela imposta ao exercício dos poderes em situações de emergência. A terceira – atribuída a Dicey, e que em princípio não difere tanto da segunda -, nega a possibilidade daquele que detém a autoridade política usar o Direito para suspender o próprio Direito. Ou seja, o “soberano” continuaria vinculado à ordem legal, não tendo a discricionariedade sugerida por Schmitt ao afirmar que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p.7), já que é característica daquele que Schmitt entende como sendo “soberano” “a habilidade de operar fora da normalidade jurídica” (SCHEPPELE, 2004, p.8, tradução nossa²¹⁰).

Conforme Kim Scheppele (2004), a visão schmittiana diz que a proposta do liberalismo é enganosa quando sugere que a Constituição poderia fazer uma previsão suficiente de todas as situações de crise pelas quais um Estado pode ter que passar. Para Schmitt, uma Constituição nunca poderia ser completa, já que é sempre possível que novos desafios e ameaças nunca pensados surjam, devendo o detentor da autoridade política agir para dar a resposta necessária ao problema. Os limites impostos pelo Direito seriam, eventualmente, verdadeiros entraves à própria sobrevivência do Estado, vez que ao limitar as possibilidades de ação do soberano, poderiam impedi-lo de fazer o que fosse preciso para a continuidade da existência estatal.

(...) quando o campo da vida torna-se tão desordenado que o jurista não pode mais distinguir entre o normal e o anormal, deve o soberano agir – na visão de Schmitt – para restaurar as condições de normalidade necessárias para qualquer sistema de Rule-of-Law fazer sentido. O estado de exceção é, como resultado, o meio para restaurar a ordem necessária para a legalidade existir. (SCHEPPELE, 2004, p.10, tradução nossa²¹¹).

210 **No original:** *Schmitt takes as a defining feature of a political sovereign the ability to operate outside juridical “normality.”*(SCHEPPELE, 2004, p.8).

211 **No original:** *(...) when the field of life becomes so disordered that the jurist can no longer distinguish between the normal and the abnormal, then the sovereign must act—in Schmitt’s view—to restore the condition of normality necessary for any rule-of-law system to make sense. The state of exception is, as a result, the means for restoring the order necessary for legality to exist.* (SCHEPPELE, 2004, p.10)

A visão reflete uma concepção de clara prevalência da Política sobre o Direito em situações limítrofes. Parte do pressuposto de que a continuidade da existência do Estado é algo maior que o respeito ao Direito, e, desta forma, diverge da posição kelseniana que identifica Estado e Direito.

A posição de Carl Schmitt é resultado direto de sua analogia entre o Direito e a Teologia, pois nela, “a ideia do Estado de direito moderno se impõe junto com o deísmo, com uma teologia e uma metafísica que expulsam o milagre para fora do mundo e recusam uma ruptura com as leis da natureza”, ensina Eros Grau (2006, p.xiii), que prossegue afirmando que “assim também é recusada a intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente”. Desta forma, tendo em vista a urgência de se lidar com a situação de crise, cabe ao soberano colocar-se além do Direito²¹².

A consequência da ideia da exceção como algo para além do Direito é a afirmação da maior amplitude da Política em relação ao Direito, de forma que devem existir atos políticos que não podem ser limitados pelo sistema jurídico. (SCHEPPELE, 2004).

A posição de Schmitt reflete alguns dos problemas do positivismo jurídico do fim do século XIX e começo do século XX. O pano de fundo que justifica a tese schmittiana é a concepção – típica do positivismo daquela época - de que o direito é aquilo que o soberano comanda, determina. (SCHEPPELE, 2004). Ora, se o soberano delimita o Direito, qual o elo liga/ vincula o soberano ao Direito? Schmitt, assim como os positivistas de então, sugerem que tal vínculo se dá pela voluntariedade, o que explica a possibilidade de, quando julgar necessário, o soberano postar-se para além do Direito. (SCHEPPELE, 2004). “Além disso, Schmitt incluiu que pode ser uma obrigação do soberano violar as regras normais de governo, porque a integridade e a viabilidade do próprio Estado são responsabilidades dele”. (SCHEPPELE, 2004, p.11, tradução nossa²¹³).

A versão do estado de emergência como estando para além do Direito apresenta ainda

212Vale notar a ressalva feita pelo próprio David Dyzenhaus (2008) quanto à concepção schmittiana de estado de exceção. Para Dyzenhaus, não se trata verdadeiramente de um vácuo legal, mas, “um espaço além do Direito, um espaço revelado quando a lei recua, deixando o Estado, representado pelo soberano, agir”, e termina por afirmar que parece haver pouca diferença entre um buraco negro legal e um espaço para além do Direito, já que nenhum deles é controlado pela *Rule-of-law*.

213No original: *Moreover, Schmitt added that it may be the sovereign's obligation to violate the normal rules of governance because the integrity and viability of the state itself was the sovereign's responsibility.* (SCHEPPELE, 2004, p.11).

hoje outros aspectos positivos. Mark Tushnet (2003), por exemplo, vê como vantagem a possibilidade daquele que tem o poder de decidir pela decretação do estado de emergência, compreender que tal situação é de todo indesejável, e, com isso, ao término a situação que motivou tal decretação, agir para que todos os efeitos da situação de emergência sejam revertidos. (TUSHNET, 2003, p.30). O estar fora da normalidade constitucional poderia/deveria ser percebido como algo a ser combatido, tornando mais ágil a retomada do *Rule-of-Law* pós crise.

4.2.1. Medidas extralegais: versão contemporânea

Uma versão um pouco mais sofisticada da proposta de que as situações de crise podem – em casos extremos – requerer soluções que estão fora do sistema jurídico foi proposta por Oren Gross (2003).

Eu proponho que podem haver circunstâncias em que o método apropriado para se lidar com ameaças e perigos extremamente graves impõe o fardo de ir para fora da ordem legal, por vezes até mesmo violando princípios constitucionais outrora aceitos. (...) Na tentativa de preservar uma consistente fidelidade ao Direito, o modelo de medidas extralegais adota uma forma diametralmente oposta. Postar-se totalmente fora da lei nos casos apropriados pode preservar, ao invés de fragilizar, o Estado de Direito de uma forma que a permanente flexibilização da lei para acomodar as emergências não fará. (GROSS, 2003, p. 1097, tradução nossa²¹⁴).

Os pontos de partida de Oren Gross são a “ética da responsabilidade sobre a ética dos fins últimos”, de Weber, e “o problema das mãos sujas” de Walzer. (GROSS, 2003).

A proposta weberiana, na forma apresentada por Gross, diz respeito à vocação política. Os líderes políticos – aqueles que são políticos por vocação – devem estar preparados para violar princípios e valores fundamentais, se tal violação for necessária para o bem da comunidade como um todo. Todavia, o fato de haver legitimidade para tanto não afastaria

²¹⁴**No original:** *I suggest that there may be circumstances where the appropriate method of tackling extremely grave national dangers and threats entails going outside the legal order, at times even violating otherwise accepted constitutional principles. (...) In endeavoring to preserve enduring fidelity to the law, the Extra-Legal Measures model embraces a diametrically opposite approach. Going completely outside the law in appropriate cases may preserve, rather than undermine, the rule of law in a way that constantly bending the law to accommodate emergencies will not.* (GROSS, 2003, p.1097).

eventual responsabilização de tais políticos. (GROSS, 2003).

A formulação de Michael Walzer diz respeito à busca pelo político moralmente correto. Para identificá-lo bastaria procurar pelas mãos sujas (*dirty hands*). A ideia é que é possível – ou mesmo devido – distinguir entre fazer a coisa certa de um ponto de vista utilitarista, e de um ponto de vista moral, sendo que não há conflito real entre eles, permanecendo ambos o tempo inteiro válidos enquanto ideais. Assim, numa situação de emergência, aquele que detém o poder político é chamado a agir para fazer cessar tal situação, e ele deve fazer o que for necessário para tanto. A ação do agente político, no caso, terá valor do ponto de vista utilitarista, mas será errada do ponto de vista moral. E essa deve ser a percepção correta.

O modelo de medidas extralegais (*Extra-legal Measures*) de Gross vai um pouco além. Para ele é possível a não responsabilização da autoridade política que tenha tomado a atitude necessária, embora contrária à lei, desde que haja ratificação posterior.

O modelo de medidas extralegais leva sua busca [Weber e Walzer²¹⁵] um passo adiante. Ele procura operacionalizar os insights prévios explorando as circunstâncias em que os políticos que fizeram a coisa certa podem verdadeiramente ser absolvidos da responsabilidade legal por seus atos. Para isso ocorrer, o modelo nos informa, não é necessário apenas que haja um consenso geral de que o ato realizado era o correto a se realizar naquelas circunstâncias. Algo mais é preciso – e este algo mais é a ratificação pública, particular e explícita após o fato. (GROSS, 2003, p.1105, tradução nossa²¹⁶).

A ideia da ratificação *ex post factum* impede que a legitimidade popular daquele que detém o poder político funcione como uma carta branca para que ele faça o que bem entender nos momentos de crise.

Uma exigência para que o modelo funcione é que, uma vez tomada a decisão de violar princípios e direitos a fim de fazer frente a uma situação de crise, os atos executados a partir daí pela autoridade política sejam “abertamente, candidamente e completamente revelados ao

215Nota do autor.

216**No original:** *The Extra-Legal Measures model takes their inquiry one step further. It seeks to operationalize the previous insights by exploring the circumstances in which politicians who have done the right thing may actually be absolved from legal liability for their extralegal actions. For that to happen, the model informs us, it is not enough that there is a general agreement that the actions taken were the right thing to do at the relevant time. Something more is needed—and that something more is the public’s explicit, particular, and ex post ratification.* (GROSS, 2003, p.1105).

público”. (GROSS, 2003, p.1111). Afinal, a ratificação do que foi feito só é possível se a opinião pública tem acesso a tudo o que foi feito, de forma a poder compreender e avaliar se as medidas tomadas foram corretas, adequadas e necessárias.

O modelo de medidas extralegais pode ser – e é - criticado a partir de diversos pontos, que, em geral, refletem o receio de que permitir a atuação da autoridade política além (*beyond*) do Direito possibilite o surgimento de governos autoritários ou totalitários. Uma outra linha de crítica reflete a chance de se perder a confiança no sistema jurídico como um todo, sendo consequência disso sua menor efetividade na regulação de comportamentos até mesmo entre particulares.

O próprio Gross (2003) expõe tais questionamentos, afinal, uma vez superada a ideia de que o *Rule of Law* é uma barreira insuperável à atuação estatal, não haveria como se garantir que, num contexto de normalidade institucional, o “soberano” respeitasse fielmente os comandos legais. Outra consequência é a dificuldade de controlar a decisão quanto à continuidade ou não da situação de emergência. Afinal, uma vez atuando fora do Direito, o histórico sistema de *checks and balances* deixaria de funcionar, e o controle da interpretação dos fatos dar-se-ia integralmente na esfera do político.

Por tais razões, não é difícil compreender aqueles que preferem a expansão do sistema jurídico para alcançar as situações de anormalidade. Afinal, estando o poder político permanentemente vinculado ao Direito, o controle de seus atos, e o retorno à normalidade mostram-se mais prováveis.

Não obstante, Gross oferece argumentos que poderiam ser classificados como politicamente realistas, e que, assim sendo, tornam-se difíceis de se rebater, apesar de, ideologicamente, não ser difícil perceber os riscos que trazem.

Em linhas gerais, ele sustenta que a proposta da permanente vinculação ao Direito é ingênua, pois, em situações extremas, aqueles que detêm o poder de agir, irão agir para garantir a continuidade do Estado (e de seu poder, conseqüentemente). Não há nada de novo em tal argumento, e vale recordar que ele está, de certo modo, expresso na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos²¹⁷, o que deve, ainda que tacitamente, influenciar a

217Segundo a Declaração de Independência, governos são criados para proteger direitos dos cidadãos, e, quando o governo deixa de agir para tal finalidade, é direito dos governados alterá-lo ou aboli-lo, instituindo um novo governo baseado em tais princípios. Posteriormente, afirma-se de forma categórica que, quando o governo passa a perseguir objetivos despóticos, é direito e dever dos cidadãos eliminar tal governo, e estabelecer novos guardas para sua futura segurança. O texto da Declaração pode ser consultado em

posição tomada por Gross.

A proposta da ratificação posterior pelos governados mostra-se coerente com o texto fundacional americano, e com o realismo político do autor. A ideia central, segundo o próprio Gross, é que as medidas extralegais são tomadas para preservação de um modo de vida – que não é apenas daqueles que detêm a autoridade política, mas de todos os governados -, e, por isso, deve recair sobre os governados a responsabilidade, em última instância, de validar ou não tais medidas.

A ratificação dos atos pelos governados teria dois efeitos claros. Em primeiro lugar, limitariam a ação para além do Direito, pois o “soberano” teria consciência de que seus atos precisarão ser validados pelos governados, e isso só ocorrerá se estiverem de acordo com os valores de seu povo. Em segundo lugar, ela exige maior participação e consciência política dos cidadãos, o que implica melhor percepção dos valores que informam o modo de vida local, e, isso, sugere o autor, faria com que a chance de um rompimento total do modo de vida – o que inclui o respeito ao Direito – fosse drasticamente reduzida.

Há, inegavelmente, argumentos fortes na defesa da prevalência da Política sobre o Direito. É preciso, todavia, conhecer também o outro lado do debate.

András Jakab (2005) reconstitui o debate entre a prevalência da Política ou do Direito nas situações de anormalidade institucional a partir do que denominou “Teorias Centradas no Estado” (*State-Centered Theories*), “Teorias Moderadas” (*Moderate Theories*) e “Teorias Centradas na Constituição” (*Constitution-centered Theories*).

A primeira delas é uma variação dos já apresentados argumentos a favor da atuação da política para além do sistema jurídico. Já as teorias moderadas sugerem que o direito de fazer o que quer que seja necessário para a continuidade do Estado pode ser limitado por uma detalhada regulamentação constitucional. Citando Ernst-Wolfgang Böckenförde como defensor desta linha, ele sugere que toda instituição estatal teria poderes implícitos em situações de emergência, mas que tais poderes não têm limitações suficientes para se viabilizarem. Seria preciso, então, uma detalhada regulamentação constitucional de tais poderes, a fim de impor barreiras no que diz respeito a extensão e finalidade. Isso evitaria a quebra (*breach*) da *Rule-of-Law*. (JAKAB, 2005, p.12).

A terceira, e que aqui interessa mais de perto neste momento, discute a existência do

direito do Estado de tomar quaisquer medidas que sejam necessárias a sua continuidade, e se divide em uma “versão clássica” (*classic version*) e uma “versão aberta” (*open version*).

A versão clássica enfatiza os riscos que surgem com a atribuição de poderes emergenciais fora da Constituição. Valendo-se das palavras de Adolf Arndt, Jakab afirma que “toda especulação sobre um estado-de-emergência supraconstitucional, que permita medidas não justificadas pelo texto constitucional, não é nada além de deplorável máscara de inconstitucionalidade, de traição constitucional. (ARNDT *apud* JAKAB, 2005, p.13, tradução nossa²¹⁸).

A versão aberta, embora também exija previsão constitucional dos poderes de todos os agentes estatais, admite a existência de poderes implícitos (*implied powers*), já que, ao estabelecer atribuições, competências e tarefas, a Constituição estaria, automaticamente, concedendo os poderes necessários à execução e manutenção de tais responsabilidades.

Jakab (2005) resume o debate ao dilema “efetividade contra medo do abuso” (*effectivity vs. fear of abuse*).

É possível (e útil) encontrar outras formulações que defendam a supremacia da constituição sobre a autoridade política. Uma possibilidade, aponta Mark Tushnet (2003), é assumir a Constituição como único referencial de ação estatal em tempos de crise. Assim, ainda que situações não previstas se apresentem, deveriam aqueles que têm o poder-dever de agir, guiar-se pelo texto constitucional, interpretando-o. Há, continua o constitucionalista de Harvard, o problema do modelo constitucional de emergência ser falho justamente nas situações em que poderes emergenciais são mais necessários. Em tal situação, mais que em qualquer outra, a pressão sobre os agentes políticos aumentaria, pois é deles a responsabilidade de lidar com situações de anormalidade.

Bernadette Meyler (2007) informa que a tentativa de manter as reações estatais em situações de emergência de algum modo limitadas pela Constituição tem obtido sucesso graças ao risco que existe à própria legitimidade do Estado, quando o Direito é posto de lado. A defesa da supremacia da Constituição neste caso mostra-se melhor opção, pois é garantia de retorno à normalidade, o que inclui garantia dos cidadãos eventualmente submetidos a um regime de exceção. Nas palavras da autora, “no centro de tais garantias parece estar uma

²¹⁸**No original:** *All speculation about a ‘supra-constitutional state of emergency,’ permitting measures not justified by the documentary constitution, is nothing but a deplorable glossing-over of unconstitutionality, of constitutional treason. (ARNDT apud JAKAB, 2005, p.13).*

norma de preservação daqueles submetidos ao regime particular de governo, bem como a manutenção da viabilidade do sistema político como um todo” (MEYLER, 2007, p.21-22, tradução nossa²¹⁹).

Apesar da certeza proporcionada pela regulamentação legal das situações de crise, é possível questionar se tais garantias existem de fato, ou seriam algo como um “efeito placebo” decorrente da existência da lei. Nesse sentido vai a argumentação de Andrei Marmor (2003):

Se assumirmos que qualquer forma de controle social que verdadeiramente refere-se a uma forma de governo é legal, então o ideal de que o governo deve ser limitado pela lei se torna moralmente vago. De forma alternativa, se impusermos substantivos limites morais àquilo que conta como lei, então o ideal do governo limitado pela lei passa a significar que deve ser limitado pela boa lei, o que, como já vimos, é um ideal muito amplo. (MARMOR, 2003, p.5, tradução nossa²²⁰).

O que o autor parece dizer é que a imposição de limites legais à atuação estatal – em todos os casos, mas em especial em situações de crise – depende, antes, da difícil definição sobre o que caracteriza um sistema legal. A partir disso, a afirmação posterior no sentido de que o governo limitado pelo Direito é preferível a qualquer outra forma de governo (MARMOR, 2003) torna-se ainda mais complexa.

De toda forma, há ainda mais variações a favor da prevalência do Direito sobre a Política. Uma dessas variações decorre de uma decisão histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja, aquela proferida no caso *Ex Parte Milligan*²²¹, de 1866.

Lamdin P. Milligan, um cidadão norte-americano natural e residente do Estado de Indiana foi preso em sua casa no dia cinco de outubro de 1864, por ordem do comandante militar do *district* de Indiana, Major-General Hovey, e, pela mesma autoridade, encarcerado num presídio militar nos arredores da capital do Estado, Indianapolis. No dia vinte e um do mesmo mês Milligan foi levado a julgamento perante um tribunal militar, acusado de

²¹⁹**No original:** *At the core of these guarantees seems to lie a norm of preserving those subject to the particular governmental regime while also maintaining the viability of the political system as a whole.* (MEYLER, 2007, p.21-22).

²²⁰**No original:** *If we assume that any means of social control which actually amount to a form of governance are legal, then the ideal that government should rule by law becomes morally vacuous. Alternatively, if we impose some substantive moral constraints on what counts as law, then the ideal that governments should rule by law would amount to the ideal that governments should rule by good law, which, as we have already seen, is too broad an ideal.* (MARMOR, 2003, p.5).

²²¹171 U.S. 2 (1866).

participar de uma associação secreta chamada *Sons of Liberty* (“Filhos da Liberdade”, em tradução literal) que estaria conspirando contra o governo dos EUA, mantendo contato com o inimigo (no caso, o outro lado da Guerra Civil americana), conspirando para “apreender” (*seize*) munições estocadas nos arsenais da região, entre outras condutas criminosas.

Milligan foi condenado por todas as acusações à morte por enforcamento, a ser executada na sexta-feira, 19 de maio de 1865.

Em 10 de maio de 1865, Milligan peticionou à *Circuit Court* para Indiana, alegando não ter sido “pronunciado” pelo *Grand Jury* civil, e que jamais foi militar de qualquer natureza, jamais foi parte de nenhuma milícia e jamais teve contato com qualquer residente de qualquer dos Estados envolvidos na guerra civil. A partir daí, questionou a autoridade do tribunal militar para julgá-lo, bem como a aplicabilidade dos estatutos/ leis que foram aplicados ao caso.

Encurtando a história, o caso chegou até a Suprema Corte que teve que decidir a respeito dos limites que existem para o Executivo em situações de exceção. O voto condutor da maioria foi dado pelo *Justice* Davis, que, na passagem que aqui mais interessa, asseverou:

(...) é direito de nascença de todo cidadão americano quando acusado de um crime de ser julgado e punido de acordo com a lei. (...) Pela proteção da lei, direitos humanos estão assegurados. Retire tal proteção e estão todos à mercê de maus governantes ou do clamor popular de pessoas agitadas. (Davis, 71 US 2 (1866), tradução nossa²²²).

E, posteriormente, em voto dissidente proferido pelo *Chief Justice* Chase, há a explicitação da supremacia da Constituição:

Nós concordamos com a proposição de que nenhum departamento do Governo dos Estados Unidos, nem o Presidente, nem o Congresso, nem os Tribunais possuem quaisquer poder que não tenham sido dados pela Constituição. (Chase, 71 US 2 (1866), tradução nossa²²³).

²²²**No original:** (...) *it is the birthright of every American citizen when charged with crime to be tried and punished according to law. (...) By the protection of the law, human rights are secured; withdraw that protection and they are at the mercy of wicked rulers or the clamor of an excited people.* (Davis, 71 US 2 (1866)).

²²³**No original:** *We agree in the proposition that no department of the government of the United States-neither President, nor Congress, nor the Courts-possesses any power not given by the Constitution.* (Chase, 71 US 2 (1866)).

Afirma-se, pois, categoricamente, não haver, mesmo em se tratando de situação de guerra – já que era esse contexto do julgamento – autoridade superior à da Constituição.

O posicionamento consubstanciado no voto condutor de Davis foi utilizado por Gross (2003) para exemplificar o que ele chamou de “absolutismo constitucional” (*constitutional absolutism*), que teria duas implicações principais, quais sejam, quaisquer poderes que o governo tenha para lidar com situações de crise não podem ser utilizados para diminuir, quanto mais suspender, as garantias constitucionais; segunda, qualquer que seja a emergência, o governo não pode alegar ter nenhum poder além daqueles expressos na Constituição. (GROSS, 2003, p.1047).

O absolutismo constitucional é, ainda segundo Gross (2003), uma característica do modelo que ele designou de “Negócios como de costume” (*Business as Usual Model*, tradução livre), em que se defende não haver necessidade – independente da crise que se apresente – de se abandonar a normalidade e se criar um Estado de exceção. As normas devem ser seguidas como de costume, independente do contexto que se apresente.

Por certo a nomenclatura utilizada (“absolutismo”) é uma clara demonstração da opinião de Gross no sentido de que ela é inadequada. Uma das críticas apresentadas é que se trata de uma posição ingênua, pois a história mostrou que em situações de crise aguda, admitindo-se ou não a atuação do Executivo para além (*beyond*) do Direito, aqueles que tiverem o poder (fático) de agir, irão agir. Outra crítica, já apresentada de certa forma, é que, uma consequência deste absolutismo, somada com a faticidade da reação daqueles que detêm o poder, pode implicar a quebra da confiança do sistema legal, gerando uma situação pior do que aquela decorrente da decretação de um estado de exceção. Por último, poderiam inverter-se os valores: ou seja, ao afirmar que a Constituição permanece como tal, seja em situações de normalidade, seja em situações de anormalidade, ocorreria o inverso, ou seja, os poderes anômalos concedidos para lidar com situações de crise passariam a ser utilizados também num contexto de normalidade. (GROSS, 2003). As posições da supremacia constitucional parecem ser uma tendência, em razão de uma mudança (tardia) de posicionamento. “Recentemente nossas prioridades mudaram. Nós agora consideramos os direitos humanos mais seriamente, e somos menos deferentes à soberania estatal, de forma que uma questão central da ética internacional é como conciliar direitos humanos e soberania”. (WELLMAN,

2012, p.119, tradução nossa²²⁴).

Em síntese, os modelos que defendem a supremacia da Constituição, em qualquer caso, tem suas vantagens e desvantagens em relação aos modelos que sustentam a prevalência da Política sobre o Direito. Deve-se, portanto, investigar a existência de modelos mistos. A eles, Oren Gross designa “Modelos de Acomodação” (*Accommodation Models*).

4.2.2. Modelos mistos: excluir incluindo

Os modelos de acomodação, como o nome sugere, buscam regulamentar a ação estatal em momentos de anormalidade, de modo que, dentro da situação de emergência, poderes especiais sejam atribuídos aos órgãos devidos, sem, contudo, abandonar-se o modelo de controle constitucional dos atos estatais. “Este modelo, sugere-se, permite a adesão contínua ao princípio da legalidade e a confiança nos valores democráticos fundamentais enquanto fornece ao Estado as medidas adequadas para superar a tempestade trazida pela crise”. (GROSS, 2003, p. 1058, tradução nossa²²⁵).

Em boa medida, a diferença entre os modelos de acomodação e os da supremacia da constituição é mínima ou mesmo inexistente. Isto, porque há modelos não radicais de ambos os lados que têm pontos de contato tão grandes que tornam difícil estabelecer uma distinção precisa. De toda forma, vale fazer uma apresentação generalista, a fim de deixar claro que há propostas no sentido de se diferenciar uma e outra linha de pensamento. Assim sendo, parece razoável assumir que a grande diferença é o fato de os modelos de acomodação reconhecerem a possibilidade de uma situação de anormalidade fática alterar a forma de aplicação/ interpretação constitucional, enquanto os modelos de absolutismo constitucional, em regra, refutam esta influência da faticidade sobre a aplicabilidade.

De acordo com Oren Gross, o voto divergente do então *Chief Justice* Chase no supramencionado caso *Ex Parte Milligan* é um exemplo de modelo de acomodação, numa

224No original: *Recently, however, our priorities have shifted. We now take human rights more seriously and are correspondingly less deferential to state sovereignty, so a central question of contemporary international ethics is how to adjudicate the tension between state sovereignty and human rights.* (WELLMAN, 2012, p.119).

225No original: *This compromise, it is suggested, enables continued adherence to the principle of the rule of law and faithfulness to fundamental democratic values, while providing the state with adequate measures to withstand the storm wrought by the crisis.* (GROSS, 2003, p.1058).

vertente denominada de “interpretação acomodativa”, segundo a qual a necessidade de poderes adicionais para lidar com emergências pode ser suprida com a interpretação expansiva dos poderes já constitucionalmente estabelecidos. No caso – para evitar a introdução de um novo exemplo -, os poderes do Congresso americano em casos de guerra foram interpretados expansivamente, de modo a possibilitar a supressão de direitos individuais que, em situações de normalidade, não poderiam ser tocados pelo Legislativo ou qualquer dos poderes constituídos. (GROSS, 2003).

O segundo modelo trazido por Gross foi chamado de “acomodação legislativa”, e consiste na possibilidade da criação *in casu* de normas específicas para reger a situação de crise. Assim, o sistema legal “comum” seria mantido intacto tanto quanto fosse possível, e medidas específicas para as emergências (*emergency-specific provisions*) seriam criadas para complementar o ordenamento jurídico.

Este modelo também adere à ideia de que o Estado deve lidar com emergências sob o manto da lei. Porém, simultaneamente, considera o sistema jurídico ordinário inadequado para lidar com as pressões de situações específicas. Ao invés de tentar modificar a legislação existente (como feito no modelo anterior [por meio da interpretação²²⁶]), o esforço é dirigido para a criação de normas emergenciais substitutivas, que pertençam a uma determinada exigência (ou a potenciais futuras exigências). (GROSS, 2003, p.1065, tradução nossa²²⁷).

Em alguma medida este modelo se assemelha à ideia de um Direito Penal de emergência (como o chamado *Feindstrafrecht*), na forma sugerida por Günther Jakobs (2009), apesar de as emergências tratadas pelo catedrático da *Universität Bonn* serem, em princípio, menos drásticas do que aquelas com que os teóricos do Estado de Exceção lidam.

A ideia da criação de uma legislação de emergência específica, separada e complementar em relação à legislação ordinária apresenta – como todos os demais modelos já expostos – algumas desvantagens.

Talvez a primeira objeção a ser levantada diz respeito ao risco de se criar um sistema

226Nota do autor.

227**No original:** *This model also adheres to the notion that emergency must be met by the state and its agents under the umbrella of the law. Yet, at the same time, it deems ordinary legal norms to be inadequate for dealing with the pressing needs emanating from the specific emergency. Rather than attempting to modify existing legal norms (as is done under the previous model), the effort is directed at creating replacement emergency norms that pertain to the particular exigency (or to potential future exigencies).* (GROSS, 2003, p.1065).

jurídico carente de princípios²²⁸ (GROSS, 2003), o que causaria dificuldades na aplicação, já que a ausência de referenciais principiológicos confiáveis torna por demais amplas as possibilidades interpretativas. Em outras palavras, questionado um determinado ato realizado sob o crivo da legislação de emergência, deveriam os juízes desenvolverem raciocínios específicos também, ou deveriam interpretar qualquer questão que se apresente a partir dos mesmos pressupostos com que julgam os casos referentes ao sistema jurídico “ordinário”?

Outro risco é que a legislação de emergência termine por se tornar o referencial dominante, podendo até mesmo passar a ocorrer a interpretação da Constituição de acordo com as leis de crise, o que inverteria a lógica hierárquica do direito contemporâneo.

Os riscos de se criarem leis em situações de anormalidade parecem bastante evidentes, tanto que há textos constitucionais, a exemplo do brasileiro, que vedam, por exemplo, que a Constituição seja modificada durante a vigência de situações de síncope constitucional²²⁹.

Por outro lado, sugere Gross (2003), a existência de uma legislação emergencial específica pode tornar mais eficiente a reação estatal, permitindo que a crise seja contornada antes de que suas proporções coloquem em xeque a viabilidade do Estado naquele determinado momento.

Em suma, o debate referente ao melhor tratamento legal dos tempos de anormalidade está longe do fim. É preciso, todavia, tomar uma posição e justificá-la.

A perspectiva que aqui se defende está entre o absolutismo constitucional e os modelos de acomodação.

O argumento da ingenuidade daqueles que creem no absolutismo constitucional radical diante dos exemplos históricos é bastante convincente, especialmente quando se considera que já houve mesmo situações em que a própria permissão constitucional foi manipulada a fim de viabilizar um estado de exceção quase permanente²³⁰.

228O termo “princípios”, neste ponto, deve ser entendido da forma como se entende o que se quer dizer por ter “princípios orientadores”, e de modo algum deve ser confundido com os princípios jurídicos e os profundos problemas de conceituação, aplicação e utilização que hoje recaem sobre eles.

229Art. 60, §1º da Constituição brasileira de 1988.

230O exemplo, aqui, é o manejo do art. 48 da Constituição de Weimar pelo então chanceler alemão Adolf Hitler. Segundo Kim Scheppelle (2004), o citado artigo dava ao chefe do executivo poderes extraordinários (*extraordinary powers*) para lidar com ameaças ao sistema. Tais poderes incluíam o de suspender determinados grupos de direitos, bem como o de utilizar as Forças Armadas para lidar com distúrbios domésticos. E Scheppelle termina por informar que “através destes mecanismos absolutamente constitucionais, o 'nada constitucional' estado alemão nazista nasceu”. (2004, p. 12). Corroborando com o entendimento exposto, Giorgio Agamben diz que “o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física

Por outro lado, permitir a criação de leis como resposta imediata à crise, ou seja, legislar “no calor do momento”, não parece uma opção aceitável, já que o processo legislativo, por definição, exige tempo para discussão e aprofundamento de ideias. Tempo para ouvir argumentos divergentes e convergentes, para discutir as implicações de cada argumento e de cada solução proposta.

Já o modelo da acomodação interpretativa, ao que parece, não pode ser evitado. Desde de que superada a ideia do fechamento interpretativo característico do positivismo de fins do século XIX e começo do século XX, a possibilidade de se desenvolverem institutos a partir da interpretação do texto existente não parece passível de controle por via legal. O controle que deve haver – até por ser o único possível – é o argumentativo, que ocorrerá de forma endoprocessual, mediante o efetivo contraditório garantido aos envolvidos no caso. Tal modelo parece salutar, já que a estrutura do processo, em princípio, garante a formação de uma convicção não solipsista, mas dialógica, cuja concretização não é imediata, mas construída ao longo do processo, havendo, portanto, tempo para maturação de ideias e posições. Este modelo, ao que parece, ajusta-se com perfeição ao adjetivo “democrático”, definido por Jürgen Habermas como “a condição de participação com igualdade de oportunidades de todos em um processo de legitimação guiado pela via da discussão pública”. (HABERMAS, 2008, p. xviii).

Em síntese, um modelo de acomodação em que o estabelecimento dos instrumentos para lidar com as crises é feita *a priori*, em situação de normalidade, parece ser o melhor, já que garante os ideais anteriormente expostos, inclusive o ideal principiológico, a servir de guia para as decisões que todos os aplicadores²³¹ das leis tenham que tomar.

Esta posição, contudo, fica em alguma medida fragilizada diante de um questionamento, qual seja: e se os institutos de emergência criados *a priori* falharem?

Talvez não exista resposta satisfatória para esta questão, mas, parece razoável aceitar que se os instrumentos que a Constituição criou para garantir sua supremacia não são suficientes, talvez isso seja um indicativo de que tal ordem constitucional tenha chegado ao seu limite, e seja o momento de se criarem “novos guardas para as futuras gerações”.

não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”. (2004, p.13).

231 Por aplicador deve-se entender, também, intérprete, vez que uma condição é inseparável da outra.

4.3. O Conceito de Emergência

“...In a democracy, the fight against terror is subject to the rule of law...”

Dorit Beinisch

Embora a discussão quanto aos limites da regulamentação jurídica da situação de crise já tenha sido razoavelmente desenvolvida, parece salutar dar um passo atrás e buscar um conceito de “emergência”. Este recuo é justificado pelo fato de que os referenciais trabalhados pelas diversas correntes apresentadas são, por vezes, bastante diversos. Desta forma, a tentativa de se estabelecerem definições para o termo pode ser um componente útil à escolha de uma ou outra vertente, e, ainda, possibilita pensar em outros casos que possam ser constatados. Em último caso, basta pensar nas mudanças que o mundo presenciou desde meados do século XIX para ter-se a convicção de que, quase inevitavelmente, as questões apresentadas à Suprema Corte dos Estados Unidos em 1866 - no discutido caso *Ex Parte Milligan* - são distintas daquelas em que pensavam Carl Schmitt (2006) e Walter Benjamin na Alemanha “entre-guerras”, que por sua vez tem aspectos diversos daqueles que são o pano de fundo do pensamento de Oren Gross (2003) e David Dyzenhaus (2008) no mundo pós-11 de Setembro. Nos dizeres de Giorgio Agamben (2004), “somente erguendo o véu que cobre essa zona incerta poderemos chegar a compreender o que está em jogo na diferença – ou na suposta diferença – entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente”. (2004, p.12).

Uma passagem que ilustra de forma satisfatória o problema dos conceitos é trazida por Mark Tushnet (2003):

A já longa duração da “Guerra ao Terror” sugere que nós não devemos pensar como nela como pensamos na II Guerra Mundial enquanto “guerra”. Ela é, talvez, mais uma condição do que uma guerra – mais como a guerra contra o câncer, a guerra contra a pobreza, ou, de forma mais pertinente, a guerra contra o crime. Mas, dizer que a lei é silente durante uma condição mais ou menos permanente é bem diferente de dizer que a lei é silente durante tempos de guerra – ou, talvez, de forma mais acurada, que a lei que fala quando estamos em condições como a da guerra ao crime é simplesmente diferente daquela de quando não precisamos estar especialmente preocupados com o crime. (TUSHNET, 2003, p.6, tradução nossa²³²).

²³²**No original:** *The already long duration of the “war on terrorism” suggests that we ought not think of it as a war in the sense that World War II was a war. It is, perhaps, more like a condition than a war – more like the war on cancer, the war on poverty, or, most pertinently, the war on crime. But, to say that law is silent during a more-or-less permanent condition is quite different from saying that law is silent during wartime – or, perhaps more accurately, the law that speaks when we are in a condition like the war on crime is simply*

Nota-se que a palavra “guerra” foi utilizada em novas significações, provavelmente com a intenção de transmitir a urgência que as novas situações trazem, mas sem querer de fato ter o mesmo significado ou as mesmas implicações que tem em seu significado convencional ou tradicional. Isso, ao que parece, confirma a necessidade de se deixar claro, em cada caso, o que significa dizer que se está em uma situação de emergência, de crise ou num estado de exceção. “À incerteza do conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica”. (AGAMBEN, 2004, p.15).

De acordo com Oren Gross (2005), os regimes de emergência modernos têm um referencial comum, qual seja, a ditadura romana²³³ (*Roman dictatorship*). A instituição da ditadura era estranha à estrutura governamental da república, pois não havia nenhum sistema de contrapeso em relação ao poder atribuído ao ditador. A ele era conferida toda a força necessária para combater inimigos externos, porém, “restrições constitucionais bem definidas eram estabelecidas a fim de evitar indesejados aumento e abuso de poder e retorno à monarquia”. (GROSS, 2005, p.1-2, tradução nossa²³⁴).

É possível começar a pensar num fechamento conceitual do termo seguindo Kim Scheppele (2004), que ensina que as expressões “estado de emergência” (*emergency state*) e razão de estado (*reason of state*) têm sido utilizadas quando “um estado é confrontado com uma ameaça mortal, e responde com ações que jamais seriam justificáveis em tempos normais, dados os princípios que regem aquele Estado”. (SCHEPPELE, 2004, p.4, tradução nossa²³⁵).

Interessante notar, com Klaus Günther (2004), que já no princípio do século XVII era discutida a possibilidade do Estado violar a literalidade das leis em casos excepcionais a fim de garantir a finalidade das mesmas. Günther traz uma citação de Christoph Besold, do ano de

different from the law that speaks when we think we need not be specially concerned with crime. (TUSHNET, 2003, p.6)

233Ele se refere especificamente às duas ditaduras de L. Quinctius Cincinnatus (520 a.C-430 a.C).

234**No original:** *Hence, although giving the dictator all the powers needed to defend the republic against its enemies, well-defined constitutional restrictions were laid out in order to prevent unwarranted agrandizement and abuse of the powers of the dictator and a return to the monarchical system.* (GROSS, 2005, p.1-2).

235**No original:** *the situation in which a state is confronted by a mortal threat and responds by doing things that would never be justifiable in normal times, given the working principles of that state.* (SCHEPPELE, 2004, p.4).

1614, em que tal hipótese é levantada e, a partir daí, inicia uma breve investigação que indaga “como será que razão de Estado e equidade tornaram-se sinônimos no entendimento dos contemporâneos?”. (GÜNTHER, 2004, p.361). Este breve questionamento sugere, então, que tal equiparação ocorreu em razão da positivação do Direito, que, informada pela ideia da equidade, altera o modo de atuação do soberano e do Direito.

Neste caso, equidade teria sido um dos conceitos precursores do princípio fundamental da razão de Estado, o “príncipe liberado das leis” (*princeps legibus solutus*). Se a razão de Estado invade a função da equidade, naturalmente alteram-se as metas. O objetivo já não será realizar o Direito natural, correspondendo à natureza do assunto, contra a lei geral que, no detalhe, é insuficiente, contudo importará fazer com que o Direito, no seu todo, esteja a serviço dos objetivos do Estado. (GÜNTHER, 2004, p.361).

Nesta tradição se insere também Carl Schmitt, que, ao definir “exceção”, apresenta um conceito ainda mais abstrato, a partir do qual, contudo, é possível estabelecer algumas diretrizes conceituais.

A exceção não é subsumível; ela se exclui da concepção geral, mas, ao mesmo tempo, revela um elemento formal jurídico específico, a decisão na sua absoluta nitidez. Em sua configuração absoluta, o estado de exceção surge, então, somente quando a situação deva ser criada e quando tem validade nos princípios jurídicos. (SCHMITT, 2006, p.13).

Em momento posterior, conclui: “não existe norma aplicável ao caos”. É possível perceber a partir desta passagem, que a opção do autor pela prevalência da Política sobre o Direito é determinante do conceito apresentado (ou, talvez, o conceito apresentado seja determinante da opção pela Política).

De toda forma, neste primeiro momento é possível identificar o que deveria ser o ponto comum de um conceito “universal” de crise, qual seja, a insuficiência da legislação usual, comum, ordinária, bem como das instituições por ela estabelecidas, para lidar com a situação que se apresenta, colocando em risco a própria continuidade do Estado/ Governo.

Na tentativa de definir emergência, Wayne McComarck (2005) propõe classificá-la em três categorias, quais sejam, a natural (*natural*), a tecnológica (*technologic*) e a complexa

(*complex*). A primeira delas diz respeito a situações em que desastres naturais afetam a forma usual de ação de determinado local. Basta pensar nos casos do furacão Katrina nos EUA ou no tsunami que varreu a região do “círculo de fogo do pacífico”, há poucos anos. A emergência tecnológica diz respeito à “destruição ou imobilização de instalações e infraestrutura, seja intencional ou não” (2005, p.74, tradução nossa²³⁶). Por fim, complexa são as situações de crise que colocam em risco a vida/ sobrevivência em razão de fatores políticos, notadamente envolvendo altos níveis de violência.

Nota-se que todas as sugestões trazidas têm considerável grau de abstração. Tal situação, ao que parece, é coerente – do aspecto de uma relação cíclica de causa e efeito – com a incapacidade de se definir a melhor forma de lidar com emergências. Então, o que se faz, normalmente, é estabelecer critérios genéricos, que, embora não possibilitem uma definição precisa do conceito, devem permitir, *in casu*, a verificação da existência ou não da situação de crise.

Na prática não costuma ser tão fácil, tanto que há também discussão sobre a titularidade da decretação do estado de exceção, ou seja, discute-se quem está apto a dar a palavra final sobre a existência ou não da anormalidade. Talvez seja razoável aceitar que situações de emergência, a ponto de desencadear a mudança do “paradigma” de atuação estatal sejam um *Cisne Negro*²³⁷.

Uma última sugestão pode ser trazida a fim de fortalecer a tese da impossibilidade do conceito universal e atemporal. Zachary Calo (2009) discutindo o uso da tortura como instrumento para lidar com algumas situações de crise, traz a ideia de “Emergência Suprema” (*Supreme Emergency*), de Michael Walzer.

Walzer define a emergência suprema em termos bastante estreitos. Seu objetivo é estabelecer limites radicais à noção de necessidade e remover tal conceito para tão longe quanto possível da realidade da política cotidiana. Uma emergência suprema existe, escreve ele, “quando nossos mais profundos valores e nossa sobrevivência coletiva estão em perigo iminente”. (CALO, 2009, p.1600, tradução nossa²³⁸).

236**No original:** *Technologic emergencies include destruction or immobilization of facilities or infrastructure, whether intentional or not.* (MCCORMACK, 2005, p.74).

237“O que chamamos aqui de Cisne Negro é um evento com os três atributos descritos a seguir. Primeiro, o Cisne Negro é um *Outlier*, pois está fora do âmbito das expectativas comuns, já que nada no passado pode apontar convincentemente para a sua possibilidade. Segundo, ele exerce um impacto extremo. Terceiro, apesar de ser um *outlier*, a natureza humana faz com que desenvolvamos explicações para sua ocorrência após o evento, tornando-o explicável e previsível”. (TALEB, 2008, p.16).

238**No original:** *Walzer defines supreme emergency in exceedingly narrow terms. His aim is to establish*

Vale observar que apesar de continuar sendo um conceito aberto, a ideia do risco coletivo iminente e o propósito de retirar tais conceitos do âmbito do que é “comum” na política são bastante desejáveis. E é possível sustentar tal “desejabilidade” por dois argumentos. Primeiro, porque a ideia de risco iminente é muito trabalhada do ponto de vista do Direito – por exemplo, a partir do conceito legal de legítima defesa; segundo, porque impedir que os conceitos de necessidade e emergência caiam na linguagem política ordinária parece salutar para impedir o risco, em outro momento já mencionado, de que o que hoje é aceitável somente em situações de anormalidade torne-se expediente comum no dia a dia estatal. Basta pensar na reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro, notadamente em alguns institutos criados ou decorrentes do *Patriot Act* – tal como a *rendition*²³⁹ -, para se visualizar o problema da normalização do que não é normal.

O que parece ser possível, porém, é estabelecer níveis distintos de emergências que, por serem diferentes, exigem reações diversas, mais ou menos gravosas.

Quando se pensa em níveis distintos, torna-se viável imaginar um escalonamento de situações, começando por aquelas em que a ordem legal constitucionalmente estabelecida é apta a responder à crise, sem que nenhuma modificação seja necessária, passando por aquelas em que os modelos constitucionais de emergência e suas respectivas legislações especiais precisam ser utilizadas, chegando, por fim, à situação da *Suprema Emergência* – nos termos de Walzer -, em que os agentes que detêm poder de agir, agirão, eventualmente de forma apartada do direito.

Durante a emergência suprema a necessidade torna-se a regra em relação à qual leis ordinárias são julgadas. A lei da necessidade (Rule of Necessity) fornece os valores mais altos a que o líder está obrigado. Não é mais a fidelidade à lei, mas a fidelidade a uma ordem superior de responsabilidade que define a vocação do oficial político (...). (CALO, 2009, p.1601, tradução nossa²⁴⁰).

“radical limits to the notion of necessity” and to remove the concept as far as possible from the reality of ordinary politics. A supreme emergency exists, he thus writes, only “when our deepest values and our collective survival are in imminent danger[.]”. (CALO, 2009, p.1600).

239Possibilidade de se transportar pessoas para fora da jurisdição dos tribunais americanos, a fim de que os agentes atuantes no caso não sejam responsabilizados com base na legislação do país.

240**No original:** *During supreme emergency, necessity becomes the rule against which ordinary laws are judged. The “rule of necessity” provides the “highest values” to which the leader is obligated. It is thus no longer fidelity to law, but fidelity to a higher order of responsibility that defines the vocation of the political*

Em seguida, contudo, continua Zachary Calo explicando que, para Walzer, a *emergência suprema* não é uma carta em branco para o agente político. “Ela é um mandado temporário que permite ao governante operar fora da lei, em uma fonte paralela de autoridade”. (CALO, 2009, p.1602, tradução nossa²⁴¹).

“Ele se diferencia de um incidente particular na medida em que merece interesse público e exige uma análise diferente de um homicídio cometido por ciúme, por exemplo”, afirmou Jürgen Habermas em entrevista a Giovanna Borradori (2003, p.34, tradução nossa²⁴²). No mesmo sentido parece estar Joseph Raz (2011):

A autoridade pública é, em última análise, baseada no dever moral que indivíduos têm em relação aos seus companheiros. Será que estes comentários implicam uma rejeição total de qualquer doutrina de *raison d'état*, da visão de que governos por vezes podem, de fato devem, agir por razões que vão além das obrigações dos indivíduos? Não. Implicam a subordinação das razões políticas à moralidade individual comum. (...) Às vezes, como foi observado acima, ao basear-se em razões estratégicas indiretas pode-se alcançar maior conformidade com as razões básicas subjacentes do que é possível com uma tentativa direta de persegui-las. (RAZ, 2011, p.67).

Apesar da opinião compartilhada por diversos autores da necessidade do retorno à normalidade, ou seja, à fidelidade à *Rule of Law*, há também outros que, a exemplo de Agamben²⁴³ e Bauman²⁴⁴, têm uma imagem mais sombria de tais questões, sendo o primeiro

official. (CALO, 2009, p.1601).

241 **No original:** *It is a temporary warrant which permits the ruler to operate apart from law, in a parallel source of authority.* (CALO, 2009, p.1602).

242 **No original:** *It differs from a private incident in that it deserves public interest and requires a different kind of analysis than murder out of jealousy, for example.* (BORRADORI, 2003, p.34).

243 “Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”. (AGAMBEN, 2004, p.19). Noutra passagem: “Ao invés de deduzir a definição do campo a partir dos eventos que aí se desenrolaram, nos perguntaremos antes: o que é um campo, qual a sua estrutura jurídico-política, por que semelhantes eventos aí puderam ter lugar? Isto nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (mesmo que eventualmente ainda verificável), mas, de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos”. (AGAMBEN, 2002, p.173).

244 “Na falta do quadro institucional de estruturas 'arbóreas' (...) a socialidade pode perfeitamente retornar a suas manifestações 'explosivas', ramificando-se e fazendo brotar formações de grau variado de durabilidade, mas invariavelmente instáveis, calorosamente contestadas e destituídas de base em que se apoiar – à exceção das ações apaixonadas e frenéticas de seus partidários. A instabilidade endêmica dos fundamentos precisará

propositor da ideia de que a excepcionalidade jurídica dos campos nazistas (*Konzentrationslager*) tornou-se o referencial do estado de exceção – que é hoje a regra, na visão dele – moderno, e o segundo defensor da ideia de que a fragilidade da forma e dos institutos tradicionais do Estado estão dando lugar a formas menos louváveis de controle e segurança.

É em razão dos extremos acima expostos, de Walzer a Agamben que o tema continua atual, demandando reflexão para evitar algo que pode alimentar o cenário desenhado nas piores versões acima apresentadas: conformismo.

(...) Nos estágios iniciais, o conformismo poderia ser usado para fazer o terror menos violento e ideologicamente menos insistente; assim, ele serviria para fazer a transição de um clima de liberdade para o estágio pré-totalitário menos perceptível. (ARENDR, 2005, p.425, tradução nossa²⁴⁵).

O perigo que expõe Hannah Arendt, ao que parece, é aquele já antes mencionado, de se aceitar como fatídica a normalidade da exceção. Daí a insistência em se tentar estabelecer uma gradação de emergências, de forma a dificultar ao máximo a escalada até a situação em que a ação do governante deixe de ser guiada pela fidelidade ao direito (*Rechtstreue*) e passe a se guiar pelo princípio da necessidade (CALO, 2009).

Em suma, a posição aqui defendida é a de que apenas as posições extremas do debate, quais sejam, a da prevalência absoluta da política, e a da supremacia absoluta do direito, não são viáveis: a primeira pelo risco de descaracterização do Estado de Direito (*Rule of Law*), e a segunda pelo risco de parecer ingênua numa situação de insuficiência dos meios institucionalizados para solução de crises.

A possibilidade de aplicação da tese da *suprema emergência*, porém, eleva o problema da justificação da autoridade política a seu nível mais complexo. Enquanto se está dentro dos modelos constitucionais de crise, a estrutura de autoridades estatais permanece inalterada. No

ser compensada. Uma cumplicidade ativa (voluntária ou forçada) nos crimes, que só a existência continuada de uma 'comunidade explosiva' pode isentar efetivamente de punição, é a candidata mais provável a ocupar a vaga. Comunidades explosivas precisam de violência para nascer e para continuar vivendo. Precisam de inimigos que ameacem sua existência e inimigos a serem coletivamente perseguidos, torturados e mutilados, a fim de fazer de cada membro da comunidade um cúmplice do que, em caso de derrota, seria certamente declarado crime contra a humanidade e, portanto, objeto de punição". (BAUMAN, 2001, p.221).

²⁴⁵No original: *In the initial stages, conformism could conceivably be used to make terror less violent and ideology less insistent; thereby it would serve to make the transition from a free climate into the stage of a pre-totalitarian atmosphere less noticeable.* (ARENDR, 2005, p.425).

momento em que é preciso atuar de forma apartada ao direito, fica a questão da fonte de autoridade, já que o simples respaldo eleitoral não parece um argumento forte o suficiente. A questão ainda se mostra mais difícil, quando se pensa na autoridade para determinar a mudança de nível da emergência. Quem pode decidir sobre ser ou não o momento de agir com base no princípio da necessidade, e não mais com fundamento na fidelidade ao direito?

4.4. A Justificação da Autoridade

Ao longo dos tempos inúmeros foram os critérios utilizados para identificar uma autoridade legítima. Dentro da ideia contemporânea de Estado Democrático de Direito, a fonte de autoridade estatal repousa numa combinação de elementos, tais como eleição sem fraudes, respeito aos direitos humanos, controlabilidade das ações de Estado e respeito à supremacia da Constituição. Estes são elementos essenciais, mas que têm sido objeto de reflexão, de modo a torná-los mais sólidos e controláveis. Um elemento implícito nos acima expostos é o que Joseph Raz chamou de “doutrina da liberdade”.

A doutrina da liberdade é parte integrante da doutrina da autoridade. Consiste em princípios que obrigam autoridades políticas a protegerem e promoverem liberdade àqueles que a elas estiverem subordinados. Estes são alguns dos princípios que constituem a doutrina da autoridade, isto é, aqueles que determinam as condições sob as quais uma pessoa tem autoridade legítima e pelas quais as autoridades deverão guiar suas ações. (RAZ, 2011, p.22).

Do argumento exposto parecem decorrer algumas consequências imediatas, notadamente um compromisso com as liberdades daqueles que estão submetidos à tal autoridade. Um estudante de Teoria do Estado é informado logo no início de seus estudos que dois dos elementos que caracterizam o Estado contemporâneo são a existência de um *Poder* e de *finalidades*. Ora, se mesmo na mais elementar versão do pensamento democrático o elemento poder deve ser referenciado pelo elemento *povo*, resta claro que o elemento finalidade é o ponto de junção entre eles. Assim, a liberdade é um item que, dentro deste quadro, parece ter valor autônomo, sendo o respeito a ela algo fundamental para a percepção da legitimidade de qualquer autoridade.

Todavia, não se pode permitir ter uma visão simples da ideia de liberdade, compreendendo-a como algo atrelado unicamente aos indivíduos, até porque essa visão já se mostrou historicamente insuficiente²⁴⁶. A proteção da liberdade é uma via que garante tanto indivíduos quanto o próprio Estado. Isto fortalece sua força enquanto argumento. Um bom exemplo desta dupla via da liberdade foi dado pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a que inaugura o chamado *Bill of Rights*. Ela garante a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e o direito de petição, e, num primeiro momento, é lida como expressão clara de garantia de liberdades individuais e garantia das minorias. Não obstante, ela tem também importante função dentro da estrutura do Estado (regido pelo princípio do *Rule of Law*):

Assim, apesar de o texto da Primeira Emenda ser amplo o suficiente para proteger direitos de minorias impopulares (como as Testemunhas de Jehovah e os Comunistas), seu núcleo histórico e estrutural visava proteger direitos de maiorias populares (como os Republicanos do final do século XVIII) contra um possível Congresso sem representação e com interesses próprios. (AMAR, 1998, p.21, tradução nossa²⁴⁷).

A passagem ilustra um argumento em prol da doutrina da liberdade como elemento legitimador das autoridades, pois, quando o Estado garante liberdades, garante sua própria continuidade. Tal raciocínio sugere que o “princípio simples”, que Joseph Raz (2011) define como a afirmação de que a liberdade é em si mesma intrinsecamente valiosa, deve ser defendido como aspecto fundamental na construção de uma autoridade.

Proteger a(s) liberdade(s) individual, viabilizando projetos de vida que se baseiam em concepções individuais do que seja uma vida boa aparenta ser um dos meios mais aptos à obtenção de consentimento por parte dos cidadãos. Tal argumento²⁴⁸ vai na linha do que Raz

²⁴⁶Assim ensina João Bosco Leopoldino da Fonseca, considerando a formação da doutrina econômica da Constituição brasileira de 1934: “Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata acabou por sufocar o próprio cidadão que dele era titular. A sustentação da liberdade como um apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que lhe prestava seu trabalho. Esta relação degenerou em exploração”. (FONSECA, 2004, p.109).

²⁴⁷**No original:** *Thus, although the First Amendment’s text is broad enough to protect the rights of unpopular minorities (like Jehovah’s Witness and Communists), the Amendment’s historical and structural core was to safeguard the rights of popular majorities (like the Republicans of the late 1790s) against a possibly unrepresentative and self-interested Congress.* (AMAR, 1998, p.21).

²⁴⁸Vale lembrar, sempre, que tal linha de argumentação diz respeito à realidade dos Estados liberais ocidentais que, diversamente dos Estados não liberais, percebem a delimitação do conceito de vida boa como tarefa

(2011) chamou de princípio antiperfeccionista, que “pretende que a implantação e a promoção dos ideais de uma boa vida (*good life*), embora valiosos em si mesmos, não são uma questão legítima para a ação do governo” (2001, p.101). E conclui que “a ação do governo deveria ser neutra quanto aos ideais de uma boa vida. Tal doutrina é uma doutrina de controle”. (RAZ, 2011, p.101). Novamente, há uma ligação explícita entre *povo*, *poder* e *finalidade*, simbolizados pela representatividade eleitoral, pela defesa da liberdade dos membros da sociedade e pela continuidade do Estado.

Todavia, vale observar que numa situação de anormalidade institucional, a manutenção desta estrutura básica pode ser posta em xeque, de modo que a defesa da liberdade individual apresente-se como sendo, num determinado momento, aparentemente incompatível com a finalidade estatal. E é neste contexto que parece útil a sugestão de Michael Walzer no sentido de que o princípio da necessidade legitima a ação do governante, desde que tal ação vise o restabelecimento, tão imediatamente quanto possível, da situação de normalidade institucional/ constitucional. Como também anteriormente mencionado – numa citação de Joseph Raz -, há situações em que abandonar a perseguição objetiva a determinados valores pode ser o meio mais útil a assegurar estes mesmos valores. Um exemplo disso é a ideia que uma democracia radical deve permitir todo e qualquer discurso, menos aquele que vise acabar com a própria democracia. (MOUFFE, 1999). Ora, se democracia se caracteriza pela aceitação de opiniões diferentes, a ideia anteriormente exposta mostra justamente um limite em que a proteção dos ideais democráticos pode ser feita de forma mais eficiente abandonando-se, pontualmente, estes mesmos ideais.

Apesar de tal linha de argumento ser defensável, não afasta a força das críticas – já até repetitivas – de que qualquer abandono, ainda que temporário, da ordem constitucional, implica em riscos dos quais inúmeros eventos históricos são exemplos. Daí a sugestão de um escalonamento de níveis de emergência, a fim de assegurar – tanto quanto possível – a manutenção das ações de Estado dentro de um paradigma de constitucionalidade, o que diminui os riscos em razão da atuação dos sistemas de pesos e contrapesos previstos nas constituições.

Em síntese, uma justificação legitimante da ação da autoridade estatal, ainda que informada pela *emergência suprema*, poderia ser constatada pelo atuar com fidelidade ao

própria do Estado (RAZ, 2011, p.100). Basta pensar nos Estados confessionais do Oriente Médio ou nos países pseudobolivarianos da América Latina para se visualizar a distinção.

direito (*Rechtstreue*), ou seja, afirmando a excepcionalidade da crise, e buscando sempre o rápido retorno à normalidade constitucional.

Há, contudo, outras vertentes argumentativas que devem ser trazidas ao debate. Uma das mais sofisticadas é de autoria de Ronald Dworkin (2011). Em princípio ele expõe a posição utilitarista quanto à questão: “Quais direitos individuais poderiam ser tão importantes a ponto de superar todas as demais variadas justificações²⁴⁹?” (DWORKIN, 2011, p. 329, tradução nossa²⁵⁰).

Para responder a isso ele propõe um princípio de legitimidade que até então não foi utilizado por outro autor (pelo menos dentre aqueles aqui abordados).

Uma comunidade política não tem autoridade moral para criar e aplicar obrigações contra seus membros a menos que os tratem com igual consideração (*concern*) e respeito: a menos, isto é, que suas políticas (*policies*) trate seus destinos como igualmente importantes, e respeite suas responsabilidades individuais por suas próprias vidas. (...) (DWORKIN, 2011, p.330, tradução nossa²⁵¹).

A interpretação que aqui se dá a tal proposta é que ela indica como princípio de legitimidade não a fidelidade ao direito – até porque este critério já se mostrou insuficiente, sendo esta a lição que fica do artigo 48 da Constituição de Weimar -, mas, o respeito à dignidade humana, entendida como aceitação de que não cabe ao Estado eleger quais cidadãos ou grupos de cidadão têm concepções de boa vida melhores, mais desejáveis, devendo, apenas, ter por todas igual respeito, bem como reconhecer a capacidade de cada pessoa de autodeterminar-se, escolher seus projetos de vida.

Dworkin apresenta tal argumento com o intuito, inclusive, de torná-lo uma justificação universal dos direitos humanos. A implicação que tal princípio de legitimidade tem sobre as fronteiras do direito e da política é o de elevar, radicalmente, a exigência de fundamentação da decisão que declara que, a partir de determinado momento, as ações serão praticadas com fundamento no *princípio da necessidade*, dada a existência de uma *emergência suprema*. E isto, pois, seguindo Dworkin, adota-se a ideia de que além do direito político a igual

249Ele está discutindo exatamente justificações para ações políticas, ou, legitimidade política.

250**No original:** *What interests of individual people could be so important as to trump almost all these varied other justifications?* (DWORKIN, 2011, p.329).

251 **No original:** *A political community has no moral powers to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fate as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives.* (DWORKIN, 2011, p.330).

consideração e respeito, as pessoas – todas elas – tem um direito mais fundamental, “o direito de ser tratado *como* um ser humano cuja dignidade tem importância fundamental”. (DWORKIN, 2011, p.335, tradução nossa²⁵²).

Tal princípio de legitimidade é, portanto, um trunfo e um limite ao agir estatal, pois apto a justificar a atuação “além” do direito, contudo, e assim deve ser mesmo, de difícil concretização.

Ao que parece, ademais, tal princípio de legitimidade deveria ser utilizado em toda ação estatal – de todos os Poderes constituídos - que tivesse reflexos sobre os cidadãos. Assim, em especial os atos restritivos de direitos, deveriam passar pelo filtro de tal princípio de legitimidade, sob pena de ser tido como não justificado tanto do ponto de vista legal quanto do ponto de vista político. A própria passagem pelos graus de emergência anteriormente sugeridos deveria seguir tal referencial.

4.5. Conclusão

Este capítulo teve por objetivo discutir os limites e a legitimidade da atuação de quem detém o poder num Estado, quando este se encontra diante de uma situação de crise. A discussão iniciou-se pela constatação de que contextos de anormalidade institucional são parte da história dos Estados, havendo diversos exemplos históricos que podem ser utilizados como referencial de estudo.

Quanto aos limites do Estado, chegou-se à conclusão de que é possível atuar fora dos limites legalmente estabelecidos²⁵³, desde que de forma transitória, buscando sempre o retorno ao paradigma de constitucionalidade/ legalidade. Ainda, diante da insuficiência deste critério isolado, foi trazido à tona o princípio da legitimidade, exposto por Ronald Dworkin (2011), que diz só haver legitimação na ação estatal quando o governante obedece a dois requisitos, quais sejam, ter igual respeito pelo destino de todos os cidadãos, e aceitar que cada um tem

252 **No original:** (...) *a right to be treated as a human being whose dignity fundamentally matters.* (DWORKIN, 2011, p.335).

253 Em sentido contrário, ensina Baracho (1985) que, para o publicista francês León Duguit, “constituído o poder político, as ordens desse poder só serão legítimas se estiverem em conformidade com o direito. O emprego da coação material por parte do poder não é legítimo, senão quando destinado assegurar a sanção prevista pelo direito.” (BARACHO, 1985, p.15).

autoridade para escolher seus próprios ideais de vida boa, não cabendo ao Estado estabelecer tais diretrizes.

Desta feita, os critérios de legitimidade trabalhados são vários, e devem ser considerados “em cascata”, a depender do contexto com o qual se esteja lidando. Em regra, a legitimidade decorre da obediência à Constituição e à lei, ou seja, pelo atuar dentro dos limites previamente estabelecidos, seja para situações de normalidade, seja para contextos de perturbação interna, desde que ainda regidos pelos modelos constitucionais de crise. Já nos casos da *emergência suprema*, em que há uma tendência de atuação para além do direito, regida pelo princípio da necessidade, deve o agente público guiar-se pelo princípio de legitimidade acima exposto, bem como pela busca incessante do retorno à constitucionalidade/ legalidade.

Ao longo do caminho, foram conhecidas tentativas de responder-se a tais questões apenas com a política e apenas com o direito, e foram mostrados argumentos e exemplos históricos no sentido da insuficiência de ambos, quando atuando de forma isolada. Seja o absolutismo constitucional, seja o abandono do direito em prol da política mostraram-se, diversas vezes, insuficientes ou ingênuos para lidar com situações complexas a ponto de colocar a existência do próprio Estado em risco.

Foi observada, ainda, a possibilidade de que, existindo uma situação de crise em que as instituições aparentemente tendam a ruir, conclua-se por ter chegado a um ponto em que é mesmo preciso deixar que acabem, para que novas instituições mais fortes e adequadas surjam.

Ao final, concluiu-se pela necessidade de estabelecer-se estágios de crise, a fim de fornecer instrumental para lidar com situações de anormalidade, e dificultar a chegada ao ponto em que aqueles que detenham o poder se vejam chamados a abandonar as amarras jurídicas, e agir primordialmente a partir do princípio de necessidade.

Esta forma, ao que parece, é a que se mostra mais apta a garantir o máximo respeito possível aos direitos fundamentais, bem como à Constituição.

O objeto desta pesquisa, contudo, não são as situações em que o Direito já não se mostra suficiente, mas, a construção de um modelo de Direito Penal de Emergência a ser utilizado em casos excepcionais. E é esta tarefa que estará no centro das atenções.

5. Solucionando Quebra-cabeças: mudança estrutural do sistema penal

“...a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição da pesquisa normal para a extraordinária”. Thomas S. Kuhn

5.1 Introdução

A história dos métodos punitivos estatais mostra que eles têm se modificado ao longo dos tempos a fim de se adequarem às novas realidades que surgem. O presente capítulo tem por objetivo defender a ideia de que, o “breve século XX” (HOBSBAWM, 1995) e o começo do século XXI foram palco de transformações tão radicais no ocidente que o Direito Penal, construído a partir das matrizes iluministas, não responde mais de forma satisfatória às demandas que chegam a ele.

Em outros termos, o objetivo neste momento é construir uma argumentação apta a sustentar que houve uma mudança de paradigma no que diz respeito ao Direito Penal enquanto ramo autônomo das ciências jurídicas. Por certo que a própria viabilidade do conceito, e a forma com que melhor pode ser utilizado é objeto de complexas análises, havendo inclusive discussão quanto sua aplicabilidade em relação às ciências sociais²⁵⁴. O fato de esta discussão existir, por si só, produz o questionamento quanto a ser possível o uso do termo em relação a um sub-ramo de uma ciência.

A resposta que se tentará defender é que, não apenas é possível, mas é desejável e necessário. Se é verdade que não se discute que algumas das significações dadas à ideia de paradigma não são adaptáveis às ciências não exatas, é também verdade que é possível desenvolver um outro tanto de significados em que o termo se mostra perfeitamente viável, por exemplo, no âmbito das ciências sociais aplicadas, que aqui interessam mais de perto.

Este capítulo será iniciado, portanto, com duas discussões. A primeira delas, mais

254 Por todos, Cruz (2009), em obra que discute amplamente a forma e a utilização da ideia de “paradigma”.

breve, buscará estabelecer o conceito de paradigma que se tem em mente quando se diz que há um novo paradigma para o Direito Penal contemporâneo. A segunda será dedicada a mostrar quais os eventos construíram o paradigma anterior, e quais os eventos deram causa à mudança para o atual, ou, pelo menos, quais os eventos tornaram insustentável a manutenção do Direito Penal exclusivamente sobre bases iluministas.

É preciso antes, porém, fazer algumas ressalvas, com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009), a partir de Adorno:

(...) frente a duas visões paradigmáticas o problema que se coloca ao cientista/intérprete não é a de refutação de um deles. Pela 'crítica' o que se exige é um juízo reflexivo sobre ambos de modo a que sua abordagem possa ser permanentemente refinada. Não há nenhum teste empírico capaz de afastar definitivamente um em favor de outro, de modo que a análise da forma de operar, os problemas colocados, a forma de solução, os instrumentos disponibilizados por um e por outro, tudo deve ser problematizado sem a sofreguidão do 'método da tentativa e do erro'. Saber que qualquer abordagem sempre lida com o incomunicado e com a cegueira, é reconhecer a humanidade do cientista. (CRUZ, 2009, p.187).

Mais do que nunca é o momento de reafirmar algo. Não se propõe nem se defende aqui a ideia de que o Direito Penal de matriz iluminista deva ser completamente descartado. Embora tal ideia já tenha sido defendida – como anteriormente exposto, por exemplo, ao discutir-se a proposta abolicionista de Hulsmann – e possa até mesmo ser entendida como a sequência natural das ideias centrais deste trabalho, parte-se do pressuposto de que, em geral, tal forma de pensar o Direito Penal ainda tem utilidade e adequação a muitos, senão à maioria, dos casos que demandam a atuação de tal ramo do Direito. O que se propõe é um desenvolver a teoria do Direito Penal de forma a responder satisfatoriamente às novas demandas que a contemporaneidade faz chegar ao subsistema penal, bem como responder a antigas demandas com as quais o finalismo não conseguiu lidar de forma satisfatória. Assim, vale mais uma advertência, também seguindo Souza Cruz (2009):

(...) a opção por um paradigma se faz também pela aceitação de limites que esse mesmo paradigma contém. Lidar com o diferente é assumir a negação do presente em tudo e em cada parte. Sua determinação implica reconhecer a diferença presente naquele que é confrontado (...). Não se trata de uma rejeição em termos de pura e simples refutação, eis que qualquer paradigma implica uma relação dialética de continuidade e ruptura com o anterior. (CRUZ, 2009, p. 187-188).

Talvez não exista exemplo melhor desta relação de continuidade e ruptura com o paradigma anterior do que a proposta de funcionalismo penal, que aqui é tomada como referencial teórico, em relação com o finalismo penal, teoria atualmente dominante nos países de matriz romano-germânica. Isto pode ser sustentado – e será de forma minuciosa em momento posterior – pelo fato de que, apesar de propor a superação da Teoria Finalista do Delito, tal como construída inicialmente por Welzel, Jakobs mantém a mesma terminologia, reconstruindo, contudo, o conteúdo jurídico dos institutos, na medida em que tal tarefa seja necessária à (re)construção que ele pretende realizar.

Antes, porém, de se aprofundar nesta proposta, é preciso estabelecer qual o conceito de paradigma que aqui se está adotando, e responder questionamentos a respeito da utilidade e da forma que esta ideia deve ter neste cenário.

5.2. Mudando o pano de fundo

Do ponto de vista das ciências, um dos aspectos primordiais em qualquer atividade é identificar o contexto em que elas se passam. O termo “paradigma” foi utilizado pelo físico Thomas Kuhn para identificar o pano de fundo sobre o qual são desenvolvidas pesquisas, sendo útil para a percepção das questões a serem enfrentadas, bem como do estágio em que se encontram. O próprio Kuhn, todavia, conceituou o termo de inúmeras maneiras, de forma que surgiu considerável divergência quanto à possibilidade de ele ser utilizado fora do âmbito das ciências exatas, em especial nas ciências humanas, pois, em princípio, a lógica das mudanças em tais âmbitos científicos é diverso.

O objetivo neste momento é indicar qual o conceito de paradigma adotado, justificando-se tal escolha e demonstrando-se como o termo tem utilidade para a presente pesquisa. Feito isso, pretende-se sustentar que algumas mudanças de paradigma ocorreram, de forma que mudanças na forma de pensar o Direito Penal são naturais ou mesmo necessárias.

Duas mudanças interessam de perto a este projeto. A primeira delas, mais simples de ser evidenciada, é aquela referente aos padrões de racionalidade pré e pós Iluminismo. A segunda, ainda muito discutida, diz respeito ao mundo pós-II Guerra e pós-11 de Setembro.

Esta segunda mudança apresenta maior dificuldade por ser mais recente, e, naturalmente, menos estudada. De toda forma, o objetivo aqui é demonstrar que a II Guerra Mundial, por si só produziu uma mudança de percepção considerável acerca do mundo jurídico, e que tal mudança sofreu uma nova guinada, talvez ainda mais forte e para uma direção ainda não clara, após os atentados de 11 de Setembro de 2001. A defesa desta segunda mudança será feita a partir de mudanças legislativas e da análise de discursos que, antes dos citados eventos, não seriam possíveis.

5.2.1 Conceituando Paradigma

Toda ciência está necessariamente fundada em alguns postulados inarticulados, elementares e axiomáticos que são expostos e derrubados apenas quando confrontados com fenômenos completamente inesperados, que não podem ser compreendidos dentro do quadro de tais postulados. As ciências sociais e as técnicas que elas desenvolveram nos últimos cem anos não são exceções a esta regra. (ARENDR, 2005, p.232, tradução nossa²⁵⁵).

Embora aparentemente tenha escrito a passagem acima sem a pretensão de discutir a ideia de “paradigma”, Hannah Arendt reuniu aí os elementos mais fundamentais ao conceito, deixando claro, como se viu, sua percepção de que ele tem, de fato, aplicabilidade nas ciências sociais. Posteriormente será visto que ela traz este conceito a fim de tentar demonstrar que a II Guerra – com seus campos de concentração e de extermínio funcionando numa lógica única na história - foi uma mudança nas condições postas para as ciências sociais suficiente para confrontar seus axiomas e postulados fundamentais. Antes, porém, é preciso pensar a própria ideia de “paradigma”.

Em *A Estrutura das Revoluções Científicas* (2011) Thomas Kuhn popularizou o uso do termo paradigma. Nesta obra, porém, não foi um único, senão vários, os sentidos/ significados dados ao termo. Tendo em vista esta pluralidade de significações, é preciso estabelecer qual ou quais deles serão aqui utilizados. É ainda necessário lidar com discussões como a da

²⁵⁵**No original:** “Every science is necessarily based upon a few inarticulate, elementary, and axiomatic assumptions which are exposed and exploded only when confronted with altogether unexpected phenomena which can no longer be understood within the framework of its categories. The social sciences and the techniques which they have developed during the past hundred years are no exception to this rule.” (ARENDR, 2005, p.232).

viabilidade ou não do uso do termo nas ciências humanas e nas ciências sociais aplicadas.

Na primeira aparição do termo “paradigma” na obra acima mencionada, Kuhn o utilizou para esclarecer uma outra expressão (que também será útil neste trabalho), qual seja, “ciência normal”.

...“ciência normal” significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior. (KUHN, 2011, p. 29).

Em seguida, ele afirma que tais realizações são possíveis em razão do fato de que foram “suficientes sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários”, bem como “abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem redefinidos pelo grupo de praticantes da ciência” (2011, p.30). “Ciência normal”, portanto, indica o *status* consolidado de um determinado saber científico, no qual princípios e terminologias padronizadas permitem o desenvolvimento da pesquisa de forma vertical, aprofundando e desenvolvendo os institutos, expandindo-os ao máximo possível. Essas duas características – ser sem precedentes e deixar abertos os problemas – compõem o primeiro uso de “paradigma” na obra.

Com a escolha do termo [paradigma] pretendo sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação - proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. (KUHN, 2011, p.30).

O significado primeiro do termo diz respeito ao estabelecimento de um pano de fundo sobre o qual a pesquisa científica se torna possível. Antes de tornar-se pesquisador, o estudante deve dominar o vocabulário fundamental e os princípios informadores do paradigma em que está inserido. Essa constatação tem, em termos de filosofia da ciência, importantes consequências. Um exemplo é a possibilidade de se fazer pesquisa fora do paradigma dominante no presente. Afinal, uma vez conhecidas as fronteiras paradigmáticas, torna-se viável ao pesquisador estudar os pilares de um paradigma anterior/ diverso, e passar a

trabalhar dentro dele, com o diferencial de conhecer, também, estruturas de paradigmas posteriores.

Já nesse momento inicial, Kuhn percebeu que o termo poderia indicar realizações grandiosas, de profundo impacto, bem como acontecimentos científicos cujo impacto seja limitado a um pequeno grupo de cientistas. Essas duas possibilidades já são um indício de como responder à questão da utilidade do termo nas ciências humanas. Ele dá exemplos de ambas as situações no mundo das ciências exatas. Quanto às primeiras – grandiosas – podem ser identificadas com nomes como Copérnico, Newton, Lavoisier e Einstein. (KUHN, 2011, p. 25). “Contudo, uma tese fundamental deste ensaio é que essas características podem ser igualmente recuperadas através do estudo de episódios que não foram tão obviamente revolucionários” (KUHN, 2011, p.25). O exemplo que o autor traz são as “equações de Maxwell²⁵⁶” que, embora tenham afetado um grupo bastante restrito, foram consideradas “tão revolucionárias quanto as de Einstein”.

Se se trabalha com os conceitos apresentados por Thomas Kuhn até este ponto, será possível identificar na ciência jurídica ou, de forma ainda mais específica, no Direito Penal enquanto ciência, parâmetros suficientes para adequá-los as premissas estabelecidas pelo físico de Berkeley? Uma outra passagem do mesmo texto deve auxiliar o leitor a responder essa pergunta. “Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada”. (KUHN, 2011, p. 38).

Quando colocados juntos, os elementos até o momento apontados por Kuhn parecem bastante aceitáveis, no sentido de sua utilização ser viável dentro das ciências sociais em geral. Ao se observar a evolução da teoria do delito – exposta em capítulo antecedente -, é possível verificar uma estrutura em boa medida semelhante às ideias aqui apresentadas: consolidação de princípios, nomenclaturas e técnicas para solução de questões que atraíram a maioria dos pesquisadores da área; o desenvolvimento de problemas (quebra-cabeças²⁵⁷)

256 As equações de Maxwell são um grupo de equações diferenciais parciais que compõem a base do eletromagnetismo clássico. Segundo Martins (2012) os livros resumem o trabalho de Maxwell a quatro equações, sendo que a primeira demonstra a relação entre densidade de carga e campo elétrico, a segunda mostra a ausência de monopólo no campo magnético – também conhecida por “lei de Gauss do magnetismo” -, a terceira determina o campo magnético variável – também conhecida como “lei de Faraday” - e a quarta serve para determinar a fonte do campo magnético.

257 “Quebra-cabeça indica, no sentido corriqueiro em que empregamos o termo, aquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas”. (KUHN, 2011, p. 59).

dentro da área, orientados pelo pano de fundo teórico; o aprofundamento no tratamento de temas pontuais até um ponto em que eles se tornam inacessíveis não apenas para o público leigo, mas, em alguma medida, também para os juristas de outros ramos – basta pensar na discussão sobre o erro de tipo e o erro de proibição. Há, pois, de acordo com a leitura aqui realizada, os ingredientes necessários e suficientes ao emprego da ideia de paradigma no Direito.

Uma vez aceita a utilização do termo, o passo seguinte aqui é a identificação do paradigma vigente. Este ponto, como já ressaltado, não é tão uniforme como o conceito – de paradigma – dá a entender. E isso é assim em razão da possibilidade – bastante usual – de que aspectos ou fontes orientadas por paradigmas diversos tenham influência sobre uma determinada questão em comum. Kuhn (2011) expõe diversos exemplos disso, envolvendo a física e a química e inúmeros ramos de cada uma dessas ciências. Em relação ao problema deste trabalho, a análise de mudança de paradigmas deve considerar a interação entre Direito, Política e história que, ao que parece, já resta clara neste momento. O que se sustenta aqui é que é possível identificar paradigmas distintos, partindo destes três pontos de vista – jurídico, político e histórico -, que devem ser considerados antes de se continuar a desenvolver a tese, de forma a fundamentar a proposta de mudança.

5.2.2 Transição de paradigmas na História e na Política

O mais claro e bem estabelecido dos paradigmas relevantes a este trabalho parece ser o histórico, cujo marco inicial atual são as revoluções francesa e americana no século XVIII²⁵⁸, que estabeleceram princípios, concepções e ideais de mundo que ainda guiam os caminhos trilhados pelas ciências sociais. Esta constatação é possível de ser feita através de diversos institutos. Basta, por exemplo, pensar na Proposta de Emenda Constitucional 19/10 de autoria do senador Cristovam Buarque – apelidada de PEC da Felicidade – na qual o referido senador

²⁵⁸“Por trás destas grandes mudanças políticas estavam grandes mudanças no desenvolvimento social e econômico. Qualquer que seja o aspecto da vida social que avaliarmos, 1830 determina um ponto crítico; de todas as datas entre 1789 e 1848, o ano de 1830 é mais obviamente notável.” Para concluir a respeito da terceira fase da onda revolucionária em 1848: “O que em 1789 fora o levante de uma só nação era agora, assim parecia, 'a primavera dos povos' de todo um continente”. (HOBSBAWM, 2012, p.187).

propôs a inserção do direito à busca de felicidade²⁵⁹ no rol dos direitos sociais constantes do artigo sexto da Constituição brasileira, direito este que aparece explicitamente na Declaração de Independência dos Estados Unidos²⁶⁰. Outro caminho é pensar na influência que a declaração de direitos resultante da Revolução Francesa tem sobre as declarações de direitos modernas, que a repetem em diversos aspectos. Ou ainda, observar como o pensamento jurídico americano remete-se aos “pais fundadores²⁶¹” (*founding fathers* ou *framers*) na busca de solução para complexas questões jurídicas, ou como nas faculdades de direito brasileiras os alunos são ensinados nas aulas de direito processual penal acerca da *teoria dos frutos da árvore venenosa* e sua origem numa construção da Suprema Corte dos EUA a partir das emendas quatro e cinco à Constituição americana, integrantes, portanto, do *Bill of Rights*, conjunto das dez (ou doze²⁶²) primeiras emendas, ratificadas em 15 de dezembro de 1791.

A prova cabal da influência do Iluminismo²⁶³ sobre o pensamento contemporâneo, em especial no pensamento penal, parece ser a constância de Cesare Beccaria nas obras de Direito Penal atuais, inclusive como apoio para teses modernas²⁶⁴. Embora um sem número de eventos posteriores tenham deixado marcas indeléveis nos rumos que a civilização tem

259“Os filósofos do iluminismo tomavam a felicidade como uma meta da vida do homem como indivíduo e da existência da sociedade como coletividade. Os mais radicais deles, Diderot, Rousseau, Helvétius e d'Holbach, fizeram do conceito de felicidade a base de um epicurismo modernizado, reforçado por uma forte consciência cívica”. (DARNTON, 2005, p.106).

260*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.*

261A referida corrente (*Originalismo*) de pensamento jurídico ou o debate a respeito dela teve origem, segundo o professor da Georgetown University Lawrence Solum (2011), no começo da década de 1970, em um artigo de Robert Bork a respeito da primeira emenda à Constituição americana. Solum (2011) informa que não há, em verdade, consenso a respeito do que exatamente significa ser um *originalista*, havendo diversas variações a respeito. O aspecto em comum é uma devoção não muito bem explicada ao que se acredita ser o pensamento jurídico dos fundadores dos EUA, sem, contudo, levar a sério problemas/ aspectos como o fato de que para eles – fundadores – mulheres e negros tinham pouca ou nenhuma importância para a sociedade. Para maiores detalhes, recomenda-se a obra do citado autor.

262No livro intitulado *Bill of Rights* (1998) o professor da Yale University Akhil Reed Amar mostra que tal documento era composto por doze e não dez emendas, mas que as duas primeiras não foram aceitas. Daí ideia corrente hoje de que o *Bill of Rights* norte-americano são as dez primeiras emendas à Constituição.

263“É significativo que os dois principais centros dessa ideologia fossem também os da dupla revolução, a França e a Inglaterra; embora de fato as ideias iluministas ganhassem uma voz corrente internacional mais ampla em suas formulações francesas (...) Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento “esclarecido”. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das Igrejas (distintas da religião 'racional' ou 'natural'), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans”. (HOBBSAWM, 2012, p.48).

264Vide, por exemplo, a tese sobre a inconstitucionalidade do aumento da pena em razão da reincidência criminal feita por Yarochevsky (2005).

tomado, parece correto afirmar que nenhum deles rompeu com os ideais de racionalidade, igualdade perante a lei e liberdade estabelecidos pelas Revoluções do séc. XVIII. Tais eventos, dentre os quais, seguindo Hobsbawn (1995), devem ser destacados a Revolução Russa (1917-18), as duas guerras mundiais (1914-18/ 1939-45) e a Guerra Fria (1948-1990), são indiscutivelmente formadores do mundo contemporâneo, mas foram mais importantes para os paradigmas político e jurídico do que para o histórico, uma vez que, para este último, pareceram apenas reforçar a necessidade de implantação dos ideais vindos do século XVIII. O mesmo raciocínio parece ser válido para as guerras étnicas realizadas após o “breve século XX” (HOBSBAWM, 1995), a exemplo da Guerra Civil (ou Genocídio) de Ruanda (1990-1993) e da Guerra do Kosovo (1996-1999).

Em síntese, o paradigma histórico permanece o mesmo, embora com correções e alterações próprias da história, já que ainda coloca diante dos pesquisadores quebra-cabeças a serem solucionados, e instrumentos que ainda se mostram suficientes para tal tarefa. Quanto ao paradigma político, a situação é bastante diversa.

Os momentos históricos que o historiador Eric Hobsbawn denominou respectivamente *Era das Revoluções* (1789-1848) e *Breve Século XX* (1914-1990) são úteis para a observação da mudança dos paradigmas políticos. No primeiro momento (a *Era das Revoluções*) há em boa medida coincidência entre os paradigmas histórico e político. O que ocorre em tal período de tempo na Europa e na América (toda ela) é a expansão dos ideais iluministas e sua utilização enquanto motivo político. Ou seja, a irracionalidade dos sistemas de patentes da nobreza e do clero europeu caem diante da busca de racionalidade e igualdade, notadamente por aqueles que embora não tivessem títulos, tinham dinheiro, a burguesia europeia. De forma bastante simplificada, há um movimento de mudança, em que as monarquias hereditárias e divinas são abandonadas e substituídas por algum modelo de governo constitucional, ainda que bastante restrito no princípio.

A classe governante dos próximos 50 anos seria a “grande burguesia” de banqueiros, grandes industriais e, às vezes, altos funcionários civis, aceita por uma aristocracia que se apagou ou que concordou em promover políticas primordialmente burguesas, ainda não ameaçada pelo sufrágio universal, embora molestada por agitações externas causadas por negociantes insatisfeitos ou de menor importância, pela pequena burguesia e pelos primeiros movimentos trabalhistas. (HOBSBAWM, 2012, p. 186).

Não obstante a fragilidade da mudança, retratada na passagem acima, o mesmo autor informa num instante seguinte que em outro lugar, mas no mesmo momento histórico, o embrião do paradigma político (macro) dominante no ocidente ainda hoje estava surgindo.

Nos Estados Unidos, entretanto, a democracia jacksoniana dá um passo além: a derrota dos proprietários oligarcas antidemocratas (cujo papel correspondia ao que agora estava triunfando na Europa ocidental) pela ilimitada democracia política colocada no poder com os votos dos homens das fronteiras, dos pequenos fazendeiros e dos pobres das cidades. (HOBSBAWM, 2012, p. 186).

Ele conclui a passagem, chamando atenção para o fato de que os acontecimentos na América do Norte foram “uma espantosa inovação” e os pensadores do liberalismo moderno estavam atentos à inevitabilidade das ampliações do direito de voto, da qual a “democracia na América” - para plagiar o talvez mais famoso dos observadores, Alexis de Tocqueville – era o grande exemplo.

Seria possível, neste momento, questionar se há então algum grande rompimento no paradigma político, já que o que aparentemente há é um desenvolvimento mais ou menos linear da democracia desde então. A leitura que aqui se defende é que, não existe, de fato, nenhuma proposta relevante de substituição da democracia. Afinal, a única proposta real alternativa ao modelo de democracia capitalista foi o modelo de socialismo/ comunismo não democrático. De todos os países a adotarem sistemas socialistas/ comunistas o único que obteve desenvolvimento real foi a China. Esta, embora continue sendo uma ditadura de discurso comunista, expande-se através da tecnologia do mercado e da atração de investimentos estrangeiros para sua produção, além do uso de técnicas desleais para aumentar sua competitividade, e não há nada mais capitalista que isso. Apesar disto, o conteúdo da ideia de democracia foi radicalmente moldado por eventos posteriores, destacadamente a Segunda Guerra Mundial, ou melhor, o acontecimento de uma Guerra global impulsionada por uma política estatal de eliminação de pessoas consideradas “diferentes”.

Não há, pois, mudança do paradigma. O que há são correções/ alterações feitas *no* paradigma a fim de conformá-lo com os novos quebra-cabeças que se lhes apresentam^{265..}

²⁶⁵Os anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial caracterizaram uma espécie de breve Era das Reformas, durante a qual muitos problemas antigos foram, finalmente, enfrentados. (JUDT, 2008, p.91).

Afinal, “não podemos comparar o mundo do final do Breve Século XX ao mundo de seu início, em termos da contabilidade histórica de 'mais' e 'menos’”, afirma Hobsbawm (1995, p.23). De fato, apesar da continuidade dos ideais estabelecidos pelas revoluções do século XVIII, notadamente aqueles decorrentes da “igualdade” e da “liberdade, “trata-se de um mundo qualitativamente diferente em pelo menos três aspectos” (HOBSBAWM, 1995, p.23), quais sejam: não ser mais um mundo eurocêntrico²⁶⁶ – enquanto os séculos antecedentes são contados pela história dos impérios europeus (Romano, Otomano, Sacro Império Romano-Germânico etc), tendo o século XX como protagonista uma única superpotência econômica e militar -, o globo passou a ser uma unidade operacional única, “como não era e não poderia ter sido em 1914” e a terceira “é a desintegração de velhos padrões de relacionamento social humano, e com ela, aliás, a quebra dos elos entre as gerações, quer dizer, entre passado e presente”. (HOBSBAWM, 1995, p.24).

Em outras palavras, a ideia principal permanece, mas diversos aspectos vão sendo alterados, acrescentados ou subtraídos de forma a permitir a continuidade conceitual do paradigma. Está-se, pois, no âmbito da ciência normal, e não no da “revolução científica”.

Uma última ponderação há de ser feita. O encerramento da análise do paradigma histórico na “reunificação da Alemanha” após a queda do Muro de Berlim pode levar o leitor a questionar se o entendimento do autor é que não há nenhum outro evento histórico digno de nota após 1990. Por certo há, notadamente os ataques ao World Trade Center de Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, e os novos instrumentos jurídicos que ele produziu. Todavia, tratam-se de eventos que são contemporâneos à elaboração deste trabalho. Assim sendo, mostra-se prudente adotar a postura de Hobsbawm (2012) no sentido de que não é possível/recomendável fazer análises históricas do presente, pelo simples fato de que ainda não se sabe quais as reais implicações a longo prazo. Seria mera especulação, o que não é apropriado neste momento.

266As 'grandes potências' de 1914, todas europeias, haviam desaparecido, como a URSS, herdeira da Rússia czarista, ou sido reduzidas a um *status* regional ou provincial, com a possível exceção da Alemanha. O próprio esforço para criar uma “Comunidade Europeia” supranacional única e inventar um senso de identidade europeia a ela correspondente, substituindo as velhas lealdades a países e Estados históricos, demonstrava a profundidade desse declínio”. (HOBSBAWM, 1995, p.23). “Depois de 1945, os Estados constituintes do continente europeu já não podiam aspirar a um status internacional ou imperial. As duas exceções a essa regra – a União Soviética e, até certo ponto, a Grã-Bretanha – consideravam-se apenas parcialmente europeias e, em todo caso, no final do período aqui abordado, ambas também se encontravam bastante diminuídas. (JUDT, 2008, p. 21).

5.2.3. Transição de paradigmas no Direito

A análise do paradigma jurídico é consideravelmente mais complexa. Há algumas justificativas para isso. Em primeiro lugar vem o natural localismo dos sistemas jurídicos. Enquanto do ponto de vista histórico e político é possível observar as mudanças de forma global, sem cometer grandes injustiças, no âmbito jurídico uma abordagem feita deste modo deixaria passar um sem número de particularidades que, ao final, são determinantes de diversos aspectos de algumas questões centrais aqui discutidas. A segunda justificativa diz respeito ao fato de que há muitas mudanças pontuais no sistema jurídico, especialmente quando se lida com diversos Estados simultaneamente. Para compreender este ponto basta observar os sistemas jurídicos nos EUA, do Brasil e da Alemanha no século XX. Enquanto os EUA tiveram um desenvolvimento jurídico-institucional mais ou menos uniforme, regido por sua única Constituição, o Brasil viu a ascensão e a queda de diversos governos, e de diversas Constituições, com as mais diversas inclinações. A Alemanha, por sua vez, tomou diversas formas, unificou-se mais de uma vez e também viu mais de uma Constituição no período, além, é claro, de ter visto aquilo que hoje, por definição, é compreendido como “regime totalitário²⁶⁷”.

Por estes motivos, a análise da mudança do paradigma jurídico, em princípio, não pode ser feita de forma tão genérica quanto as anteriores. O caminho que se tomará aqui será o de traçar as mudanças comuns aos sistemas jurídicos de referência no período – notadamente os três já mencionados -, para posteriormente tratar de aspectos pontuais em cada um deles. É preciso não perder de vista o fato de que o objetivo aqui é justificar não uma mudança completa do sistema jurídico, mas apenas ou, especialmente, do sistema penal. Desta forma, esta finalidade será um guia à análise dos paradigmas jurídicos, já que se espera, ao fim, demonstrar a impossibilidade da continuidade do pensamento penal formulado no princípio do “Breve Século XX” na atualidade.

267Segundo Tzvetan Todorov (1997), um regime totalitário tem três características básicas; a primeira delas é a forma como trata seus inimigos, e o fato de que, no totalitarismo, o inimigo é interno. [*What characterizes totalitarianism more specifically is that the enemy is a internal one.* (1997, p. 126)]. A segunda característica é que “o Estado se torna o definidor dos objetivos finais da sociedade” [...*the state becomes the custodian of society's ultimate aims* (1997, p. 127)]. A terceira e última característica é que “o Estado aspira controlar a totalidade da existência social do indivíduo” [...*the state aspires to control the totality of an individual's social existence.* (1997, p. 128)].

A primeira dimensão relevante para se caracterizar os sistemas jurídicos contemporâneos é o tratamento dos Direitos Fundamentais, ou, antes, a ideia de que existam direitos que, por serem “fundamentais”, exigem tratamento diferenciado. É bem verdade que a construção de tais direitos remonta a tempos muito anteriores, primeiro porque a ideia de “dignidade humana”, fonte de onde deriva a argumentação em relação a todos os direitos fundamentais “não será nova, pois lança raízes em nossa tradição hebreia e greco-romana” (SAMPAIO, 2010, p.133). Além disso, seus contornos hoje familiares a todos os sistemas jurídicos ocidentais começam a adquirir forma com o surgimento do Estado soberano que, “marcado, inicialmente, pelo absolutismo e intervencionismo, abriu, por consequência, espaço para demandas de proteção de uma esfera de autonomia privada, apta ao desenvolvimento das potencialidades individuais ou de sua personalidade (...)”. (SAMPAIO, 2010, p.133). A ideia de direitos fundamentais, porém, só irá alcançar os moldes atuais em fins do século XVIII. Segundo Sarlet (2012), baseado em Dieter Grimm, “foram os direitos consagrados nas primeiras emendas incorporadas à Constituição Norte-Americana (a partir de 1791) que vieram a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.257).

Sarlet (2012) informa que a particularidade da nova concepção²⁶⁸ – de direitos fundamentais - está na “supremacia normativa” e na “garantia do controle judicial”, ou seja, há vinculação do próprio Estado soberano a tais direitos veiculados por meio das constituições, e há a possibilidade de se recorrer ao Judiciário para compelir seja um particular, seja o próprio Estado, a obedecer aos preceitos fundamentais.

O elemento distintivo da nova concepção acima mencionado diz respeito, portanto, à positivação dos direitos em textos jurídicos com força normativa *erga omnes*, ou seja, apto a vincular atores públicos e privados. Segundo José Adércio Leite Sampaio (2010), tal processo é acompanhado de quatro características importantes. A primeira delas é a “fundamentação”, significando que

O processo de positivação apenas lança a outro nível, o prático-jurídico, a perspectiva teórica e racionalista, atribuindo precisão e segurança aos direitos, pois em lugar de sua evidência ou dedução racional apenas, impunha-se a certeza de uma

268Um breve esclarecimento a respeito da ambiguidade linguística existente na frase. Não se trata de uma nova concepção de direitos fundamentais, mas de uma concepção nova de direitos, qual seja, a de haver direitos que são fundamentais.

declaração. (SAMPAIO, 2010, p.191).

As duas características seguintes são a “titularidade” e o “alcance espacial”, ou seja, há a generalização da titularidade dos direitos fundamentais, ainda que de forma abstrata – o que deixará um leque de consolidação a ser feita ao longo do tempo que continua ainda hoje – e há limitação quanto ao alcance do texto que positiva os direitos. A última característica apontada por Sampaio (2010) é a questão da natureza jurídica de tais direitos, vez que algumas das formulações iniciais vieram em declarações anteriores a algumas Constituições, e em outros casos tais direitos foram adicionados a textos constitucionais por meio de emendas, sem se discutir no momento a respeito de sua aplicação e de sua força normativa.

Os elementos já reunidos parecem suficientes para traçar uma imagem adequada da mudança de paradigmas dentro do Direito no que toca aos Direitos Fundamentais. Olhando de longe para a evolução traçada, é possível observar mudanças claras. Um quadro bem definido é o do absolutismo, em que o Estado/ Soberano não fica vinculado às suas próprias regras, podendo alterá-las quando lhe for conveniente. Outro cenário bem definido é aquele pós revoluções do século XVIII, em que ocorre paulatinamente a consolidação da ideia de Constituição como texto com força normativa que pode ser invocado inclusive contra o Estado, havendo, portanto, vinculação vertical e horizontal aos direitos postos. Um terceiro cenário forma-se quando se observam as consequências das grandes guerras do século XX sobre o sistema jurídico. Surge a percepção de que não basta que o Estado respeite de forma negativa – pela ausência de condutas a eles contrárias – os limites impostos pelos direitos fundamentais; é preciso que ele se torne sujeito ativo da efetivação de tais direitos, agindo na promoção de tais direitos, bem como na imposição deles nas relações entre particulares. A necessidade de uma postura ativa na proteção e promoção de direitos fundamentais é o traço marcante dos sistemas jurídicos ocidentais pós-guerras.

É possível fazer, aqui, a seguinte objeção. Entre os dois últimos cenários acima descritos não há mudança de paradigmas, mas, tão-somente mudança na intensidade da aplicação dos direitos. Tanto é assim que textos definidores de direitos dos séculos XVIII e XIX continuam sendo utilizados até hoje. Embora cabível, esta não parece ser a melhor leitura possível, pois ela parece desconsiderar – ou dar pouca importância – às mudanças em sede de

jurisdição constitucional – e, posteriormente, em sede de internacionalização dos direitos humanos – que está implícita na mudança entre o segundo e o terceiro cenários. Ademais, o próprio Thomas Kuhn já apontava que uma troca de paradigmas não necessariamente exige a mudança completa da terminologia ou do uso dos instrumentos e dados do paradigma antecedente. Com efeito, o que ocorre com mais frequência é tão-somente uma nova leitura das mesmas informações. Eis a reflexão do autor a respeito das revoluções científicas:

(...) Mas mudanças dessa espécie nunca são totais. Não importa o que o cientista possa então ver, após a revolução o cientista ainda está olhando para o mesmo mundo. (...) Em consequência disso, a ciência pós-revolucionária invariavelmente inclui muitas das mesmas manipulações, realizadas com os mesmos instrumentos e descritas nos mesmos termos empregados por sua predecessora revolucionária. Se alguma mudança ocorreu com essas manipulações duradouras, esta deve estar nas suas relações com o paradigma ou nos seus resultados concretos. (KUHN, 2011, p.168).

Com as devidas adaptações a explicação acima é de grande valia na percepção da mudança de paradigmas entre o segundo e o terceiro cenários acima apontados. Embora boa parte das ideias e nomenclaturas continuem as mesmas, a percepção que se tem delas é bastante diversa. Enquanto no segundo cenário o “texto” é visto como garantia, no terceiro a percepção informa ser o texto, de *per si*, insuficiente, exigindo, portanto, mudança da forma de ação do próprio Estado.

5.3. Funcionalismo Penal

Em capítulo anterior foi demonstrada a evolução da teoria do Direito Penal ao longo do século XX, de forma especial em relação ao modelo tripartite de delito, que tem sido o referencial na tradição romano-germânica.

Todavia, o fato de um dos capítulos iniciais ter sido dedicado à Teoria dos Sistemas – no geral na forma luhmaniana – já indicava que, ao fim, seriam abandonando os referenciais da teoria do delito que atualmente domina a literatura penal no ocidente (de língua não inglesa).

A Teoria Finalista do Delito, na forma dada por Hans Welzel, pode ser considerada um sofisticado ataque às teorias antecedentes, de forma a demonstrar a insuficiência das mesmas, e propor novas bases para o Direito Penal. A empreitada de Welzel, então professor da *Universität Bonn*, deve ser considerada de absoluto sucesso, vez que não apenas conseguiu sepultar as teorias que a antecederam, como também estabeleceu uma supremacia no pensamento penal que nenhuma de suas antecedentes jamais conseguiu.

Porém, já há algum tempo, os pressupostos da teoria finalista têm se mostrado inaptos a responder alguns questionamentos que se lhes apresentam, havendo, pois, quem defenda que é chegada a hora de seguir adiante²⁶⁹. Essa “dialética” de resistência à mudança e tentativas de rompimento é há tempos conhecida, e é hoje tomada como natural no desenvolvimento científico. Thomas Kuhn (2011) apresenta e justifica esse duelo de forças a partir da concepção, inevitável, da comunidade científica em acreditar que compreende o funcionamento do mundo. Assim, enquanto tal concepção se mostra apta a produzir resultados “bons”, os membros da comunidade defenderão seus pressupostos, ainda que ao custo de alguma arbitrariedade. Ocorre, porém, que há momentos em que falhas que deveriam ser solucionadas de forma satisfatória dentro dos pressupostos defendidos não o são, “revelando uma anomalia que não pode ser ajustada às expectativas profissionais, não obstante esforços repetidos”. (KUHN, 2011, p. 24).

E quando isso ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência. (KUHN, 2011, p.24).

Há fortes indícios de que o atual momento histórico é um desses, especialmente para o Direito Penal enquanto ciência. Suas limitações se tornam tão gritantes que professores já não se dedicam a elaborar críticas aos vários pontos falhos – por exemplo, à finalidade das penas e sua execução - por considerá-las enfadonhas, já que os argumentos tornaram-se “repetitivos”,

²⁶⁹A teoria final propriamente dita, ou teoria finalista da ação, que se fundamenta no subjetivo e no valorativo, constituiu, no terceiro quartel do século vinte, o tema mais apaixonadamente tratado e discutido pela doutrina jurídico-penal da Alemanha. Parece que, no presente momento, esgotou-se sua disponibilidade protética, cristalizada que está em escola que reúne adeptos ortodoxos e heterodoxos. (LUNA, 1979, p.267).

de tão estabelecida a questão está²⁷⁰. Parece ser chegada a hora de estabelecer novos compromissos científicos²⁷¹. Claus Roxin (2012) resume em três as principais dificuldades da teoria finalista do delito:

Em primeiro lugar, os delitos imprudentes não podem ser explicados a partir da finalidade do atuar do autor, posto que o resultado típico não está sujeito ao controle final do autor. Em segundo lugar, a teoria da ação final fracassa também nos delitos omissivos, dado que o omitente não controla nenhum curso causal, recaindo a reprovação sobre o não intervir em um curso causal independente dele. E em terceiro lugar, cabe objetar frente à teoria da ação final que, como se sabe, de circunstâncias ontológicas, isto é, do mero ser (*sein*), seja ele causalidade ou finalidade, não cabe derivar nenhum dever (*sollen*). (ROXIN, 2012, p.3, tradução nossa²⁷²).

A mais elaborada tentativa de superar a teoria finalista do delito foi originalmente formulada pelo discípulo e sucessor de Hans Welzel na Cátedra de Direito Penal da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, e recebeu o nome de Teoria Funcionalista do Delito, ou, simplesmente, Funcionalismo Penal, que tem como outro grande expoente, embora com consideráveis divergências, justamente o catedrático de Direito Penal da Universidade de Munique, Claus Roxin. O objetivo primordial é justamente superar tais falhas insanáveis dentro do finalismo.

270 Não é outra a opinião de Winfried Hassemer: “Precisamente ao século passado pertence a muito peculiar troca de golpes que foi denominada como ‘luta de escolas’ e que, dito entre nós, nada de bom produziu e há tão-somente se propagado. Parece que já até nos acostumamos com essas lutas e simplesmente nos instalamos cómodos para observar o espetáculo”. (HASSEMER, 2003, p.22, tradução nossa). **Na versão em espanhol** consultada: “*Precisamente al siglo pasado pertenece el muy particular intercambio de golpes que ha sido denominado como la “lucha de escuelas” y que, dicho entre nosotros, nada bueno ha producido y tan sólo se ha propagado. Parece que ya hasta nos acostumbramos a esas luchas y simplemente nos instalamos cómodos para observar el espectáculo*”. (HASSEMER, 2003, p.22).

271 A falência estrutural e a crise que se instalaram em torno dos conceitos atinentes à teoria da pena não são de molde a sustentar o desaparecimento do direito penal estando sim, segundo cremos, a indicar uma necessidade: a reformulação dos conceitos da ciência penal à luz das novas conquistas históricas, muitas destas trazidas pelos defensores das teses abolicionistas ou que tiveram seu surgimento condicionado pelas lutas contra os argumentos favoráveis à supressão do direito repressivo. Desde Hegel, para não dizer desde Heráclito, é possível compreender que o censor é a propaganda do que ele mesmo censura, que a negatividade é propulsora de uma positiva superação de falhas identificadas. (HENRIQUES, 2012, p. 54).

272 **Na versão espanhola consultada:** *En primer lugar, los delitos imprudentes no pueden ser explicados a partir de la finalidad del actuar del autor, puesto que el resultado típico precisamente no está sujeto al control final del autor. En segundo lugar, la teoría de la acción final fracasa también en los delitos omisivos, dado que el omitente no controla ningún curso causal, sino que precisamente lo que se le reprocha es el no intervir en un curso causal que tiene lugar con independencia de él. Y en tercer lugar, cabe objetar frente a la teoría de la acción final que, como es sabido, de circunstancias ontológicas, esto es, del mero ser (sein), ya sea la causalidad o la finalidad, no cabe derivar ningún deber (sollen).* (ROXIN, 2012, p.3).

A construção do Funcionalismo Penal partiu de algumas premissas bastante simples. A primeira delas diz que todos os institutos jurídicos são construções intelectuais, não havendo razão para se tentar verificar/ respeitar a existência ontológica de nenhum deles. Em outras palavras, por mais que alguns conceitos jurídicos encontrem semelhanças com fenômenos naturalísticos, eles não se confundem.

Por consequência, as concepções atualmente dominantes na doutrina do Direito Penal alemão não orientam seu sistema a realidades ontológicas prévias como a causalidade ou a finalidade, mas aos encargos e finalidades do Direito Penal. Se fala assim de projetos funcionalistas do sistema. Enquanto o causalismo e o finalismo compartilhavam uma base comum, consistente em sua dependência de fundamentos ontológicos, as teorias funcionalistas coincidem em seu ponto de partida normativo (...). (ROXIN, 2012, p.4, tradução nossa²⁷³).

Desta forma, o Direito não precisa, nem deve, acolher tais fenômenos e seus respectivos conceitos tal qual ocorrem fora do Direito, mas sim construir seu próprio arcabouço conceitual de forma a tornar-se mais eficiente na busca de suas finalidades. Então, por exemplo, o conceito de ação, tal qual tem sido utilizado pela teoria finalista do delito, é coincidente com o que se poderia chamar de conceito ontológico²⁷⁴ de ação, ou seja, a formulação jurídica tenta ser coincidente com a formulação não jurídica. A questão que se coloca é: este conceito de ação é o mais adequado às finalidades do Direito Penal?

Frank Bleckmann (2007) é categórico ao afirmar que um ponto de partida sociológico exclui toda a ontologização do Direito Penal²⁷⁵. “Não existe a ação ou o delito enquanto estrutura do ser da realidade. Apenas existe o processo de uma produção social,

273Na versão espanhola consultada: *Por conseguinte, las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo.* (ROXIN, 2012, p.4).

274(...) O “interpelar discursivamente” o ente enquanto ente, a interpelação discursiva do ente, em vista de seu ser pode ser designada - onto-logos, ontologia em sua cunhagem moderna. Compreensão do ser é compreensão ontológica. Conhecimento do ente, nele mesmo, é conhecimento ôntico. (HEIDEGGER, 2008, p.216-217).

275No mesmo sentido argumenta Eduardo Montealegre Lynett: “O injusto e a culpabilidade não se inferem de estruturas lógico-objetivas, preexistentes, que vinculem a liberdade de configuração do legislador. O conteúdo dos elementos da teoria do delito depende dos fins e funções que cumpre o direito, consistentes em garantir a identidade de uma sociedade. Isto significa, então, que se trata de conceitos normativos edificados com total independência da natureza das coisas”. (LYNETT, 2005, p. 11).

historicamente variável, de tais fenômenos (sociais, ou seja: de sentido)”. (BLECKMANN, 2007, p.442, tradução nossa²⁷⁶). Em seguida conclui a ideia aqui inicialmente posta:

Neste sentido, não há uma realidade acessível por trás da sociedade, senão que a realidade está nas próprias ações da sociedade, que criam sua própria realidade comunicacional. Deste modo, a ontologia se substitui pela observação, o ser pelo processo. (BLECKMANN, 2007, p.442, tradução nossa²⁷⁷).

Trata-se, em verdade, de uma importante influência da filosofia da linguagem sobre os pensadores funcionalistas. Este aspecto, todavia, será tratado em momento posterior. Aqui se faz necessário retomar a discussão quanto a como devem ser construídos os conceitos do Direito Penal, ou, ainda, qual o ponto de partida para a elaboração de tais conceitos.

Para responder à pergunta acima, porém, é preciso encarar a mais fundamental questão: qual é a finalidade do Direito Penal?

O questionamento a respeito da função do Direito Penal, por sua elementaridade, já foi objeto das mais diversas tentativas de resposta. Todavia, como visto no capítulo dedicado à evolução da teoria do delito, não há uma única resposta dada que não se depare com críticas insuperáveis.

No intuito de aprofundar tal debate, neste momento a discussão será reconstruída, mas, agora, com foco nas respostas mais bem aceitas, e seus respectivos problemas.

O caminho mais utilizado pela doutrina penal é, ao invés de considerar a função do Direito Penal abstratamente, considerar a função da sanção penal²⁷⁸. Trata-se de um recurso de

276Na versão em espanhol consultada: *No existe la acción o el delito en cuanto estructura del ser de la realidad. Sólo existe el proceso de una producción social, históricamente variable, de estos fenómenos (sociales, es decir: de sentidos).* (BLECKMANN, 2007, p.442).

277Na versão em espanhol consultada: *En este sentido, no hay una realidad accesible detrás de la sociedad, sino que la realidad está em las propias operaciones de la sociedad, que crean su propia realidad comunicacional. De este modo, la ontología se sustituye por observación, el ser por el proceso.* (BLECKMANN, 2007, p.442).

278Hegel já apresentava o problema de forma que ainda guarda bastante atualidade: “Na moderna ciência positiva do direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte tiveram, pois para ela não é suficiente o intelecto uma vez que se trata da própria essência do conceito. Se o crime e a sua supressão, na medida em que esta é considerada do ponto de vista penal, apenas forem tidos como nocivos, poderá julgar-se irrazoável que se promova um mal só porque um mal existe já. (...) Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito tem de suprimir-se? Esta existência é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial. Enquanto os conceitos não forem conhecidos claramente, a confusão tem de reinar na noção de pena. (HEGEL, 1959, p.109-110).

raciocínio bastante lógico, afinal, se se sanciona, tal ato deve ter alguma finalidade. E sendo o ato de sancionar o momento último da atuação do Direito Penal, deveria ele corresponder à finalidade de tal ramo do Direito. Não obstante a aparente lógica do argumento, há de se ressaltar que uma identificação plena entre a função do Direito Penal e a função da sanção penal é errada. Isso é assim, pois as expectativas trabalhadas pelo sistema penal vão além da expectativas com as quais lida a pena. Vale colacionar a lição de Juan Ignacio Piña Rochefort (2007), que escreve já a partir de uma perspectiva funcionalista:

Em outros termos, é um erro identificar a função do Direito Penal com a função da pena. A função do sistema jurídico-penal, de estabilização de expectativas, não apenas se verifica quando se impõe uma pena (ou medida de segurança), mas também quando não se aplica nenhuma delas, por exemplo, por haver operado alguma de suas estruturas de legitimidade. (ROCHEFORT, 2007, p.330, tradução nossa²⁷⁹).

Para confirmar o argumento acima basta pensar num caso de absolvição em razão de legítima defesa. As expectativas protegidas pelo Direito Penal confirmam-se, em tal caso, não pela aplicação da sanção, mas por sua não aplicação. Feita tal consideração, é preciso retomar a discussão da finalidade da pena.

Conforme a síntese de Fontán Balestra (1998), quatro são as linhas de resposta ao questionamento quanto à finalidade das penas, quais sejam, as teorias de retribuição, de prevenção, de correção e de defesa. As três primeiras, que usualmente também são designadas por teorias absolutas e teorias relativas da pena já foram objeto de análise e crítica. Todavia, as críticas foram feitas a partir de uma perspectiva finalista, de forma a demonstrar que, mesmo dentro do referencial teórico no qual se desenvolveram, tais propostas não se sustentam.

Resta então abordar as teorias de defesa, o que será feito também a partir do texto de Fontán Balestra (1998). Segundo ele, as teorias de defesa consistem fundamentalmente em afirmar que o Direito Penal é instrumento de defesa da sociedade, que pode dele se valer para proteger seus indivíduos e sua forma de organização social. Três grandes correntes podem ser

²⁷⁹**No original:** *En otros términos, es un error identificar la función del Derecho Penal con la función de la pena. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone unna pena (o medida de seguridad) sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado alguna de sus estructuras de legitimidad.* (ROCHEFORT, 2007, p.330).

identificadas dentro das teorias da defesa, quais sejam, a da *Defesa Indireta*, de Romagnosi, a da *Defesa Justa*, de Carrara e a da *Defesa Social*, de Ferri.

Citando Romagnosi, afirma Fontán Balestra que a sociedade tem o direito de impor pena aos que delinquem “como meio necessário para a conservação de seus indivíduos e do estado gregário em que se encontram”. (BALESTRA, 1998, p.90, tradução nossa²⁸⁰). Em outras palavras, o Direito Penal seria a institucionalização de um meio de defesa da coletividade, que o utilizaria no lugar da defesa pessoal, sem controle.

A teoria da defesa justa, por sua vez, trata da mesma ideia, porém, com uma limitação que se refere à legitimidade da ação de defesa, qual seja, a ideia de que só haveria uso legítimo do Direito Penal, quando estiverem em risco a conservação dos direitos da humanidade, de forma que, sendo atos para conservar direitos, devem eles mesmos, sempre estar subordinados às regras jurídicas.

A mais famosa das formulações é a última delas, a da defesa social, que se tornou um referencial forte o suficiente para, nos dias de hoje, ainda nomear algumas secretarias de governo responsáveis pelas questões de segurança²⁸¹. Ensina Fontán Balestra que a formulação de Ferri foi bastante simples. A sociedade tem o direito de se defender. Assim como a pessoa doente pode recorrer ao médico, por ser a medida mais eficaz para sua cura, a sociedade agredida pode recorrer ao direito penal. Sanciona-se o ofensor não porque cometeu o crime, mas porque afetou a sociedade. (BALESTRA, 1998, p.90).

Em linhas gerais, as teorias da defesa são atacadas pois, ao darem muito peso à organização da sociedade, parece dar pouca importância aos indivíduos. Uma construção nestes termos não se sustenta diante de concepções contemporâneas que admitem que o Estado não se confunde com o Direito, e que é possível o surgimento de outros sistemas ou subsistemas para responder às novas demandas sociais. Ainda, por outra vertente, é possível sustentar que autorizar o uso da força do Direito Penal com fundamento na manutenção do *status quo* poderia torná-lo um mecanismo impeditivo do desenvolvimento social, o que, de acordo com o pensamento sistêmico anteriormente exposto, seria absolutamente desvirtuante.

280No original: *La sociedad tiene el derecho de hacer suceder la pena al delito, como medio necesario para la conservación de sus individuos y del estado gregario en que se encuentran.* (BALESTRA, 1998, p.90).

281Notadamente em Minas Gerais, desde a primeira gestão de Aécio Neves como governador do Estado, a outrora Secretaria de Estado da Segurança Pública foi renomeada Secretaria de Estado da Defesa Social, em notável retrocesso do ponto de vista conceitual.

Apesar de, ao que parece, todas as respostas tradicionais não se sustentarem, vale a pena conhecer as críticas feitas a elas a partir da perspectiva funcionalista, para, em seguida, abordar a questão da proteção do bem jurídico como fundamentação do Direito Penal, que, embora mais sofisticada, também enfrenta obstáculos de difícil transposição.

Quanto às teorias absolutas da pena, Jakobs (2009) é categórico ao afirmar sua incompatibilidade em relação ao atual estágio do desenvolvimento das ciências penais. Ele assevera a impossibilidade de se sustentar as ideias que decorrem da fórmula *punitur, quia peccatum est* em razão de que, na atualidade, “pode-se considerar demonstrado que a punição não tem outro intuito senão o de manter a ordem social, de forma que todas as teorias se situam no *ne peccetur*, ou, mais precisamente, no interesse pela estabilização da norma”. (JAKOBS, 2009, p. 34). Além desse ataque generalizado, no sentido da insustentabilidade das teorias absolutas, o referido autor vai além, expondo seus pontos fracos. O primeiro objeto de crítica será a teoria da prevenção geral positiva, que, apesar de tudo, continua defendida por autores contemporâneos do mais alto gabarito.

Se se parte de que o Direito Penal deve garantir uma convivência pacífica e livre na sociedade, algo que não se pode questionar com seriedade, as teorias da pena determinam o caminho que pode conseguir essa meta: mediante a influência no delinquente individual (prevenção especial) ou sobre todos os membros da comunidade (prevenção geral) e, melhor ainda, sobre ambos, simultaneamente. (ROXIN, 2000, p.59, tradução nossa²⁸²).

O modelo da prevenção geral positiva afirma que a pena tem por função orientar os membros da sociedade a respeitar as expectativas comportamentais nos contatos sociais. Contudo, “não fornece uma justificativa para tal proceder, pressupondo, antes, que a ordem social é digna dos custos que são impostos ao violador da norma”. (JAKOBS, 2009, p.35).

A partir daí, o citado Catedrático de Bonn expõe mais duas objeções. A primeira seria a de que o que deve ser garantido não é a estabilidade social real, mas sim a justiça. A segunda seria no sentido de que o agente criminoso não pode ser “utilizado como meio para promoção do bem-estar das outras pessoas” (2009, p.35), o que se conforma com a consagrada ideia

²⁸²Na versão espanhola consultada: *Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez.*

kantiana de que o homem, sendo um fim em si mesmo, não pode ser meio para outros fins²⁸³.

A primeira delas traz em si um problema ainda maior que o inicial, qual seja, definir qual a ideia de justiça adotada numa dada comunidade²⁸⁴, de forma que ela possa ser o referencial daquele dado ordenamento jurídico. Tal ideia se sustenta dentro do pensamento kantiano - ensina Jakobs (2009)-, em razão de a lei penal ser considerada um imperativo categórico, já que indispensável à concretização da ideia de justiça. A ideia de justiça, por sua vez, precisa ser consolidada, pois, caso sucumba, não haveria mais “valor na vida do homem sobre a Terra” (JAKOBS, 2009). Ao que tudo indica, até que se consiga um elevado consenso a respeito da ideia de Justiça – e isso não parece estar próximo de ocorrer -, o argumento da garantia da justiça não deve ser aceito, pois não oferece resposta melhor à questão com se está lidando. E sendo assim, válida é a lição dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, no sentido de que “o problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida”. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 697).

Nota-se, e Jakobs faz questão de destacar tal fato, que a concepção acima (da *prevenção geral positiva* tradicional), assim como as teorias absolutas, só se legitima “por meio do valor da ordem em nome de cuja manutenção se pune” (JAKOBS, 2009, p.36). Em ambos os casos, a pena teria legitimidade se a atividade de criminalização de uma conduta que a precedeu teve legitimidade. Todavia, as teorias da pena agora apresentadas em nada contribuem quanto a este problema.

A vertente da prevenção especial positiva, também já anteriormente exposta e criticada dentro dos preceitos finalistas, pode, de forma bastante singela, ser questionada a partir do funcionalismo. Referida vertente sugere como função da sanção penal a tentativa de “recuperação” do condenado por meio da ressocialização/ reeducação. Do ponto de vista

283Sobre a ideia kantiana, ensina Georges Pascal (1985): “As coisas nunca tem valor senão para nós; os seres racionais ou pessoas, ao contrário, têm *valor absoluto*. Se nos recusássemos a tomar a pessoa humana como um fim em si, não restaria coisa alguma dotada de valor absoluto, o que impossibilitaria a existência de um imperativo categórico”. (PASCAL, 1985, p.124).

284Algumas concepções de justiça consideram central o conceito de mérito, enquanto outras não lhe atribuem relevância alguma. Algumas concepções apelam para os direitos humanos inalienáveis, outras para alguma noção de contrato social, e ainda outras para algum padrão de utilidade. Além disso, as teorias conflitantes de justiça que expressam estas concepções opostas também externam discordâncias quanto à relação entre a justiça e os outros bens humanos, o tipo de igualdade que a justiça exige, a variedade de transações e de pessoas para as quais as considerações sobre a justiça são relevantes e quanto à possibilidade de um conhecimento sobre a justiça sem um conhecimento da lei de Deus. (MACINTYRE, 1991, p.11).

funcionalista tal atribuição é, no mínimo, curiosa. Isso, pois seria uma atribuição sempre secundária, ou seja, como o sistema primário de socialização/ educação falhou, transfere-se a tarefa para o Direito Penal, que passa a funcionar, literalmente, como um sistema remediador. Ou seja, o sistema penal seria um sistema com uma autonomia atípica, vez que funciona não para lidar com suas demandas específicas, mas para sanar falhas de outros sistemas.

A formulação da teoria da pena feita por Jakobs, por sua vez, guarda pontos de contato com a versão hegeliana da prevenção geral positiva, como o próprio Jakobs reconhece. Todavia, como se verá, não há que se falar em mera atualização do pensamento hegeliano. Há, de fato, uma mudança no fundamento. Segundo Jakobs, “o sistema de referências de Hegel para fundamentação da pena é o conceito de Direito, o sistema de referências aqui representado é constituído pelas condições de estabilidade da sociedade”. (2009, p.38).

Antes de analisar as formulações hegelianas propriamente ditas, vale acompanhar a introdução a seu pensamento – no que diz respeito à punição – feita por Zaffaroni (2002). Segundo o penalista argentino, há algo de “romântico” no pensamento hegeliano. Este aspecto seria uma crença forte na razão, que se desenvolveria na história “fazendo avançar o espírito da humanidade, de maneira dialética” (2002, p. 283), ou seja, “a razão vai contrapondo a cada tese a sua negação (antítese) sem que ambas se destruam, conservando-se em uma síntese”. (ZAFFARONI, 2002, p.284). Desta forma, quem não tenha alcançado a liberdade, “tomando consciência de si mesmo”, não age de forma relevante para o direito, pois age sem consciência plena de suas ações. Para este, então, que por não ter chegado à etapa da razão não faz parte da “comunidade espiritual”, haverá sanção diferenciada, já que não compartilharia da “lógica” da pena a ser aplicada para os integrantes da comunidade (de razão).

Este pensamento propiciava os instrumentos para excluir o “louco” e o recalcitrante, ou seja, todos os etiquetados como estranhos à “racionalidade” imposta pelo sistema de produção industrial, da possibilidade de que se beneficiassem com a garantia do máximo da pena ou com as causas de justificação. (ZAFFARONI, 2002, p.284).

Vê-se, pois, que o hegelianismo penal, compartilha com o movimento iluminista não só o primado da razão, mas, também, a possibilidade do excesso - que, no caso francês, ficou conhecido apenas como “o terror” (HOBSBAWM, 2012), simbolizado pelo sem número de

execuções realizado durante a Revolução.

Em todo caso, é fundamental notar, mais uma vez, que o fundamento do pensamento hegeliano é em boa medida diverso da base sobre a qual Günther Jakobs irá construir o Funcionalismo Penal. O primeiro aspecto para a compreensão do pensamento hegeliano (neste ponto) é saber que ele – Hegel – tomou como ponto de partida a mesma ideia de princípios legais estatais utilizadas por Kant, Rousseau e Fichte (HONNETH, 2010), qual seja:

Uma estrutura estatal, bem como um sistema de sociedade juridicamente composto, podem ser justificados, sob as modernas e sofisticadas condições, se estiver num lugar em que a liberdade individual de cada um de seus membros é tomada em consideração. (HONNETH, 2010, p.35, tradução nossa²⁸⁵).

Qual seria, então, o alicerce do pensamento retributivista hegeliano? De acordo com Honneth (2009), é a “luta por reconhecimento”. Mas, o que isso quer dizer? Num dos pontos iniciais do desenvolvimento de sua *Teoria do Reconhecimento*, Axel Honneth reconstrói a elaboração da *filosofia da sociedade* de Hegel – notadamente no período chamado de “o Hegel de Jena”, em referência à cidade em que estava à época. Segundo expõe Honneth (2009), Hegel conclui que uma adequada filosofia da sociedade deveria romper com as categorias atomísticas e erguer-se a partir dos “vínculos éticos em cujo quadro os sujeitos se movem juntos desde o princípio, ao invés de partir de atos isolados” . (HONNETH, 2009, p.43).

Doravante as relações éticas de uma sociedade representam para ele as formas de uma intersubjetividade prática na qual o vínculo complementar e, com isso, a comunidade necessária dos sujeitos contrapondo-se entre si são assegurados por um movimento de reconhecimento. (HONNETH, 2009, p.46).

É no reconhecimento recíproco²⁸⁶ que irá ocorrer a mudança para o “nível” da razão

285No original: “*Ein Staatsgebilde, also ein rechtlich verfasstes Gesellschaftssystem, kann unter modernen, aufgeklärten Bedingungen nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn es dazu in der Lage ist, die individuelle Freiheit jedes einzelnen seiner Mitglieder allgemein zur Geltung zu bringen*”. (HONNETH, 2010, p. 35).

286 Ora, é sabido como o problema clássico da filosofia ocidental é o problema da relação *consciência-mundo*. Na ênfase poderosa dada a esse tema dominador, o problema do *outro* permanece como em surdina e apenas

anteriormente falado – citando Eugênio Zaffaroni -, e que possibilitará a construção do esquema punitivo que compõe o pensamento jurídico hegeliano. Este reconhecimento recíproco deverá ainda levar os envolvidos adiante, possibilitando que cada um deles passe a conhecer-se melhor, superando a etapa do reconhecimento inicial, e passando para etapas mais elaboradas, em que aquele que passou a se conhecer melhor aumenta os níveis de exigência do reconhecimento dos demais²⁸⁷.

No segundo nível de reconhecimento, as relações que os sujeitos tinham com o mundo são colocadas em um novo patamar, em que as condições de validade particulares são convertidas em “pretensões de direito universais, contratualmente garantidas”. (HONNETH, 2009, p. 50). A partir daí – chegando ao ponto que interessa a este projeto mais de perto -, ele elabora um conceito um tanto abstrato de crime como o ato que viola a pretensão de direito, ferindo “essencialmente a forma universal de reconhecimento, já constituída sob as condições do estabelecimento das relações jurídicas”. (HONNETH, 2009, p. 53). O reconhecimento recíproco, na proposta hegeliana, é condição mínima de existência do sistema jurídico. Eis a lição de Günther Jakobs:

Condição mínima de toda juridicidade (*Rechtlichkeit*) é, como já se explicou, o reconhecimento do outro como pessoa. O conteúdo mínimo deste reconhecimento é, por sua vez, a norma, o dever negativo de não lesar o outro, de não lhe causar danos, de deixar em sua autonomia. Neste caráter negativo esgota-se o direito abstrato em Hegel, o qual apenas significa que a relação negativa é a condição mínima para que se dê o estado de juridicidade. (JAKOBS, 2004, p.151, tradução nossa²⁸⁸).

aflore com suficiente nitidez precisamente quando o pólo da reflexão filosófica – e Hegel representa aqui a viragem decisiva – se desloca da *natureza* para a *história*. A partir de então o tema *outro* passa a ser, por sua vez, fundamental. Talvez mesmo a temática mais empenhativa da filosofia contemporânea se manifeste no movimento de reflexão que visa ao *outro* e à conquista do universo intersubjetivo da comunicação, mais do que na clássica perseguição da “ideia” do *objeto* e na subida para o céu das essências. (VAZ, 2001, p.231).

287A experiência mais fundamental do encontro com o *outro*, segundo o ensinamento de Hegel, que de início nos referimos, é a experiência da palavra comunicada, do diálogo. Ora, o *logos* é palavra. E há um paradoxo profundo no fato de que a filosofia do *logos* tenha sido a filosofia da anulação do *outro*. Na verdade, a mais alta realização dessa filosofia, ou seja, o platonismo, encontrou seu método e sua expressão precisamente no *diálogo*. (...) Assim, o *diálogo* platônico leva os interlocutores a se reconhecerem, definitivamente, somente no plano em que o *outro*, como o *eu* mesmo, converge na impessoalidade do *logos*. (...) (VAZ, 2001, p.232).

288Na versão em espanhol consultada: “Condición mínima de toda juridicidad (*Rechtlichkeit*) es, como ya se explicó, el reconocimiento del otro como persona. Contenido mínimo de este reconocimiento es a su vez la norma, el deber negativo, de no lesionar al otro, de no dañarlo, de dejarlo en su autonomía. En este carácter negativo se agota el derecho abstracto en HEGEL, lo cual sólo significa que la relación negativa es la condición mínima para que se dé el estado de juridicidad.” (JAKOBS, 2004, p.151).

A partir deste pano de fundo teórico a justificação da sanção ao crime torna-se compreensível. Ela, a sanção, funciona como garantidora dos vínculos éticos mais sofisticados construídos após sucessivas etapas de reconhecimento recíproco de membros de determinada sociedade, ou “sistema social” (*Gesellschaftssystem*). Ela se torna, assim, símbolo²⁸⁹ de garantia de manutenção de tais vínculos.

Veja-se, pois, a formulação hegeliana referente ao momento indicado por Honneth quanto à construção de pretensões universais de direito:

No contrato, o direito em si está como algo de suposto, e a sua universalidade intrínseca aparece como o que é comum à vontade arbitrária e à vontade particular. Essa fenomenalidade do direito – em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente – torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular. Mas a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando essa negação, restabelece-se e, utilizando este processo de mediação, regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si imediato. (HEGEL, 1959, p.101).

Esta primeira formulação, traz a ideia que ainda hoje é a referência da teoria absoluta em todas as vertentes, inclusive a do Funcionalismo sistêmico, qual seja, a de que a ação contrária ao direito posto estabelece uma particularidade não tolerada pelo sistema jurídico, devendo, portanto, ser repelida pelo direito, para sua própria continuidade.

A peculiaridade do pensamento do funcionalismo sistêmico, como indicou Jakobs - de forma talvez não muito clara -, é que o fundamento da necessidade de revalidação do direito diz respeito à manutenção das expectativas sociais que sobre ele recaem. Afinal, se o direito constitui um sistema de expectativas normativas, que sendo normativas devem se manter mesmo quando violadas, ele deve reagir às violações relevantes a tais expectativas, a fim de reafirmar-se enquanto mantenedor delas.

A lógica da reação pela pena, em uma ou outra vertente, é dada pelo próprio Hegel

289“O que chamamos de símbolo é um termo, um nome ou mesmo uma imagem que nos pode ser familiar na vida diária, embora possua conotações especiais além do seu significado evidente e convencional. Implica alguma coisa vaga, desconhecida ou oculta para nós. (...) Assim, uma palavra ou uma imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto e imediato. Esta palavra ou esta imagem tem um aspecto 'inconsciente' mais amplo, que nunca é precisamente definido ou de todo explicado. E nem poderíamos ter esperança de defini-la ou explicá-la. Quanto a mente explora um símbolo, é conduzida a ideias que estão fora do alcance de nossa razão”. (JUNG, 2000, p.17).

(1959) quando diz que

O princípio conceitual de que toda a violência se destrói a si mesma, possui a sua real manifestação nisto de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira. (HEGEL, 1959, p.105).

Em outras palavras, a violência contra o direito é ato que rompe com as expectativas estabelecidas e não a substitui por outra, deixando, apenas, a sensação de não poder esperar algo mais ou menos certo. Uma tal ausência de expectativas é situação incompatível com as sociedades nas formas em que hoje se apresentam. Aliás, incompatível com qualquer forma de vida coletiva. Então, é possível fechar a proposta hegeliana com a seguinte passagem:

(...) A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito. (HEGEL, 1959, p. 109).

Este trecho parece sintetizar de boa forma a imagem que se tem da teoria absoluta de matriz hegeliana: o crime é a negação do direito, e a pena é a negação da negação, portanto, o restabelecimento do direito²⁹⁰.

A grande diferença introduzida pelo Funcionalismo sistêmico é a questão dos fundamentos, como já dito. À pergunta “por que se tentar restabelecer o direito?”, apresenta-se como resposta a questão das expectativas normativas e das demandas aos sistemas, como se verá com mais aprofundamento na sequência. Tal diferença na fundamentação tem inclusive a utilidade de retirar o pensamento funcionalista do âmbito das teorias absolutas (pune porque é contra o direito) e o realocar como uma teoria relativa (pune-se em busca de um objetivo).

Quanto às teorias relativas, a proposta do funcionalismo sistêmico é de uma teoria da

²⁹⁰“A pena, para Hegel, impunha-se como uma necessidade lógica e também tinha caráter retributivo talional, por ser a sanção à violação do contrato; se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e (conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação) a pena seria a afirmação do direito, que se imporá simplesmente pela necessária afirmação do mesmo. (ZAFFARONI, 2002, p.284).

prevenção geral positiva, em que a pena teria a função de “exercitar o reconhecimento normativo”, ou seja, estimular o entendimento de que as expectativas normativas devem ser respeitadas. Todavia, no âmbito das teorias relativas foram desenvolvidas também vertentes de prevenção geral negativa, cuja versão mais famosa é a já mencionada teoria da coação psicológica, de Feuerbach.

A formulação de Anselm von Feuerbach é bastante familiar aos penalistas. A atratividade da empreitada criminosa seria compensada pela ameaça do sofrimento/ castigo imposto pela sanção penal. A atuação conjunta entre legislador e executivo, no sentido de ameaçar e fazer cumprir tal ameaça, constitui a coação psicológica. Todavia, como ressalta Jakobs, tal situação não pode ser tida como legítima, pois “a pessoa punida seria indevidamente utilizada como mero instrumento para o proveito de outros” (2009, p.42). A saída seria, sugere-se, que a pena seja compreendida apenas como “consequência jurídica obrigatória do crime”, sendo sua eficácia quanto ao aspecto preventivo mero efeito secundário.

Há, na estrutura da coação psicológica, alguns equívocos. “Como demonstração da seriedade da ameaça punitiva, a punição deve atuar tendo em vista finalidades, mas, pelo contrário, como pena para o autor, ela deve ser isenta de todo e qualquer fim”. (JAKOBS, 2009, p.43). Tal colocação demonstra a dificuldade que, em geral, as teorias da prevenção geral negativa enfrentam, em que pese a ideia do “punir exemplarmente” seja assumida com bastante naturalidade em nossa realidade, o que é, provavelmente, consequência da tradição judaico-cristã e seu costume de ensinar através de exemplos. Ser parte da tradição, contudo, não parece um argumento suficiente para superar a incongruência teórica.

De toda forma, Jakobs continua sua crítica à teoria da coação psicológica alegando que a incompatibilidade anteriormente exposta não é seu maior problema, mas sim o fato de ela – e as teorias da prevenção geral negativa como um todo – partirem de um pressuposto equivocado.

Todavia, as teorias da prevenção geral negativa partem de um princípio genuinamente equivocado: ela mede a vantagem potencial do delinquente e compensa essa vantagem por meio de um mal, mas negligencia os danos que o fato ocasiona para a ordem social. Para que o crime deixe de ser atrativo para outros agentes, é preciso que o mal seja mais relevante do que a vantagem obtida com o fato; no entanto, esta última é independente do dano social que o fato provoca. (JAKOBS, 2009, p. 44)

Com tal argumento o professor de Bonn sustenta que seria razoável mudar a lógica da parte especial dos códigos penais. Ao invés de se orientarem pelo bem protegido, deveriam orientar-se pela vantagem potencial. Isto tornaria as sanções, orientadas a diminuir as vantagens, mais lógicas. O exemplo que ele traz é bastante elucidativo. Um crime contra a vida, realizado para obter alguma vantagem econômica – algo como o chamado *homicídio mercenário* do Direito Penal brasileiro – seria mais eficientemente desestimulado se punido com uma multa pesada, de forma a compensar a vantagem financeira auferida. Já um crime contra a honra, cujo objetivo final seja promover a ascensão do agente em sua carreira profissional, talvez só possa ser devidamente desestimulado com a ameaça da privação da liberdade por alguns anos, de forma, novamente, a compensar a potencial vantagem do fato.

O argumento acima indica que uma outra resposta à questão dos fins do Direito Penal deve também ser discutida, qual seja, a de que este ramo do Direito tem por missão a proteção de bens jurídicos.

A visão de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos é, possivelmente, a que tem maior número de adeptos²⁹¹, e por consequência, a que gera menor discórdia. Entre os penalistas brasileiros tal ideia beira à unanimidade²⁹².

A tarefa do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. (TOLEDO, 2008, p.14).

A simplicidade da ideia garante seu sucesso²⁹³. Não se discute que é preciso limitar, de

291“De acordo com uma opinião bastante difundida, que inclusive é a doutrina dominante, o Direito Penal serve para a proteção de bens jurídicos.” (JAKOBS, 2005, p.31).

292No mesmo sentido, por exemplo, Artur de Brito Souza e Carlos Eduardo Japiassú (2012): “Atualmente, entretanto, considera-se majoritariamente que o poder punitivo estatal deve cumprir a concreta função de proteção dos bens jurídicos e de prevenção dos delitos.” (2012 ,p.9). Para uma visão completa do assunto, cf. Silva Coelho (2012).

293Note a precisa síntese de aspectos positivos elaborada por Hassemer e Muñoz Conde: “A determinação da missão do Direito penal com ajuda do conceito de bem jurídico – um ensaio que tem suas raízes no Iluminismo – oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora de tomar suas decisões e, ao

alguma forma, a possibilidade de atuação do sistema penal. Um modo eficiente de fazer isso é limitar sua função à proteção de bens, notadamente aqueles tidos como mais importantes num dado momento histórico. Assim, formula-se uma utilidade que, aparentemente, é racional e possível de ser executada.

Uma das primeiras dificuldades que se apresentam, contudo, é definir e delimitar “bem jurídico”. Francisco de Assis Toledo (2008) ensina que “bem” é tudo aquilo que tenha valor, utilidade ou importância para alguém, e, logo em seguida, expõe o cerne do problema: “(...) dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito àqueles que reputa “dignos de proteção” e os erige em “bens jurídicos””. (TOLEDO, 2008, p. 16).

Desta última afirmação derivam problemas suficientes para por em debate a viabilidade da ideia de proteção de bens jurídicos como “a” função do Direito Penal. Numa sociedade mais ou menos homogênea, em que os valores e concepções de vida boa são compartilhados por todos ou pela ampla maioria de seus integrantes, talvez seja possível uma justa concretização da ideia, tal como exposta por Toledo. O grande desafio, porém, é o fato de que sociedades homogêneas não são mais a realidade do ocidente, salvo, talvez, pequenos grupos que se mantêm unidos e se isolam tanto quanto o possível²⁹⁴. O Direito, contudo, não pode se guiar pelas exceções, e o mundo, desde a invenção e a expansão das ferrovias na Europa nos séculos XVIII e XIX (HOBBSAWM, 2012), é cada dia mais heterogêneo.

Essa nova configuração de mundo, que começa a se formar com a facilidade de transportar coisas e pessoas criada pelas ferrovias e é intensificada ao extremo com os atuais meios de comunicação em tempo real, permite que convivam, numa mesma “comunidade”, pessoas com as mais diversificadas percepções de mundo, com as mais distintas concepções de boa vida. Neste contexto, identificar os “bens jurídicos dignos de proteção” é, ao que tudo indica, se não impossível, muito arriscado, sendo grande a chance de se cometer injustiças²⁹⁵.

mesmo tempo, um critério externo de comprovação da justiça dessas decisões.” (HASSEMER; CONDE; 1989, p.105, tradução nossa). **Na versão espanhola:** “*La determinación de la misión del Derecho penal com ayuda del concepto de bien jurídico - un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración -, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio extremo de comprobación de la justicia de esas decisiones*”.(HASSEMER; CONDE; 1989, p.105).

294Um exemplo de que se tem notícia são os Amish, uma comunidade religiosa cristã que hoje tem suas maiores concentrações em Ohio, Pennsylvania e Indiana, nos Estados Unidos, e que falam, entre si, um dialeto derivado do alemão suíço, chamado alemão da Pennsylvania ou holandês da Pennsylvania.

295Um exemplo que parece ilustrar bem a questão da injustiça na escolha de bens jurídicos é aquele que diz respeito à consolidação de posições religiosas pela legislação penal. Impõem-se certos padrões de comportamento que são compartilhados por uma maioria religiosa, desrespeitando com isso – e ameaçando com pena – aqueles que, tendo outra opção religiosa, não compactuariam com tais práticas. É possível

Um exemplo simples para ilustrar: a Constituição brasileira garante, como direito fundamental, a liberdade religiosa. A legislação penal, por sua vez, pune a bigamia – contrair mais de um casamento simultaneamente. Todavia, como é de conhecimento público, há religiões que permitem a poligamia. Daí, surge a questão: sendo a liberdade religiosa um direito fundamental, a eleição da monogamia – preceito tradicional das religiões que são dominantes no país – como bem jurídico é correta? Ou, eventualmente, há choque entre um direito fundamental e uma visão de mundo que se sustentava quando da elaboração do Código Penal, no fim da década de 1930, mas não se sustenta mais? Neste mesmo sentido é a lição de Winfried Hassemer e Muñoz Conde (1989):

Esta segunda razão [*contra o uso da teoria da proteção de bens jurídicos*²⁹⁶] não é outra senão a tendência do próprio conceito de bem jurídico se converter em um conceito vago, espiritual ou imaterial, como aconteceu também com o conceito de violência no delito de coação. (HASSEMER; CONDE; 1989, p. 106, tradução nossa²⁹⁷).

Ao que tudo indica, uma vez que não é possível identificar o que é ou não “digno de proteção”, a ideia da proteção de bens jurídicos já não se sustenta, afinal, terminará por ser verdadeira fonte de injustiça. Seria possível argumentar que a função do Legislativo é justamente debater até se chegar a um consenso quanto à posição dominante, e que, neste ponto, a questão da heterogeneidade social estaria resolvida. Este argumento, entretanto, parte da ideia de democracia como governo da maioria, algo hoje incompatível diante da visão de democracia como governo da maioria garantidor/ respeitador dos direitos/ opiniões das minorias. Uma outra objeção possível é que a universalização da comunicação em tempo real tem produzido uma uniformidade de valores do ponto de vista global, o que na verdade facilitaria a identificação dos bens jurídicos mais caros às pessoas. Isso é em alguma medida correto. Há, sem dúvida, a universalização de alguns ideias. Todavia, parece-nos que se trata de um núcleo de valores muito limitado e, ainda, que há grande dificuldade em estabelecer o

ilustrar isso com os crimes contra o casamento e o crime de aborto.

296 Nota do autor.

297 **Na versão espanhola consultada:** “*Esta segunda razón no es otra que la tendencia del propio concepto de bien jurídico a convertirse en un concepto vago, espiritual o inmaterial, como ha sucedido también con el concepto de violencia en el delito de coacciones*”. (HASSEMER; CONDE; 1989, p.106).

âmbito de proteção que tais valores adquirem em cada cultura em que se inserem. É forçoso concluir que a universalização, nestes moldes, não resolve a questão da identificação e tutela dos bens jurídicos. Mas, há outros problemas.

Santiago Mir Puig destaca a incapacidade da teoria de proteção dos bens jurídicos de determinar o *ius puniendi* estatal, pois, ainda que consiga identificar quais bens são considerados relevantes para a sociedade, não consegue dizer quando tais bens necessitam de proteção pelo Direito penal.

Do conceito dogmático de bem jurídico não cabe esperar, pois, a função limitadora do *ius puniendi*. Mas tampouco é suficiente a capacidade de limitar o legislador, que pode ter um conceito político-criminal de bem jurídico. Ainda que tal conceito pretenda decidir o que deve ser considerado bem jurídico – e não apenas descrever o que o legislador considera como tal –, não serve por si só para resolver a questão de quando o que mereça dita qualificação de bem jurídico exija, ademais, proteção jurídico-penal. (PUIG, 1994, p. 161, tradução nossa²⁹⁸).

Jakobs (2009, p.76) destaca também o fato de que “a teoria do bem jurídico não pode determinar quais unidades funcionais podem ser elevadas à categoria de bens jurídicos em virtude de sua relevância social, como tampouco pode fundamentar que a proteção das normas deve recair sempre sobre bens”. Neste ponto a proposta dele é mostrar que a própria ideia de “bem” irá mudar a depender do ponto de vista, de forma que diversos “bens”, do ponto de vista individual, não podem ser considerados bens jurídicos. O exemplo que ele traz é a veracidade de uma informação. Para quem está recebendo uma mensagem, sua veracidade será sempre um bem, mas em poucos casos ela será considerado um bem jurídico-penal. Nessa situação, apesar de superada a crítica anterior quanto à percepção sobre algo ser ou não um bem, surge outro obstáculo, que é a necessidade/ possibilidade de este bem ser elevado à categoria de bem jurídico que necessita ser protegido pelo sistema penal. Se essa dificuldade pudesse ser superada, uma outra surgiria, qual seja, a forma e a extensão de como a proteção penal deveria ser implementada. Ninguém aceitaria a ideia de que em qualquer comunicação

298 **No original:** “*Del concepto dogmático de bien jurídico no cabe esperar, pues, la esperable función limitadora del jus puniendi. Pero tampoco es suficiente la capacidad de limitar al legislador que puede tener un concepto político-criminal de bien jurídico. Aunque tal concepto pretende decidir qué es lo que merece ser considerado como bien jurídico —y no sólo describir lo que el legislador de hecho reconoce como tal—, no sirve por sí solo para resolver la cuestión de cuándo lo que merezca dicha consideración de bien jurídico exige, además, la protección jurídico-penal*”.(PUIG, 1994, p.161).

toda informação deve ser verídica, de forma que “mentir” se tornasse um núcleo de tipo penal. Então, restaria a discussão, ainda mais insolúvel, quanto a até que ponto a veracidade da informação deveria ser protegida pela lei.

Outro ponto que ele acentua é o fato de que mesmo os bens jurídico-penais²⁹⁹ “não gozam de proteção absoluta” (JAKOBS, 2009, p.76). Isso é assim, pois os bens não existem ou não têm relevância por si mesmos, mas apenas enquanto possibilitadores de contatos sociais. Os bens não são fins em si mesmos. O homem é. Assim, um bem deve ser protegido somente enquanto útil ao contato social, e deve deixar de ser objeto de proteção no momento que esta proteção se torne um fator impeditivo de relações sociais. “Vida, saúde, propriedade etc, não 'existem simplesmente. Sua existência consiste em desempenhar uma função, qual seja, a de exercer e suportar efeitos””, diz Jakobs (2009, p.76) citando Welzel. A teoria do bem jurídico poderia lidar com esta situação se fosse capaz de determinar quais são os contatos sociais autorizados, isto é, aqueles que podem violar os bens jurídicos sem configurar um ilícito. Contudo, ela – a teoria do bem jurídico – também não consegue dar essa resposta.

Há uma outra linha de ataque desenvolvida por Jakobs à tese da proteção do bem jurídico. A afirmação que a função do Direito Penal é a proteção de determinados bens, elevados à categoria de bens jurídicos, pode ser compreendida como sendo obrigação de tal ramo do Direito atuar sempre que tais bens se encontrem sob perigo de lesão. Tal conclusão, por óbvio, é completamente absurda. Eis a razão: suponha que algo que a doutrina dominante considera um bem jurídico encontre-se diante de um risco iminente, por exemplo: uma tempestade causou uma inundação e está arrastando um veículo cujo proprietário ainda está pagando... Indiscutivelmente a proteção da propriedade é uma demanda formulada ao sistema jurídico. Também não há dúvida que, nesse caso específico, o veículo é um bem para seu dono, pois tem muitas utilidades. Igualmente ninguém coloca em disputa o fato de que, no caso apresentado, nenhuma atuação é esperada do sistema jurídico-penal. Assim, o argumento de Jakobs se fecha: se a função do Direito Penal fosse proteger bens jurídicos sob risco, no caso acima seria de se esperar alguma reação por parte do sistema, o que não ocorre. A questão é por que isso não ocorre? A resposta, uma vez dada, parece também bastante clara. Não ocorre porque não se faz, em casos daquele tipo, nenhuma demanda ao Direito Penal –

²⁹⁹Quando se usa o termo bem *jurídico-penal* aqui, faz-se uso da terminologia corrente, típica da doutrina da proteção de bens jurídicos. Posteriormente, em momento a ser destacado, tal conceito será modificado, passando a ser utilizado tal como o faz Günther Jakobs.

quicá ao Direito como um todo –, pois a função do sistema jurídico-penal não é a proteção dos bens, mas a proteção de bens contra determinados “ataques”. “O direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as *peessoas*” (JAKOBS, 2005, p.33).

O autor em questão continua a desenvolver tal argumento. Constatado o fato de que o Direito não protege bens sempre, mas apenas de determinados ataques, é preciso decidir sobre que tipo de ataque se está falando. A primeira ideia para responder a isso tende a ser: contra ataques realizados por terceiros, a algo que é um bem para alguém. Todavia, ninguém discorda seriamente de que a maioria dos chamados “bens jurídicos” são disponíveis, ou seja, o titular de tais bens pode abrir mão de sua proteção, tornando o “ataque” uma conduta irrelevante para o Direito. Assim sendo, o bem a ser tutelado pelo direito é a pretensão de seu titular de que tal bem não será objeto da ação de terceiros caso ele – titular – não consinta tal ação. Ou seja, “o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa garantida”. (JAKOBS, 2005, p.34).

Um adepto da ideia da proteção de bens jurídicos pode, contudo, rebater tal construção afirmando que “o decisivo é limitar o direito penal à proteção da vigência daquelas normas que proíbem afetar um bem, e deslegitimar as outras normas, especialmente aquelas que se caracterizam por proteger determinadas convicções morais” (JAKOBS, 2005, p.34). Ou seja, ao final, a tese da proteção de expectativas seria apenas um outro caminho – ou ainda menos, apenas uma nova leitura – para se chegar à proteção dos bens mais relevantes numa dada sociedade. Há, todavia, um problema com essa conclusão. Até agora todos os exemplos diziam respeito a expectativas negativas: o titular do bem espera que ele não seja objeto de ataque por parte de terceiros. No entanto, há também um sem número de expectativas positivas que são igualmente tuteladas pelo Direito Penal, por exemplo, que um juiz dê sua decisão no momento processual adequado e não a retarde, quando esse atraso poderia lhe ser útil à satisfação de interesse ou sentimento pessoal; que um policial atue para evitar o cometimento de um crime, ainda que perceba que a vítima é seu antigo desafeto, entre muitos outros. Ou seja, além de uma lista infindável de bens jurídicos que devem ser protegidos contra ataques, há ainda outra lista de condutas positivas que também devem ser consideradas bens jurídicos – de acordo com a teoria dominante –, já que expectativas recaem sobre sua realização. O que a tese da proteção de bens jurídicos está a fazer, portanto, é justificar o

Direito Penal dizendo que ele deve proteger uma categoria que não pode, em absoluto, ser identificada com precisão. Ao final, o Direito Penal protegerá aquilo que os detentores do poder político digam que é um bem jurídico. Coloca-se a “fundamentação última” do sistema fora do sistema jurídico. De uma perspectiva sistêmica tal conclusão é inaceitável. Afinal, se os sistemas são cognitivamente abertos, mas operativamente fechados, não é possível que uma dada operação intrasistêmica só seja justificada por um ato comunicacional de outro sistema. Daí concluir Jakobs com a afirmação de que “todo direito penal que estiver no contexto da proteção de bens não pode justificar-se de nenhuma forma”. (JAKOBS, 2005, p.36).

Vale concluir o tópico com a lição de Eduardo Montealegre Lynett:

Se a sociedade se estrutura através de normas, entendidas como “esquemas simbólicos de orientação”, e através das quais uma sociedade assinala os aspectos fundamentais de sua configuração, o relevante não é uma lesão externa de uma situação valiosa, mas o significado da conduta: com seu comportamento o infrator expressa (comunica) que para ele não vigem as expectativas fundamentais, senão sua própria concepção de mundo. (LYNETT, 2005, p. 16).

Esta passagem, com seu conceito peculiar de “norma”, traz a pergunta cabal: se a tese (finalista) do bem jurídico não se sustenta, qual a função da pena na perspectiva do Funcionalismo penal? Ou, posto de outro modo, qual a legitimação material do Direito Penal funcionalista? A esta pergunta o professor de Bonn oferece desde já uma resposta consistente: “O Direito penal tem por missão garantir a identidade da sociedade. Isto é levado a cabo tomando o fato punível em seu significado, como contribuição comunicativa, como expressão de sentido, e ademais, respondendo ante ele. (...)” (JAKOBS, 2004, p.75, tradução nossa³⁰⁰).

5.3.1. A função da pena no Funcionalismo Penal

A resposta a esta pergunta é bastante diferente dentro das duas versões dominantes do funcionalismo. Para Claus Roxin, que constrói sua versão do funcionalismo a partir de uma

³⁰⁰Na versão espanhola consultada: *El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él.* (JAKOBS, 2004, p.75).

aproximação dele com a política criminal, “a função do Direito penal reside em assegurar aos cidadãos uma vida em comum pacífica e livre, através da salvaguarda de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Isto se deduz dos princípios de nossa Constituição, mas também dos fundamentos teórico estatais da democracia”. (ROXIN, 2012, p.4-5, tradução nossa³⁰¹). Trata-se, essencialmente, de uma teoria de proteção dos bens jurídicos construída sobre premissas mais sofisticadas do que as do finalismo. Outra é a proposta do funcionalismo de Günther Jakobs.

Como já afirmado de forma até insistente, no funcionalismo penal de Jakobs a função da pena é reafirmar a validade da norma. Esta afirmação, posta de modo tão simples, pode levar o leitor a pensar que se trata de uma resposta formal ao complexo problema posto. Todavia, a reconstrução do caminho até tal afirmativa deixará claro que ela é simples na forma, mas não no conteúdo. O primeiro passo é esclarecer o conceito de “norma” que o autor utiliza.

Por “norma” deve entender-se a expectativa de que uma pessoa, numa situação determinada, se comportará de uma maneira determinada e, certamente, não como consequência do resultado de se compensar a satisfação com a insatisfação, senão exclusivamente a seu *Ser-pessoa (Person-sein)*. Em outras palavras, uma norma não ordena o mundo sob o esquema de satisfação/ insatisfação dos indivíduos, mas sob o esquema de deveres/ liberdades das pessoas, isto é, dos portadores de papéis sociais. (JAKOBS, 2007, p.227, tradução nossa³⁰²).

A análise desta passagem será iniciada por seu fim, pois o que normalmente causa mais estranheza é a afirmação de que a norma ordena o mundo da perspectiva daqueles que tenham papéis sociais.

Günther Jakobs construiu o funcionalismo usando como base a teoria da sociedade desenvolvida por Niklas Luhmann. Em tal teoria, a sociedade é definida como comunicação.

301 **Na versão espanhola consultada:** *La función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia.* (ROXIN, 2012, p.4-5).

302 **Na versão em espanhol consultada:** *Por “norma” debe entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comportará de una manera determinada y, ciertamente, no como consecuencia del resultado de compensar la satisfacción con la insatisfacción, sino exclusivamente debido a su Ser-Person (Person-sein). En otras palabras, una norma no ordena el mundo bajo el esquema de la satisfacción/ insatisfacción de los individuos, sino bajo el esquema de los deberes/ espacios libres de las personas, esto es, de los portadores de roles.* (JAKOBS, 2007, p.227).

Numa sociedade assim compreendida, e repartida em sistemas especializados, as comunicações de cada sistema ou subsistema ocorrem dentro de uma lógica binária própria, com uma linguagem própria, inerente aos limites do sistema em que aconteça. Assim como os sistemas desempenham apenas o papel para o qual surgiram, também as pessoas – que, na teoria luhmaniana são *sistemas psíquicos*, conceito mais restrito do que *pessoas* – desempenham papéis específicos.

O desempenho de papéis na sociedade diz respeito à relevância da comunicação de cada sistema. Uma comunicação fora dos padrões sistêmicos tende a ser irrelevante (em raros casos será perturbadora do sistema). Assim, o que Jakobs parece dizer no trecho acima, é que as normas são direcionadas às pessoas (sistemas) que se encontram em situação de normalidade, comportando-se tal qual as expectativas sociais que sobre elas recaem. Isso significa, ainda, que há pessoas que não exercem papéis sociais, ou seja, indivíduos cujas comunicações não são consideradas relevantes para o sistema. Para compreender isso, basta que se pensem os casos em que nosso ordenamento jurídico diz que uma pessoa não é apta para decidir sobre ela mesma, como os absolutamente incapazes. No caso específico do sistema jurídico-penal isso se torna ainda mais evidente. Como ele assume que os menores de dezoito anos não têm maturidade/ capacidade para compreender de forma plena sua comunicação interna, ele automaticamente retira tais pessoas do rol dos seus destinatários.

No mesmo sentido vai a afirmação de que “a pena desqualifica a conduta enquanto esquema de interpretação relevante da *praxis* social” (MÜSSIG, 2007, p.257). A afirmativa de Bernd Müssig vai ao encontro da de Jakobs, afinal, só pode ser relevante a comunicação que esteja dentro do papel atribuído ao sistema, seja um sistema social qualquer, seja o sistema psíquico (pessoa). Em seguida, conclui o sucessor de Jakobs em Bonn:

(...) não é decisivo o “ataque” externo, perceptível aos sentidos, a um objeto (bem jurídico), se não o significado comunicativo do comportamento, sua expressão de sentido imputada: a vulneração do Direito enquanto questionamento de uma autodescrição da sociedade juridicamente positivada, cuja aceitação sem reação alguma converteria em contraditória essa mesma autodescrição; a responsabilidade jurídico-penal, a imputação em sentido amplo, é expressão da garantia da vigência do Direito. (MÜSSIG, 2007, p.257, tradução nossa³⁰³).

303 Na versão em espanhol consultada: (...) no es decisivo el “ataque” externo, perceptible a los sentidos, a un objeto (del bien jurídico), sino el significado comunicativo del comportamiento, su expresión de sentido imputada: la vulneración del Derecho en cuanto cuestionamiento de una autodescripción de la sociedad jurídica positivada, cuya aceptación sin reacción alguna convertiría en contradictoria a esa misma autodescripción; la responsabilidad jurídico-penal, la imputación en sentido amplio, es expresión de la

Mais uma vez o aspecto comunicativo é acentuado. Assim como a norma é comunicação dirigida a quem desempenhe papéis sociais, o desrespeito à norma só será relevante se realizado também por quem desempenhe tais papéis, vez que, de outro modo, será – em regra -, comunicação irrelevante para o sistema.

A questão ainda apresenta uma outra vertente a justificar a colocação do papel social, qual seja, a formação do sentido da comunicação. O significado da norma não é construído apenas pelo texto por meio do qual ela é expressa, mas também dos contextos da *praxis* jurídica (MÜSSIG, 2007). Tal situação não é uma construção sistêmica ou penal, mas uma perceptível influência da *Filosofia da Linguagem*, que pode ser remetida diretamente à Wittgenstein, numa concepção que se opunha ao chamado “essencialismo”, que afirmava que o “significado existe independentemente de se usar ou não alguma linguagem, e de qual linguagem”. (FEYERABEND, 1955, p.450, tradução nossa³⁰⁴).

Vale lembrar que existiu quem sugerisse que Luhmann fosse um positivista, o que tornaria a teoria dos sistemas (na forma dada por ele) um campo não muito fértil, ou mesmo incompatível, com a filosofia da linguagem. O que se vê, contudo, é que a junção dos pressupostos da teoria dos sistemas com o Direito Penal para a construção do Funcionalismo Penal apenas se concretiza em sua melhor forma quando adere à mudança de paradigma filosófico causada pelo “segundo” Wittgenstein³⁰⁵. Fora dessa “nova” realidade, todo o argumento comunicacional do Funcionalismo – e talvez de toda a teoria dos sistemas luhmaniana – perde seu sentido. Afinal, se o significado for dado *a priori*, a relevância da comunicação enquanto “ser” da sociedade torna-se excessivamente simplista. Aliás, tornar perceptível a necessidade de re-união do Direito com a filosofia pós *linguistic turn* é, talvez, um dos grandes méritos da Teoria dos Sistemas que, ao propor uma visão mais abrangente do

garantía de la vigencia del Derecho. (MÜSSIG, 2007, p.257).

304 **No original:** *Meanings exist independently of whether or not any language is used and which language is used*. (FEYERABEND, 1955, p.450).

305 Quanto ao “segundo” Wittgenstein, vale conhecer a síntese de Manfredo Araújo de Oliveira: “O que caracteriza essa nova orientação é que para ele, agora, a *linguagem é uma atividade humana* como andar, passear, colher etc. Há aqui uma íntima relação, se não identidade, entre *linguagem* e *ação*, de tal modo que a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que não se pode separar pura e simplesmente a consideração da linguagem da consideração do agir humano ou a consideração do agir não pode mais ignorar a linguagem. Essa atividade realiza-se sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida”. (OLIVEIRA, 2006, p.138)

objeto de análise, exige tais atualizações, possibilitando que alguns setores que se mantêm em paradigmas superados se atualizem. É esta a lição de Pierre Delattre (1981):

Em certos sectores, que se constituem verdadeiros pequenos mundos fechados sobre si mesmos, as investigações prosseguem segundo paradigmas e metodologias cujo carácter antiquado ou estéril foi demonstrado noutro lugar. (...) A teoria dos sistemas, ao acentuar as questões fundamentais que se referem à própria natureza da abordagem científica, e ao fornecer os instrumentos destinados a favorecerem as permutas entre as disciplinas, pode exercer um papel muito útil na melhoria dessa situação. (DELATTRE, 1981, p. 12).

A afirmação acima é, por si, mais um obstáculo ao pensamento dominante no Direito Penal, que tem – com exceções cada vez mais notáveis – tentado permanecer sobre bases filosóficas pré giro-linguístico, acreditando, por exemplo, que o postulado garantista *nullum crimen sine lex certa* – verdadeiro ícone positivista – é de grande valia para o projeto de um Direito Penal democrático, garantidor de direitos.

Superada a questão dos “papeis sociais” mencionados por Jakobs, deve-se analisar a parte central do conceito dado de norma, qual seja, a que diz que a norma é a expectativa de uma pessoa dentro de uma lógica deveres/ obrigações.

A concepção sistêmica da sociedade afirma que os sistemas surgem e se multiplicam em razão de demandas peculiares. Haverá surgimento de novos sistemas sempre que uma nova necessidade surgir e não existir nenhum sistema apto a lidar com ela de maneira eficiente. Surgindo um novo sistema para tal fim, ele passará a lidar exclusivamente com tais casos. Luhmann atribui³⁰⁶ ao sistema jurídico a função de estabilização de expectativas normativas³⁰⁷ (NAVARRO, 2007). A norma, portanto, é uma comunicação feita pelo sistema jurídico que estabelece quais comportamentos devem ser esperados. Talvez a única maneira

306“A função de garantia de expectativas normativas, que Luhmann atribui ao sistema jurídico, é o que explica sua emergência, o que enraíza seu carácter próprio e necessário, e o que explica a exclusividade e a autonomia que tem o Direito no cumprimento de sua tarefa. Pois a função privativa de qualquer dos sistemas não pode ser cumprida por outros sistemas diferentes, nem sequer em parte”. **No original:** *La función de garantía de expectativas normativas que Luhmann atribuye al sistema jurídico, es lo que explica su emergencia, lo que enraíza su carácter propio y necesario, y lo que explica la exclusividad y autonomía que detenta el Derecho en el cumplimiento de su tarea. Pues la función privativa de cualquiera de los sistemas no puede ser cumplida por otros sistemas, ni siquiera en parte.* (NAVARRO, 2007, p. 369).

307“As expectativas normativas são aquelas que tem que ser mantidas incólumes ante a decepção que podem sofrer eventualmente em mãos de uma realidade que em princípio lhes é refratária”. **No original:** *Las expectativas normativas son aquéllas que han de ser mantenidas incólumes ante la decepción que pueden sufrir eventualmente a manos de una realidad que a menudo les es refractaria.* (NAVARRO, 2007, p. 370).

de se fazer isso seja estabelecendo deveres e liberdades, pois só é possível ter expectativas em relação ao comportamento de outras pessoas se se sabe que elas têm determinados deveres e determinadas liberdades, e que ambos se condicionam, ou seja, que elas só manterão suas liberdades intocadas na medida em que cumpram corretamente seus deveres.

A norma – e não a lei - é, pois, o ato comunicacional típico do sistema jurídico. A importância das normas enquanto “esquemas simbólicos de orientação” pode ser confirmada pelo fato de que os sistemas processuais contemporâneos dão mais importância ao respeito às regras do jogo do que à comprovação dos fatos. É mais importante manter as expectativas criadas pelas normas do que demonstrar fatos relevantes ao processo. Para compreender isso basta pensar nos diversos casos em que os estatutos processuais penais determinam a exclusão de provas obtidas em desrespeito à lei, ainda que tais provas pudessem determinar a solução mais correta – sendo esta “correção” (*rightness*) compreendida de um ponto de vista totalmente neutro/ avalorativo.

Neste ponto é possível dar dois passos adiante na junção da teoria dos sistemas com o Direito Penal. Primeiro: se a norma é entendida como ato comunicativo típico do sistema jurídico-penal, e é a violação de sua força normativa o ato característico a ser “combatido” pelo sistema, então é ela, a norma, e não os bens da vida, o objeto de proteção do ramo do Direito agora estudado. A norma é o bem jurídico-penal. “Bem *jurídico-penal* é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica (...)”. (JAKOBS, 2009, p.78).

Segundo: como a linguagem interna aos sistemas é muito especializada, deve respeitar uma lógica particular ao sistema que, por sua vez, é operativamente fechado. A ação do autor do fato criminoso deve ser, também, comunicativamente relevante. Isso, por sua vez, parece exigir alguma mudança no conceito de ação, adotado pelo Direito Penal, já que na teoria finalista o potencial ou a eficácia/ relevância comunicativa da ação criminosa não é um aspecto constitutivo do conceito de ação. Este ponto merece especial atenção.

5.3.2. O Conceito de Ação

O presente capítulo foi iniciado com a afirmação de que a ontologização das

categorias jurídico-penais buscada pela teoria finalista do delito não apenas não é necessária, como é, em verdade, um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Penal enquanto ciência. Ao que tudo indica, não há elemento em que isso seja mais claro do que naquilo que toca à ideia de ação. Embora o tratamento de tal conceito já tenha sido feito de forma muito breve anteriormente, aqui é preciso destacar as falhas, em especial as que permanecem até hoje, a fim de justificar/ demonstrar a necessidade de se fazerem novas propostas nesta seara.

A busca pelo conceito de ação é de singular importância no desenvolvimento do Direito Penal³⁰⁸, na medida em que a aceitação de que as pessoas devem ser punidas em razão de fatos realizados, e não em razão de quem elas são, é uma orientação aceita de forma unânime pelos pensadores contemporâneos. E é assim porque a outra alternativa produziu resultados desastrosos nos momentos históricos em que foi implementada, tendo sido fortemente explorada por políticas totalitárias, de forma destacada na Alemanha e na Itália. (DIAS, 2007). “Qualquer dessas concepções é inaceitável se por seu intermédio se pretender ligar a punibilidade, de forma directa, a uma certa personalidade (...)” (DIAS, 2007, p.236).

Apesar de tal orientação no sentido de punir pelo que se fez, e não pelo que se é, há a percepção - já um tanto consolidada - de que ainda assim “o poder punitivo seleciona preferentemente a partir de características pessoais socialmente adquiridas”, de forma que “na seleção criminalizante real não predomina o critério da conduta realizada, e sim o da vulnerabilidade ao poder punitivo”. (ZAFFARONI et al., 2010, p.79). Esta questão será abordada de forma mais detalhada em momento posterior.

O desenvolvimento do Direito Penal é, essencialmente, o desenvolvimento da teoria da ação, ou da teoria do fato punível, como preferem alguns. A busca desse conceito ocorreu, em regra, por meio de um procedimento “categorial-classificatório” (DIAS, 2007) através do qual se buscava compreender o conceito pela desagregação de seus elementos, e engendrado, segundo ensina Jorge de Figueiredo Dias (2007) pela Escola de Kiel. Eis a síntese de Claus Roxin sobre tal procedimento:

(...) a ação deve vincular ou enlaçar em si todas as categorias concretas do delito, voltando a introduzir-se em cada elemento da estrutura do delito e experimentando uma caracterização cada vez mais exata através de atributos adicionais. (...) Desse modo, o conceito de ação deve atravessar todo o sistema jurídico-penal e constituir,

308A conduta humana é a pedra angular da teoria do delito. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (BRANDÃO, 2000, p.89).

de certo modo, sua coluna vertebral. (ROXIN, 1997 , p.234, tradução nossa³⁰⁹).

Nessa esteira, o século XX viu surgir três concepções distintas, cada uma com pretensão de superar as falhas de sua antecedente. Não obstante, nenhuma delas obteve total sucesso na empreitada, restando ainda hoje na teoria dominante (finalista) pontos falhos. O breve histórico que aqui precisa ser feito a fim de não se chegar a algum lugar sem ter caminhado até ele, inicia-se pela chamada teoria *causal*, do princípio dos anos 1900.

O conceito causal³¹⁰ de ação, conforme se tem notícia (ZAFFARONI et al, 2010) (DIAS, 1999), foi formulado por von Lizst como sendo a realização voluntária de uma modificação (resultado) no mundo exterior ligada pela causalidade à vontade do agente, e tinha por pretensão ser meramente descritivo³¹¹, vez que influenciado pelos ideais de certeza que o positivismo³¹² tentava importar das ciências exatas³¹³. Esta concepção tentou dividir o fato punível em dois aspectos passíveis de serem analisados separadamente. O objetivo seria a própria ação causadora de um resultado, enquanto o subjetivo seria a culpabilidade, entendida como uma ligação psicológica entre o agente e o fato, que poderia ocorrer por meio de dolo ou de negligência. (DIAS, 1999).

A primeira modificação do conceito se deu em pouco tempo, dada sua completa incapacidade em lidar com os delitos omissivos. Assim, adaptando as críticas de Beling, von Lizst reformula o conceito como causação ou não evitação voluntária de um resultado. (ROXIN, 1997).

309Na **versão espanhola** consultada: *Además la acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales. Así pues, en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral.* (ROXIN, 1997, p.234).

310O nome dessa teoria (causalista) deriva do nome causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem. (...) (BRANDÃO, 2000, p.90).

311A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior a uma volição. (BRANDÃO, 2000, p.90).

312“Parece uma curiosidade que sejam elementos precisamente deste conceito de ação, ainda que transferidos a uma concepção global orientada pelas ciências da natureza ou inclusive pela mecânica, os que se encontram de novo no conceito de ação de V. Lizst”. (JAKOBS, 2003, p.51).

313“A concepção chamada 'clássica' do fato punível assenta numa visão jurídica decisivamente influenciada, em perspectiva político-criminal, pela 'escola moderna' e, de forma geral, pelo naturalismo positivista que caracterizou o monismo científico próprio de todo o pensamento da segunda metade do séc. XIX”. (DIAS, 1999, p. 192).

Apesar desta conformação à crítica mais imediata, há uma série de outras objeções possíveis ao conceito causal de ação. Ao aderir demasiadamente ao “impulso consciente de vontade”, surge a dificuldade de se lidar com atos reflexos, reações espontâneas, feitos passionais ou em estado de embriaguez. Ainda, os casos de culpa inconsciente, em que falta qualquer vontade por parte do agente, também estão fora das possibilidades desta teoria. (ROXIN, 1997). “Segundo esta teoria, o conteúdo da vontade é somente o reflexo subjetivo do acontecer exterior na psique do autor”. (WELZEL, 1951, p.25, tradução nossa³¹⁴). Falta a ele um elemento superior comum, apto a unir as estruturas comissivas e omissivas, de forma que se está, verdadeiramente, diante de um sistema duplo, em que todas as demais categorias do delito precisariam também ter duas faces. (RADBRUCH *apud* ROXIN, 1997).

A concepção clássica tem o mérito inegável de ter criado um sistema organizado de análise do fato criminoso. Todavia, ela não era sustentável³¹⁵, e “foi abandonada no preciso momento em que se pôde compreender que não mais eram defensáveis os *fundamentos ideológicos e filosóficos* sobre que assentava”. (DIAS, 1999, p.194).

O direito em geral – e o direito penal de forma particular – não participa do monismo ideológico das ciências naturais, trata com realidades que excedem a experiência psicofísica e não se inscrevem de modo exclusivo no mundo do ser; (...) o pensamento jurídico não se deixa comandar por uma metodologia de cariz positivista nem se esgota em operações de pura lógica formal. (DIAS, 1999, p.194).

Diante de tantas dificuldades, outros modelos surgiram. O neokantista é apresentado como o sucessor imediato do causalista, não havendo, contudo, um rompimento real entre eles. O modelo neoclássico foi desenvolvido pela chamada “Escola de Baden”, e “pretende retirar o direito do mundo naturalista do 'ser', para, como 'ciência do espírito', o situar numa *zona intermediária* entre aquele mundo e o do puro 'dever-ser' (...)” (DIAS, 2007, p.242).

O centro das críticas foi a manutenção de um conceito “mecânico-causalista” de ação, que desconsidera o fato de que é aí que está a natureza, a substância do agir humano. (DIAS,

314 **Na versão em espanhol consultada:** *Según esta teoría, el contenido de voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor.* (WELZEL, 1951, p.25).

315A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo. Se todo o subjetivo deve ser analisado na culpabilidade, deve-se deslocar o estudo do conteúdo da vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando-se, enfatize-se, o conteúdo da própria ação. (BRANDÃO, 2000, p.91).

2007). Na síntese de Welzel, que de certa forma já introduz a teoria que sepultaria o causalismo:

O defeito fundamental da ação causal consiste em que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção para a ação, como também a destrói e a converte em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer. Desconhece que toda ação é uma obra mediante a qual a vontade humana configura, é dizer, dirige o suceder causal. (WELZEL, 2004, p.51, tradução nossa³¹⁶).

A tentativa de superação destes conceitos de base filosófica positivista/ naturalista é atribuída a Hans Welzel, que, por sua vez, afirma que pretendeu apenas retomar uma concepção de ação através da finalidade, concepção esta que tem sua origem em Aristóteles e prevaleceu até Hegel. (WELZEL, 1951).

A ação humana é exercício de atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecimento “finalista” e não somente “causal”. A “finalidade” ou atividade finalista da ação baseia-se em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, poder prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade, propor objetivos de índole distinta e dirigir sua atividade segundo um plano que tende à obtenção desses objetivos. (WELZEL, 1951, p. 19, tradução nossa³¹⁷).

A ação deixa de ser mero movimento voluntário causador de um resultado, e passa a ser atividade orientada a uma finalidade estabelecida pelo agente³¹⁸. Há uma completa reestruturação das categorias do delito³¹⁹.

316 **Na versão em espanhol consultada:** *El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad. como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un inero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera ("acto voluntario"). Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal.* (WELZEL, 2004, p.51).

317 **Na versão em espanhol consultada:** *La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.* (WELZEL, 1951, p.19).

318 A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado. (BRANDÃO, 2000, p.91).

319 Este ponto foi suficientemente desenvolvido no capítulo referente ao desenvolvimento da teoria do delito,

Em que pese a enorme contribuição da teoria finalista, passado tanto tempo desde sua elaboração, há hoje a percepção de sua insuficiência conceitual³²⁰, decorrente do fato de ser uma tentativa de construir as categorias penais em bases ontológicas³²¹, em que pese boa parte – quase a totalidade – dos manuais brasileiros não darem notícia disso³²². Assim, o professor de Coimbra Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo, atesta que “independentemente dos supostos ideológicos e filosóficos de que se nutre a escola finalista, a postura metodológica que daí se pensa resultar não pode merecer aceitação”. (DIAS, 2007, p.246). No mesmo sentido manifesta-se Claus Roxin, quando diz que “sobretudo, hoje já não se discute que tal conceito não é adequado como elemento base do sistema jurídico penal (...)”. (ROXIN, 1997, p.204, tradução nossa³²³). Uma síntese em relação à atual insuficiência do conceito finalistas é trazida por Jakobs (2003):

(...) este estado de desenvolvimento da teoria da ação (...) hoje em dia já não é satisfatório. E isso por duas razões. Em primeiro lugar, ao estar vinculado à inevitabilidade de um resultado externo, não está suficientemente implicado em que uma concepção penal que também conhece ações sem resultado (tentativa) e comportamentos puníveis sem relação de causalidade com o resultado (atos omissivos). Em segundo lugar, a concepção, assim formulada como exposta anteriormente, somente contém a parte, por assim dizer, individual – antropológica do problema, mas não a vertente social. (JAKOBS, 2003, p. 56-57).

Apesar de tais críticas ao conceito finalista de ação, não há uniformidade de propostas para superá-lo. Há, porém, uniformidade no caminho seguido a fim de se construir uma nova

para onde remetemos o leitor.

320 Como se vê, partir da 'natureza das coisas', do plano ontológico, reduzindo-se o jurídico a uma interpretação pré-jurídica da realidade, pode não oferecer respostas satisfatórias aos problemas jurídico-penais, cuja essência decorre de um sistema de normação amplamente perpassada pela criação de sentido, sem vincular-se, ontologicamente, ao menos de forma absoluta, ao objeto valorado. (HENRIQUES, 2012, p.59).

321 Nesse sentido afirma Claus Roxin: “Jakobs compartilha comigo a negação do ponto de partida ontológico do finalismo, e sustenta igual a mim que uma elaboração normativa das categorias dogmáticas como 'tarefa do Direito Penal'”. (tradução nossa). **Na versão em espanhol consultada:** *Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del Derecho penal.* (ROXIN, 2000, p.52).

322 A gravidade desta omissão doutrinária pode ser percebida, por exemplo, pela afirmação de Roxin (2012) no sentido de que hoje o finalismo “na Alemanha já não traz consigo um tema de discussão atual, mas sim forma uma parte da história da dogmática”. E continua: “Hoje em dia, nenhum jovem penalista alemão se descreveria como finalista”. (Tradução nossa). **Na versão espanhola consultada:** *En Alemania ya no supone un tema de discusión actual, sino más bien forma parte ya de la historia de la Dogmática. Hoy en día, ya ningún joven penalista alemán se describiría a sí mismo como Finalista.* (ROXIN, 2012, p.3).

323 **Na versão em espanhol consultada:** *Sobre todo, ya no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídicopenal (...).* (ROXIN, 1997, p.204).

ideia de ação, apta a superar as insuficiências no modelo dominante. Entretanto, para se compreender as propostas do funcionalismo, é preciso, antes, relembrar o conceito social de ação, que, embora à sua época não tenha tido grande impacto (SANTOS, 2006), foi de grande valia para os autores funcionalistas na construção de suas respectivas propostas.

O primeiro ponto a ser destacado é que, tal como ocorre dentre os funcionalistas, não há que se falar em “um” conceito social de ação, mas sim em diversos “conceitos sociais” de ação que, “partindo do dado de que os tipos penais não podem incorporar processos físicos e atribuindo um certo psicologismo à teoria finalista, procuraram desenvolver teorias da ação que tivessem por referência central seus efeitos sociais”. (ZAFFARONI *et al*, 2010, p.91). Ou seja, as teorias sociais tentaram estabelecer uma ponte entre as propostas causais e finalistas, afirmando que nem toda ação deve ser objeto de atenção do Direito penal, mas apenas aquelas que tenham impacto social, “isto é, que transcendem a terceiros, fazendo parte do interacionar humano”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.425). Para aprofundar a análise, vale reproduzir o conceito social de ação trazido por Juarez Cirino dos Santos (2006): “a ação constitui comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana”. (SANTOS, 2006, p.90).

O aspecto positivo que este conceito traz é perceber a necessidade de um esquema social de interpretação dos fatos e normas, sem o que falta algo para a produção de uma leitura adequada de qualquer fenômeno. E este “faltar algo” se dá em razão de toda comunicação produzida dentro de um sistema ser relevante não apenas para seu emissor e seu receptor, mas a todo o sistema, já que no fim das contas contribuirá para o aumento de sua complexidade interna. Daí afirmar Jakobs que

(...) uma “tomada de postura” ou “expressão de um sentido” somente pode ser compreendida como processo comunicativo, em que não só é relevante o horizonte de quem se expressa, como também o do receptor, e este não dispõe do esquema de interpretação do sujeito que se expressa ou, se o receptor o conhece, em todo caso esse esquema não tem porque ser determinante pelo mero fato de ser o esquema individual. (JAKOBS, 2003, p.57).

O resultado só é relevante se compartilha um esquema de interpretação comunicativamente relevante. Não sendo este o caso, tratar-se-á de ato comunicativo que pode ser irrelevante para todo o direito ou, no mínimo, para o Direito penal, que faz

exigências mais severas para a validade de tais atos. Assim, um ato comunicativo que não compartilha de um esquema social de interpretação tende a ser desconsiderado pelo sistema, por não preencher requisitos internos de percepção/ validade. Para compreender o aspecto destacado por Jakobs, basta pensar nos atos realizados por uma criança de pouca idade, que ainda não assimilou todos os padrões de racionalidade que tem uma pessoa adulta. Os atos dela poderão fazer sentido para interlocutores próximos, como outras crianças que compartilhem sua realidade, ou por seus pais que, por a acompanharem de perto, compreendem e interagem com suas fantasias. Todavia, tais atos serão tidos por irrelevantes para a sociedade, por faltar justamente um pano de fundo comunicativo compartilhado, que daria sentido e, com isso, expectativa de validade a tais atos.

Resumindo, se a sociedade é comunicação, a interpretação dos atos comunicacionais só pode ocorrer de forma válida se há um esquema social de interpretação de tais atos. E este aspecto, por elementar que agora pareça, tem sido desconsiderado ou posto em segundo plano pelo conceito final de ação, que se preocupa tão-somente com o domínio da ação pela vontade do agente realizador. É preciso notar que a proposta finalista, embora faça sentido, lida apenas com um lado da questão, devendo, portanto, ser reformulada.

Tal reformulação foi justamente o que os adeptos da teoria social tentaram fazer. Todavia, a adição da exigência da relevância social do ato, por si só, não é suficiente para suprir tal lacuna, vez que se apresenta como uma demanda vaga. Em outros termos, não basta exigir a relevância social da conduta, se a teoria não traz nenhuma indicação do que deve ocorrer para que uma conduta tenha tal característica. Além disso “a lesividade social da ação no plano pré-típico não pode ser nada além de um juízo ético, o que, em uma sociedade pluralista, é extremamente difícil e, ademais, excessivamente perigoso”. (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2002, p. 427).

As vertentes funcionalistas, por sua vez, têm buscado justamente suprimir as lacunas da teoria social da ação, reconstruindo o conceito a partir de suas próprias finalidades. Abandona-se em definitivo a ideia de um conceito ontológico de ação, ou mesmo a utilização de conceitos vindos de outras ciências, e tenta-se produzir um conceito estritamente jurídico³²⁴.

324 Não há qualquer motivo para que o direito penal opte por um conceito de ação produzido por outro saber, ao invés de elaborar o seu, a partir de seus próprios interesses. É pois inevitável que o conceito de ação seja, para o direito penal, um conceito jurídico e não um simples dado da realidade. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.

Reconhecendo – na esteira de Zaffaroni, Alagia e Slokar – que embora não exista um conceito natural, existem “limites ônticos à construção jurídico-penal do conceito de ação” (ZAFFAORNI, *et al*, 2010, p.101), é preciso agora analisar as principais propostas funcionalistas, a fim de prosseguir rumo à discussão central proposta, qual seja, a necessidade ou não de um direito de emergência para casos específicos. Far-se-á, na sequência, o estudo das propostas de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Claus Roxin afirma que um conceito adequado à função é obtido quando se entende a ação como “manifestação da personalidade” do agente. Trata-se do *conceito pessoal de ação*. Segundo ele, “é ação tudo que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação” (ROXIN, 1997, p.252, tradução nossa³²⁵), desde de que seja externada, seja de forma comissiva ou de forma omissiva.

(...) o conceito de ação como manifestação de vontade é idôneo como elemento básico, ao abarcar todas as formas de manifestação da conduta delitiva e, além disso, tudo o que no campo pré-jurídico tem sentido classificar como “ações”. As ações dolosas e imprudentes são manifestações de personalidade tanto quanto as omissões. (ROXIN, 1997, p. 255, tradução nossa³²⁶).

Para o referido autor, o conceito pessoal de ação seria apto a resolver um dos grandes problemas do conceito final de ação, que é a omissão, pois mesmo a imprudência inconsciente seria manifestação de personalidade do agente, ainda que não reprovável pelo Direito penal. Embora amplo o suficiente para lidar com todas as situações relevantes, Claus Roxin (1997) sustenta que não chegaria a ponto de abarcar a fase de cogitação, por lhe faltar a “manifestação”, ideia que não se confunde com a de “resultado”, mas sim com a de “exteriorização”, ainda que tal exteriorização seja apenas “a defraudação de uma expectativa de ação, como ocorre na tentativa de omissão”. (ROXIN, 1997, p.260, tradução nossa³²⁷).

100).

325Na versão em espanhol consultada: “*es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción*”. (ROXIN, 1997, p. 252).

326Na versão em espanhol consultada: “*el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones*”. (ROXIN, 1997, p.255).

327Na versão em espanhol consultada: “*Para admitir que hay una "manifestación" basta con que un suceso del mundo exterior —aunque solamente sea la defraudación de una expectativa de acción, como sucede en la tentativa de omisión— le pueda ser imputado a una determinada persona*”. (ROXIN, 1997, p.260).

Por fim, afirma Roxin (1997) que o conceito em debate é normativo, mas não normativista. Ele seria normativo por definir de antemão o aspecto valorativo decisivo, bem como pelo fato de que nas áreas limítrofes decide-se com base na correspondente perspectiva valorativa. Por outro lado, ele não deve ser tipo por “normativista”, pois “acolhe em seu campo visual a realidade da vida o mais exatamente possível e é capaz de considerar em todo momento os últimos conhecimentos da investigação empírica”. (ROXIN, 1997, p. 265, tradução nossa³²⁸).

Em que pese os notáveis esforços do catedrático de Munique para superar o conceito final com sua construção - que parte do conceito social de ação -, o resultado a que ele chegou não parece muito satisfatório.

A primeira das críticas é no sentido de que, por vezes, a conduta só poderá ser valorada como manifestação da personalidade depois de ser valorada como juridicamente relevante, invertendo, assim, a lógica sobre a qual o conceito foi desenvolvido. Uma boa forma de se compreender tal crítica pode ser pensar nos delitos omissivos impróprios, aqueles em relação aos quais só haverá responsabilização penal de quem se encontre na posição de garantidor. A compreensão do comportamento do agente, no caso, só é possível em razão do tratamento jurídico dado.

A segunda crítica é no sentido de que, por não se remeter a qualquer sistema pré-jurídico, não tem condição de “se constituir em *genus proximum* de todo o sistema jurídico do fato punível” (DIAS, 2007, p.258). Ou seja, não se trata de uma categoria superior apta a permitir um tratamento uniforme de todos os casos previstos no sistema jurídico.

Diante de tais críticas, Jorge de Figueiredo Dias (2007) chega a sugerir que se deva abandonar a tentativa de se construir um conceito apto a ser a base de todo o sistema. Segundo ele seria um preconceito de raiz idealista “pensar que os fenômenos deste mundo devem por força reconduzir-se a conceitos de maior abstração e, em definitivo, formar uma 'ordem' preestabelecida que só importaria 'conhecer’”. (DIAS, 2007, p.259). Seria o caso de abandonar a ideia de um conceito básico e aceitar a proposta de vários conceitos elementares, cada um respondendo a determinadas situações.

Todavia, antes de concordar com o distinto professor de Coimbra, é preciso conhecer a

³²⁸Na versão em espanhol consultada: “Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”. (ROXIN, 1997, p.265).

proposta – em princípio mais sofisticada – de Günther Jakobs.

Ao contrário do que sugere o finalismo, na hora de combinar ser humano e curso causal por meio da imputação para obter a ação humana, isso não pode ser feito utilizando-se exclusivamente a antecipação psicológica individual de cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de que se conheça geralmente a existência de tais acontecimentos psicológicos individuais que produzem tal combinação: essa vinculação somente se obtém aplicando um esquema de interpretação, e a configuração determinante desse esquema deriva da construção da sociedade, e não de uma compreensão exclusivamente individual. (JAKOBS, 2003, p.58).

Neste primeiro esboço Jakobs começa a reformular o conceito de ação a partir do ponto central anteriormente destacado: a necessidade de considerar o aspecto social da ideia de ação/ conduta. O esquema social que ele propõe, todavia, assim como a constatação feita, não é original, e ele reconhece: trata-se da chamada “imputação objetiva”³²⁹, cujo embrião, segundo o próprio Jakobs, foi desenvolvido também por Welzel. Assim sendo, conclui:

Somente se a ação se entende não como elemento natural, no âmbito da imputação, e sim como conceito que, por sua vez, tenha se determinado pela imputação, a ação se converterá no que deve ser: uma tomada de postura relevante no plano da comunicação, uma expressão de sentido comunicativamente relevante. (JAKOBS, 2003, p.59).

Ou seja, continuando o trabalho iniciado por Welzel³³⁰, Günther Jakobs (2003) sugere que um conceito de ação útil ao Direito penal só será alcançado quando forem unidos o aspecto do domínio psicológico da conduta com seu aspecto da significação social (relevância comunicativa) da mesma, uma vez que “a pura relação circunscrita a duas pessoas carece de qualquer relevância, pois sempre caberia identificar as terceiras pessoas que poderiam tomar parte de determinada maneira no contato e que, portanto, também seriam potenciais autores”.

329A *imputação do resultado* constitui juízo de valoração realizado em dois níveis, segundo critérios distintos: primeiro, a atribuição do *tipo objetivo*, conforme o critério da *realização do risco*; segundo, a atribuição do *tipo subjetivo*, conforme o critério da *realização do plano*, especialmente relevante em relação aos desvios causais. (SANTOS, 2006, p.127).

330Welzel, entretanto, queria chegar à expressão de sentido, por isso deveria ter levado em consideração as condições em que se constitui um sentido, e para isso fosse necessário ao menos que avançasse desde a finalidade individual até um esquema de interpretação que não teria por que ter sido socialmente vinculante, mas que de alguma maneira teria que ter sido capaz de transmitir esse sentido. (...) Se Welzel tivesse integrado sua teoria da adequação social na teoria da ação, teria superado meio século de evolução. (JAKOBS, 2003, p. 59).

(JAKOBS, 2010, p.14).

A pergunta que então se apresenta é: como a *imputação objetiva*, enquanto instituto de Direito penal, opera como esquema de interpretação social? A resposta a essa questão foi desenvolvida por Jakobs ao longo de três obras. A tarefa agora é torná-la apreensível em alguns parágrafos, e então discutir se a questão inicial deste item - “o conceito de ação” - pode ser tida como satisfeita.

Para o catedrático de Bonn, diante da atual configuração da sociedade moderna³³¹ há apenas duas razões que fundamentam a responsabilidade penal. (JAKOBS, 2003) A primeira delas dá-se quando na determinação da realidade, os agentes “a configuram num âmbito em que são outros que estão autorizados para configurá-la”. (JAKOBS, 2003, p.60). Em outras palavras, haverá responsabilidade penal quando uma pessoa atue em circunstâncias nas quais não lhe cabia atuar. A segunda razão é a defraudação de modelos de comportamento direcionados a todos os membros da sociedade. “Em ambos os casos a questão é a atribuição [a] determinados garantes, e não algo pertencente ao âmbito da natureza”. (JAKOBS, 2003, p.61).

Antes de prosseguir com o desenvolvimento do conceito, é urgente fazer uma observação. O emprego do termo “garante” por Jakobs, como ele mesmo ressalva, não é aquele que consta do vocabulário do Direito penal finalista, em que “garante” é “aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”. (PRADO, 2008, p.280). Jakobs chama de “garante” quem, num caso qualquer, tenha o dever de manter a organização ou o modelo institucional que sobre ele recaia. Por exemplo: um motorista é garantidor das expectativas dos demais atores do tráfego de que irá respeitar os modelos direcionais que recaem sobre todos, ele próprio incluído. Feita tal ressalva, torna-se possível seguir no desenvolvimento da proposta jakobsiana para o problema da *ação*.

Jakobs (2003) sustenta, na sequência, ser possível unir as duas razões para responsabilização penal sob um único conceito, que unificaria também, as ideias de ação e de omissão penalmente relevantes. Trata-se, segundo o citado autor, de “converter-se de maneira

³³¹**Nota do autor:** Não há no texto consultado nenhuma referência a qual seja a compreensão ou a delimitação geopolítica que o autor emprega ao utilizar o termo “sociedade moderna”. Numa interpretação contextualizada da obra, porém, parece razoável assumir que com tal termo ele se refere ao mundo ocidental contemporâneo, com suas sociedades socialmente organizada em sistemas funcionais.

individualmente evitável na razão determinante de um resultado”. (JAKOBS, 2003, p. 62).

A causação individualmente evitável do resultado é o supraconceito para o atuar doloso e (individualmente) culposo. O entendimento da execução do comportamento e, eventualmente, de suas consequências (no dolo) ou a cognoscibilidade individual (na culpa) como condições de evitação integram a conduta e, por conseguinte, o injusto. (...) (JAKOBS, 2008, p. 209).

Ao conceito acima posto poderia ser formulada uma objeção simples: se a ação é o converter-se na razão de um resultado, não havendo resultado algum, como na tentativa, não há que se falar em ação, pelo menos para fins de Direito penal. Para lidar com tal objeção Jakobs propõe investigar a questão da formação de sentido desse atuar, que deve ser comunicativamente relevante. O resultado não seria, portanto, as consequências físicas/naturalísticas do fato criminoso, mas sim o sentido comunicativo expresso pela conduta do agente. O que é determinante para o Direito penal é a tomada de postura do agente em relação à validade da norma. (JAKOBS, 2003).

(...) o decisivo é que não se reconhece a vigência da norma, e esse não-reconhecimento, ao ser um processo comunicativo, sempre precisa de uma objetivação do fato de que o autor subjetivamente não tenha levado em consideração a norma como máxima de comportamento. Também o movimento corporal sem resultado externo é uma objetivação (...). (JAKOBS, 2003, p. 63).

Com esta colocação o autor dá um importante passo na elaboração da ideia de ação para fins penais, pois une a exigência de que o fato analisado seja relevante do ponto de vista comunicativo, enquanto concomitantemente viabiliza a utilização do mesmo conceito para os casos de tentativa e de omissão³³². Afinal, o negar a validade da norma pode ser feito também através de uma omissão, e não se exige nenhuma grande ginástica teórica para ver isso. O agente que deveria agir num determinado contexto, sabe disso, e opta por não responder ao comando legal, encaixa-se com perfeição na construção de Jakobs.

Sintetizando o que foi exposto até o momento, a atuação penalmente relevante dá-se

³³²Neste sentido, Regis Prado: A pretendida unidade global da teoria da imputação objetiva tem sua base em uma determinada ideia reitora- a concepção do injusto como expressão de sentido incompatível com a norma – e a partir dela projetam-se dois níveis de imputação objetiva: o nível do comportamento (imputação do comportamento) e o nível do resultado (circunscrito aos delitos de resultado). (PRADO, 2008, p. 298).

quando, dentro de um esquema de interpretação social de ações dado pelas regras da imputação objetiva³³³, o agente torna-se a razão determinante de um resultado manifestando o não reconhecimento da vigência da norma, independentemente para fins de conceituação se esse “tornar-se a razão” se deu de forma comissiva ou omissiva. A etapa seguinte é saber quais são as regras da imputação objetiva, quais exigências elas trazem, e como elas ajudam a fechar o conceito aqui perseguido.

Antes de que este ponto seja iniciado, porém, cabe ressaltar que, como dito, a ideia de imputação objetiva não é um projeto original de Jakobs, havendo portanto inúmeras outras versões dela³³⁴. Aqui a ênfase continuará na construção do professor de Bonn, com eventuais referências à construção de Roxin. As críticas existentes serão apresentadas e discutidas após a apresentação, a fim de facilitar a compreensão do instituto em si, bem como das críticas apresentadas.

O instituto da “imputação objetiva” é trabalhado por Jakobs a partir da perspectiva dos papéis que as pessoas exercem na sociedade. Aqui ele une a ideia da norma como modelo geral de comportamento com a ideia da garantia das expectativas como função do Direito penal³³⁵. A saber, para que tais expectativas possam existir, não é possível trabalhar com a individualização plena de cada pessoa. Em outras palavras, se em cada contato social, cada pessoa envolvida tivesse que saber qual será a reação dos demais envolvidos, nenhum contato social seria possível, pois, dada as peculiaridades de cada indivíduo, o número de previsões a serem realizadas seria tão vasto que os contatos sociais se tornariam virtualmente impossíveis. Não sendo possível esperar determinado comportamento de todos, diversas situações de contato social se tornariam inviáveis. Para compreender esta ideia basta pensar, novamente, no tráfego de veículos. Todo condutor assume expectativas em relação aos demais condutores e pedestres, independentemente de conhecê-los. Se o comportamento de cada pessoa no tráfego pudesse variar tal qual a visão individual que cada um tem do mundo, a insegurança

333As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante. (JAKOBS, 2010, p.20).

334A expressão “imputação objetiva” tem sido utilizada com conteúdos consideravelmente divergentes, de maneira que para cada uma das formas de entendê-la existe um estado atual da discussão”. (FRISCH, 2000, p.21, tradução nossa). **Na versão espanhola:** “La expresión «imputación objetiva» suele utilizarse con contenidos considerablemente divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión”. (FRISCH, 2000, p.21).

335As normas penalmente sancionadas regulam o comportamento humano não no interesse da regulação em si, mas para possibilitar a vida social, que, sem a segurança das expectativas, não tem estabilidade alguma. (JAKOBS, 2009, p.288).

seria tão grande que esta situação de interação social se inviabilizaria.

A forma que Jakobs encontra para lidar com isso é a já mencionada ideia dos papéis sociais. O motorista *A* não precisa conhecer o motorista *B* para saber o que pensar dele, pois as normas que guiam comportamentos estabelecem comportamentos em relação a papéis que podem ser assumidos por qualquer pessoa³³⁶. Ou seja, naquele contexto, não importa se se está considerando o motorista *A* ou o *B*, pois, sendo ambos motoristas, as expectativas normativas que recaem sobre eles são idênticas. Assim sendo, um não precisa conhecer o outro para saber o que esperar dele. Basta conhecer o papel que ele, naquele momento, está exercendo³³⁷.

Deste modo, a imputação objetiva propiciará a responsabilização penal daqueles que se desviem do papel que de acordo com o contexto estejam ocupando.

A teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa como um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer socialmente estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado. (JAKOBS, 2010, p.22).

Desta feita, só com a imputação objetiva é possível romper com o esquema psicológico-mecanicista próprio do finalismo, incluindo na análise penal o aspecto social do fato observado. Assim, não se questiona se uma ação é objetivamente imputável, “mas se um resultado, por ser juridicamente imputável, constitui uma ação jurídico-penalmente relevante”. (JAKOBS, 2010, p.22).

O âmbito inicial da análise da teoria da imputação objetiva será a imputação do comportamento, para a qual Jakobs estabelece quatro critérios a serem considerados. Os referidos critérios são o “risco permitido”, a “proibição do regresso”, o “princípio da confiança” e a competência da vítima”. (PRADO, 2008).

Numa sociedade materialmente complexa como as atuais, cada pessoa exerce um ou

336Só deste modo são possíveis *contatos anônimos* ou, ao menos, parcialmente anônimos: não é necessário averiguar o perfil individual de quem temos em frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel. (JAKOBS, 2010, p. 19, grifos do autor).

337Formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas as pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais. (JAKOBS, 2010, p. 19).

mais papéis sociais, sendo que alguns deles dizem respeito a contatos potencialmente danosos aos envolvidos. Quando se toma um avião, por exemplo, em regra há consciência do risco envolvido, mas, acredita-se/ confia-se que os responsáveis pela sua manutenção – engenheiros e mecânicos – desempenharam seus respectivos papéis a contento, de forma que o risco da atividade permanece dentro da normalidade. Essa dita normalidade de um certo nível de risco existe não porque o Direito permite, mas porque a evolução social a tolera³³⁸. Trata-se, em regra, do desenvolvimento de procedimentos e recursos ao longo do tempo, culminando em técnicas que apresentam risco à coletividade, mas que, em contrapartida, oferecem benefícios tão consideráveis que a coletividade opta por aceitar a existência de tais riscos. E sendo uma opção da sociedade, não seria razoável que recebessem do Direito tratamento distinto, já que é ele, também, construção social.

Importará para a imputação de um comportamento que o agente extrapole o risco permitido, ou, posto de outra forma, realize um risco não permitido. A colocação de determinada conduta no âmbito do risco não permitido é feita pelo Direito, e exclui aquele comportamento do rol do que é socialmente adequado. (JAKOBS, 2010). Em síntese, quem atua dentro de um risco permitido age de forma juridicamente irrelevante (ao menos, e é o que aqui interessa, para o Direito penal). Só há que se continuar a análise da imputação de comportamento se o agente agiu criando um risco não permitido. “É somente ao exceder o risco (...) que se tornam penalmente relevantes as questões acerca do dolo, da culpa e, eventualmente, de um contexto justificante”. (JAKOBS, 2009, p.291). Daí indiscutível a afirmação de Figueiredo Dias (2007) no sentido de que quem atenua ou diminui um perigo que se avizinhava ao ofendido não deve ser penalmente responsabilizado, ainda que sua ação tenha resultado contrário ao Direito. O exemplo dado é o seguinte: se a pessoa *A* empurra a pessoa *B* para evitar que ela seja atropelada, e ao fazê-lo acaba por causar lesões leves em *B*, por mais que objetivamente o resultado tenha sido penalmente relevante, não deverá ocorrer a imputação do resultado, vez que o agente agiu diminuindo um risco.

O segundo ponto a ser observado é o *princípio da confiança*, apontado como uma continuação do risco permitido. (JAKOBS, 2003, 2009).

O princípio da confiança é a autorização para confiar no comportamento correto das

³³⁸Aqueles comportamentos que geram riscos permitidos não têm por que estar inscritos num contexto especial para ser tolerados socialmente, mas são tolerados de modo geral. (JAKOBS, 2010, p.40).

outras pessoas – numa medida a ser ainda determinada – não obstante a experiência de que elas cometem erros (confiar é entendido aqui não como evento psíquico, mas como *estar autorizado* a confiar). (JAKOBS, 2009, p.302).

Luiz Regis Prado, por exemplo, afirma que referido princípio “nada mais é do que uma adaptação do risco permitido às circunstâncias concretas”. (PRADO, 2008, p. 298). De fato, a forma como Jakobs apresenta tal instituto sugere que se trata de um aprofundamento da ideia do risco permitido, indicando que, como as situações contato social impõem comportamentos e expectativas para todos os envolvidos no contato, nada mais natural que cada um dos participantes possa confiar que todos os demais irão atuar de acordo com o modelo estabelecido para o papel que eventualmente esteja desempenhando.

A justificativa para se trabalhar o princípio da confiança é que, sem ele, não seria possível pensar em divisão de tarefas baseada no papel que cada um exerce no momento do contato social, pois se não posso confiar que os demais atuarão da forma determinada, preciso além de exercer o meu papel, fiscalizar todos os demais atores. Uma demanda deste porte significaria uma carga de tarefas inviável para qualquer pessoa.

A aplicação de tal princípio, porém, deve ser pensada a partir dos casos em que ele deixa de existir. Jakobs (2009) apresenta duas situações em que isso ocorre. O primeiro deles é quando um dos atores envolvidos executa um comportamento “radicalmente delituoso e não correspondente ao papel”. Em tal contexto não há como manter as expectativas em relação ao comportamento alheio, dado que o outro ator do contato social já manifestou sua concepção de que não reconhece a norma como modelo de comportamento. O segundo caso, que é praticamente uma antecipação deste, se dá “quando ocorre um comportamento frustrante”. (JAKOBS, 2009, p.306). A diferença parece ser apenas de intensidade. De toda forma, se um dos atores envolvidos viola as expectativas de comportamento que sobre ele recaía, não podem os demais participantes continuar confiando em que ele agirá tal qual determina o modelo normativo e, com isso, manter também inalterados seus próprios papéis. Nesta situação passa a ser esperado deles que assumam “a solução de emergência”, ou seja, um comportamento compensador do abandono do modelo de comportamento levado a cabo por algum dos atores.

O terceiro critério da imputação objetiva é a *proibição do regresso*³³⁹, que pode ser apreendida a partir do seguinte enunciado:

Não há responsabilidade por crime comissivo de resultado quando uma conduta é causal em relação a um resultado típico somente porque um terceiro desvia as consequências da conduta – sem relação com o agente – primeiramente para o prejuízo. (JAKOBS, 2009, p.308).

Trata-se verdadeiramente de mais um filtro à imputação de comportamento. No caso, afirma-se que não haverá imputação quando o resultado é produto da ação de um terceiro que interfere no curso dos acontecimentos, sem que quem tenha dado início ao curso causal possa fazer qualquer coisa a respeito dos novos eventos, e ainda que tenha consciência deles. O mesmo se dá quando o terceiro que organiza a produção do novo resultado é idêntico à vítima. (JAKOBS, 2009).

Günther Jakobs dá dois exemplos para tentar clarear as ideias acima. Na primeira situação, a pessoa que salda uma dívida não tem responsabilidade se seu credor utiliza o dinheiro recebido para comprar uma arma e atirar em alguém, ainda que ele – devedor – soubesse que esse seria o resultado da quitação de seu débito. No segundo caso, a vítima de uma lesão corporal deixa de cuidar de forma adequada dos ferimentos, ou não para de tocá-los, o que agrava as lesões. Em ambos os casos, não há responsabilidade pois “quem cria uma situação em que terceiros podem ser colocados em perigo não responde pelas consequências que o livre-arbítrio destes (que são imputáveis!) cause neles mesmos”. (JAKOBS, 2003, p.88).

O último dos critérios que aqui interessa mais de perto é o da *competência da vítima* (PRADO, 2008) ou *acordo* (JAKOBS, 2009), que excluirão a imputação de comportamento na medida em que o titular do bem penalmente protegido consinta com a realização da agressão, desde que, por óbvio, o bem em questão esteja dentre aqueles ditos disponíveis, ou seja, passíveis de disposição por parte de seu titular. Tal categoria parece ser o velho “consentimento do ofendido” tão comum na teoria finalista, contudo, com novos

339 Termo semelhante de uso usual no direito brasileiro é a “proibição do retrocesso”, que diz respeito à impossibilidade de se regredir ou voltar atrás no nível de concretização/ proteção a direitos fundamentais. Como se verá, o termo “proibição de regresso”, tal como utilizado no âmbito da teoria da imputação objetiva nada tem a ver com isso. [Nota do autor].

fundamentos. Enquanto na teoria finalista o consentimento do ofendido ou do lesado é usualmente trabalhado dentre as justificantes, embora com diversas fundamentações – Jorge de Figueiredo Dias (2007) cita a teoria do negócio jurídico, o abandono de interesse do titular, o direito a autodeterminação e a renúncia ao bem jurídico como as mais recorrentes –, numa perspectiva funcionalista o consentimento do ofendido é analisado em sede de imputação objetiva pois, uma vez que o fato é determinado pelo titular do bem, e não pelo autor, a formação de sentido só é correta se toma em consideração também a manifestação do titular do bem. E quando isto é feito, resta claro que não há uma manifestação de cunho denegatório da validade da norma, pelo contrário. O autor fez o que fez apenas porque sabia não estar realizando uma conduta enunciativa de abandono do modelo normativo de comportamento. O sentido comunicativo de sua ação é penalmente – aliás, juridicamente – irrelevante.

Em síntese, só haverá ação penalmente relevante quando o ato do agente puder ser compreendido como um abandono do modelo de comportamento – comissivo ou omissivo – estabelecido pelo Direito para todos aqueles que exerçam determinados papéis em determinadas circunstâncias. O julgamento quanto a haver ou não a relevância comunicativa do ato de forma a torná-lo relevante para o sistema jurídico-penal ocorrerá através do filtro da imputação objetiva do comportamento, com os critérios acima estabelecidos.

Antes de manifestar apoio ou rejeição a tal construção, é preciso conhecer as principais críticas que sobre ela recaem.

O primeiro argumento contra as versões da imputação objetiva trabalhadas pelo funcionalismo sistêmico é que, em razão de se fundarem na respectiva versão preventiva da pena, “legitimam o poder punitivo e assim, para além da eventual correção de algumas soluções formuladas, abrem as portas para sua expansão”. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.183).

Dividindo o argumento acima em dois, sendo o primeiro a crítica à legitimação, e o segundo a crítica à expansão do sistema penal, parece ser apenas o último correto. A crítica à legitimação do sistema, quando se está numa perspectiva sistêmica – como estão Jakobs ou Roxin – não parece acertada, pois a legitimação não é trabalhada na forma sugerida por Zaffaroni. Como anteriormente já exposto, numa construção a partir da teoria dos sistemas a legitimação externa dá-se pelas demandas que a sociedade faz a um determinado sistema, bem como pelo ideal democrático que orienta os diversos sistemas, e ainda pelos limites impostos pela fórmula de Radbruch e pela exigência de corretude, enquanto a legitimação interna dá-se

pela manutenção/ respeito do código comunicativo inerente ao sistema, cuja manutenção o diferencia de seu entorno. Quanto à possibilidade de expansão do sistema penal, tal crítica parece ser correta, mas, da perspectiva funcionalista parece ser um resultado desejado. Tratar-se-ia de um modo de aumentar o alcance do sistema penal, sem cair em construções artificiosas por parte do legislador que, por vezes, elabora normas penais expansivas com intenções meramente eleitorais, sem considerar os efeitos reais que delas resultarão.

A segunda objeção é um tanto longa, merecendo pois transcrição integral:

Perante a tipicidade dolosa os critérios do funcionalismo parecem estranhos: não se ajusta à realidade dizer, de alguém que consciente e voluntariamente causou um resultado, que introduziu um risco. É claro que qualquer conduta intencionalmente orientada a um resultado implica um risco, porém a dolosa causação do resultado, como produto de uma estratégia racional final, permite identificar e exprimir com maior nitidez os elos imputativos. Num marco minimamente realista não parece adequado afirmar que quem atirou a bomba atômica sobre Hiroshima introduziu um risco, quando na verdade causou a morte de mais de cem mil pessoas. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.183).

O argumento acima parece confundir alguns aspectos da imputação objetiva tal como trabalhada na perspectiva funcionalista, e o exemplo dado ao final deixa isso bem claro. A ideia da não realização de um risco não permitido tem a ver com o atuar dentro do que se espera para determinados papéis sociais. O exemplo dado ao final funciona na verdade como confirmação, e não como refutação da proposta funcionalista, pois, no caso, quem “atirou” a bomba – considerando como sujeito ativo do fato não apenas os pilotos do *Enola Gay*, mas toda a cadeia de comando por trás – não realizou um risco proibido, pois atuou dentro do que era esperado para o papel/ posição em que naquele momento estavam. O piloto que obedece uma ordem dada dentro da cadeia de comando legalmente estabelecida não excede os limites esperados de sua atuação, portanto não cria ou incrementa um risco proibido. Pelo contrário, age tal qual determina a lei, sob pena de ser pessoalmente responsabilizado pelo rompimento da hierarquia militar. Esta segunda crítica, portanto, resta também superada.

A terceira crítica também é dirigida à questão da posição de garantidor das expectativas decorrentes da vigência de uma norma. Antes de transcrevê-la convém lembrar que o termo “garantidor”, na perspectiva de Jakobs, tem significado distinto da perspectiva finalista. Eis a crítica:

É por igual artificioso dizer que aquele que dispara uma arma de fogo contra alguém, a um metro de distância, e o mata, terá o resultado morte imputado a ele porque defraudou um papel. Do *papel de bom cidadão* não se pode extrair nenhuma posição de garantidor, e tão somente os deveres gerais de solidariedade que podem ser violados pela simples omissão de socorro. Não é só absurdo imputar um homicídio doloso porque o autor não evitou um resultado diferente, como também é politicamente perigoso erigir como modelo de imputação de resultados aquele que surge de uma norma imperativa de determinação, onde o dever está circunscrito à evitação simbólica da vigência dessa mesma norma. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.184).

Novamente aqui parece que o referido autor não conseguiu superar seu próprio pensamento finalista, e sua visão baseada em categorias ontológicas que ele próprio, em outro momento, questionou. O primeiro problema é que não se imputa um comportamento a alguém apenas por ter defraudado um papel; este é um dos requisitos estabelecidos a fim de determinar o valor comunicativo da ação do agente, algo inafastável quando se parte da ideia de que a sociedade que está sendo trabalhada é uma sociedade de comunicação. A segunda questão é a que se refere à posição de garantidor. Da perspectiva funcional parece ser mais razoável afirmar que todas as pessoas são garantidoras do modelo de comportamento atribuído à posição que se encontrem do que afirmar que há um dever de solidariedade decorrente do fato dos indivíduos serem ou não “bons cidadãos”. De fato, não parece razoável afirmar, nos dias de hoje, que há expectativa de solidariedade entre os cidadãos, mas é indiscutível que há uma confiança forte em que as pessoas agirão de acordo com a posição que ocupam. Um exemplo disso são as categorias de *desencaixe* e *reencaixe*, bem como a ideia da *confiança em sistemas abstratos*. (GIDDENS, 1991). Segundo o sociólogo britânico, devido ao sem número de contatos *sem rosto* existentes no mundo atual, surgiram mecanismos que viabilizam a continuidade das relações sociais independentemente do conhecimento entre os envolvidos. Os mecanismos de *desencaixe*, afirma Giddens, como os sistemas peritos³⁴⁰, “removem as relações sociais das imediações do contexto”. (1991, p.36). “Um sistema perito desencaixa da mesma forma que uma ficha simbólica, fornecendo 'garantias' de expectativas através de tempo-espço distanciados”. (GIDDENS, 1991, p.36).

Do exposto é possível concluir que a ideia da garantia de expectativas tem hoje mais

³⁴⁰Por sistemas peritos quero me referir a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje. (GIDDENS, 1991, p. 35).

respaldo teórico do que a ideia de “dever de solidariedade”. Assim, esta terceira objeção parece também estar superada.

A quarta objeção levantada diz respeito à utilização dos termos *risco* e *perigo* de forma aleatória por Jakobs e Roxin, e por não haver uma “estrita explicação do conceito de risco”. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.189). Esta crítica merece prosperar apenas parcialmente. De fato, a conceituação de risco é feita de forma negativa ou mesmo evasiva, a partir da afirmação – já trazida anteriormente – de que cabe ao Direito definir o âmbito do risco não permitido. Trata-se, por certo, de uma proposta um tanto quanto casuística. A objeção a esta crítica, porém, diz respeito à possibilidade de se fazer o que ela propõe. Estabelecer um conceito forte de risco, aqui, significaria estabelecer ou pelo menos limitar *ex ante* o que é um risco permitido ou um risco não permitido. Isso, segundo Jakobs, é uma tarefa permanente, pois a aceitação de determinados níveis de risco é uma construção eminentemente social, e pré-jurídica. Não obstante, deve-se concordar com os autores no sentido de que um uso mais criterioso das expressões *risco* e *perigo* trariam maior coerência e menor abertura interpretativa dos conceitos. O que é sempre desejável para fins de segurança jurídica. O que não se pode, por outro lado, é embarcar na busca da definição jurídica hermética para cada conceito, pois, como visto com Stein (2004), isto simplesmente não é viável.

A quinta crítica formulada diz que o recurso à ideia de papel desempenhado acaba por retirar do centro da proteção da norma o bem jurídico “vida”, substituindo-o pelo “papel” a ser desempenhado. (ZAFFARONI, *et al*, 2010).

Tal crítica não merece, em absoluto, prosperar. Ao elencar a “vida” como “bem jurídico principal” os referidos autores mostram de forma incontestável sua adesão à teoria do bem jurídico, algo que, como já explanado, não é compartilhado pela perspectiva funcionalista. Fazer tal objeção parece então verdadeiro diálogo de surdos, vez que se trata de uma crítica que só teria razão de ser dentro do finalismo, ou no mínimo, de uma vertente funcional que aceitasse a proteção de bens jurídicos – no sentido tradicional do termo – como função do Direito penal. Não cabe aqui refazer tal discussão.

A sexta objeção diz que não é possível utilizar o esquema dos papéis para elaborar um critério único para todas as formas de delito – comissiva e omissiva, próprias e impróprias. Segundo Zaffaroni, Alagia, Slokar e Batista (2010), a transposição do papel de garantidor que Jakobs realiza, retirando tal ideia dos delitos omissivos impróprios, e utilizando-o em todas as

formas de delito a partir do “suposto papel de bom cidadão” não é admissível, já que tal papel não poderia resolver todos os casos que se apresentam ao Direito penal. Além disso, afirmam que “é insustentável a existência de uma geral posição de garantidor da vida alheia, além das previsões legais que estatuem verdadeiros e próprios garantidores”. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.195).

Esta sexta crítica é bastante questionável, pois se vale de uma simplificação injustificável para uma teoria com elevado nível de sofisticação. Ela transmite a ideia de que seus referidos autores consideram Jakobs um pensador extremamente ingênuo, pois creditaria ao suposto papel de bom cidadão a solução/ elaboração de um critério apto a unificar a teoria do delito quanto às formas de execução. Ora, Jakobs, como já exposto anteriormente, reedita a categoria do garantidor não apenas com base em um único papel, mas a partir de todos os papéis possíveis numa situação de múltiplos contatos sociais. Quando uma pessoa entra em seu veículo e o conduz pela cidade, ela não faz nenhum questionamento quanto à bondade ou maldade dos cidadãos/ motoristas que irão interagir com ela. Ela simplesmente dirige esperando que todos os demais condutores respeitem o modelo de comportamento estabelecido para aquele papel – motoristas -, qual seja, as regras de trânsito. Nada mais. Dito de outra forma: a construção da teoria dos papéis não se estrutura a partir de um único papel, especialmente um de duvidosa existência, vez que tal adjetivação (*bom*) é sempre subjetiva, ou, no mínimo, compartilhada por pessoas que compartilhem crenças e valores similares. Pelo contrário, ela parte da ideia de que os diversos contextos sociais farão surgir diversos papéis, inerentes a tais contextos, e na medida em que as pessoas assumam distintos papéis, é mantida a expectativa que ajam de acordo com o papel daquele momento, não havendo nenhum questionamento quanto à bondade da pessoa.

Quanto à segunda parte da crítica, ela simplesmente confunde o conceito de garantidor utilizado por Jakobs com o conceito de garantidor utilizado pela doutrina finalista dominante. Como já foi dito, na concepção dominante o garantidor é alguém que por algum motivo previamente estabelecido na lei está obrigado a agir para evitar um resultado relevante para o Direito penal, enquanto na concepção jakobsiana o garantidor diz respeito ao dever que todos têm de atuar conforme o papel em que estejam investidos, a fim de que todos os demais participantes de uma determinada situação social possam manter intactas suas expectativas de comportamento, preservando assim o princípio da confiança. Há portanto, mais uma vez, uma

confusão de categorias finalistas e funcionalistas.

As confusões terminológicas apontadas acima poderiam sugerir a alguém que talvez a melhor opção dos autores funcionalistas fosse desenvolver todo um novo vocabulário, tal qual fez Luhmann, no intuito de evitar tais confusões no âmbito da então nova teoria sociológica que estava construindo. Todavia, o próprio exemplo luhmaniano, das dificuldades que a construção de um novo vocabulário causaram na disseminação/ aceitação da teoria, bem como a tradição do Direito penal em trabalhar os mesmos termos apenas reconstruindo-os, desencorajam tal sugestão. É simplesmente um problema a ser encarado demonstrando que determinadas críticas não são válidas, pois partem de perspectivas já abandonadas no plano funcionalista.

A sétima objeção levantada por aqueles autores é na verdade um equívoco decorrente da compreensão incorreta de que a construção de Jakobs recai integralmente sobre o papel de “bom cidadão”. É preciso reproduzir integralmente esta crítica, a fim de analisá-la pormenorizadamente.

Foi um merecimento da criminologia norte-americana – do interacionismo simbólico ao rotulacionismo – investigar os delicados e contraditórios caminhos que resultam na incorporação de um papel infracional, e a uma visão crítica não escapa que o próprio sistema penal não pode restringir-se a identificar papéis quando cotidianamente os impõe. Por outro lado, a ciência social ensina que os papéis jamais são fixos, que a mesma pessoa desempenha múltiplos papéis e que frequentemente se esboçam conflitos entre eles. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.196).

Mais uma vez, ao que parece, tais críticas não deveriam ser dirigidas ao funcionalismo, mas ao finalismo e às políticas criminais dominantes. Primeiro porque quando o funcionalismo – e notadamente Jakobs – trabalha a ideia de papéis, é posto de forma clara que as atribuições e deveres dos papéis devem ser feitas *ex ante*, sem considerar pessoas em concreto, sob pena de recair de fato nos vícios que as citadas teorias criminológicas apontaram. A forma como os funcionalistas trabalham, porém, é justamente a recomendada a partir da afirmação final do trecho citado, de que os papéis “jamais são fixos” e, além disso, de que a formação de sentido dos atos realizados por pessoas que estejam exercendo determinados papéis só se completará quando, além dos aspectos subjetivos daquele indivíduo, além das regras relativas àquele papel, seja considerado também o resto do

esquema social de interpretação dado pelos demais critérios da teoria da imputação objetiva. Tudo isso foi sumamente ignorado pelos autores nesta crítica, razão pela qual ela deve ser considerada superada.

A última crítica de tais autores diz que os *standards* de comportamento definidos pelos papéis “retira a importância do dolo do autor, dado irrelevante sempre que não tenha defraudado as expectativas correspondentes ao papel”. (ZAFFARONI, *et al*, 2010, p.197).

A afirmação feita talvez seja correta. Todavia, parece que esse foi exatamente o objetivo da proposta funcionalista, e isso tem uma razão de ser. É comum que quando se apresenta pela primeira vez a estrutura finalista aos alunos de uma faculdade de Direito eles questionem a forma que se deve utilizar para descobrir o dolo do autor – no caso, superficialmente equiparado à intenção do agente. E este é um dos grandes problemas práticos da teoria finalista. Não há uma forma para isso. Tal constatação decorre da investigação do fato, e por vezes batalhas jurídicas se estabelecem nos tribunais a fim de determinar com precisão “qual foi o dolo do agente?”³⁴¹.

Tendo em vista este problema, o esquema social de interpretação elaborado por meio da teoria da imputação objetiva visa precisamente lidar com esse dilema. Assim, ao invés de, no fim das contas, recair sobre o juiz do caso a constatação do aspecto subjetivo do agente no momento da conduta, esta tarefa passa a ser suavizada pela construção de um aparato teórico que diminui a carga sobre o juiz, pois estabelece filtros e guias que ajudam todos os atores processuais a apreender com mais segurança o que ocorreu. Ou seja, a construção funcionalista aumenta as garantias do cidadão que se vê processado criminalmente. E isso, ao que parece, deveria ser objeto de elogio, e não de crítica.

Autores que têm mais pontos em comum com os funcionalistas também fazem objeções a algumas das ideias centrais. Jorge de Figueiredo Dias (2007), por exemplo, questiona como deve ser feita a delimitação do risco permitido, e se tal construção não é excessivamente casuística, algo cuja consequência seria uma insegurança jurídica incompatível com o Direito penal.

³⁴¹No atual momento, no Brasil melhor exemplo não há que a ação penal 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de 2012, em que se discutiu se determinadas condutas constituíam um crime eleitoral de pouca ofensividade, ou um sofisticado esquema de corrupção com fins de viabilizar uma dita “governabilidade”. Em boa parte das discussões o que se viu foi, precisamente, uma discussão a respeito das intenções e do dolo dos envolvidos.

O problema começa, neste contexto, por ser o de determinar os riscos a cuja produção pode ser razoavelmente referido o tipo objetivo de um crime de resultado, isto é, o âmbito ou o círculo dos riscos que, neste sentido, devem considerar-se juridicamente desaprovados e, em consequência, *não permitidos*. (DIAS, 2007, p.332).

Este apontamento, ao que tudo indica, é corroborado pelo próprio Jakobs, quando diz – e isso já foi exposto anteriormente – que o grau de tolerância a riscos em uma sociedade é uma construção anterior ao Direito, que vem de seu desenvolvimento material e social. A sociedade faz, implicitamente, cálculos de custo/ benefício em relação a determinados procedimentos, ou aos benefícios e riscos de determinados equipamentos. Neste aspecto, portanto, não há como discordar do professor de Coimbra. Todavia, tal dificuldade parece ser mais teórica do que prática, e aí parece estar a resposta a tal questionamento. Em razão da quantidade de situações possíveis, é difícil elaborar tais limites *a priori*. Quando se está diante de casos reais, contudo, não parece haver tanta divergência quanto aos limites do uso razoável de técnicas danosas. Por exemplo, não há muita divergência quanto aos padrões de segurança que devem ser respeitados em atividades de risco como a condução de veículos automotores, o transporte de produtos tóxicos ou inflamáveis, o manuseio de armas de fogo etc.

Diante do exposto, a conclusão é que o conceito de ação trabalhado pelo Funcionalismo, em especial por Jakobs, mostra-se mais adequado à perspectiva de um Direito penal construído sobre bases sistêmicas do que as demais alternativas. É indiscutível que tal conceito pode ser melhorado, desenvolvendo ideias e soluções para casos mais confusos. Todavia, apesar de tais ressalvas, a ideia de que é necessário um esquema social de interpretação das condutas a fim de que elas possam ser consideradas relevantes para o Direito penal, e o uso da estrutura da teoria da imputação objetiva como mecanismo para se obter tal aspecto social da conduta mostram-se, no momento, a melhor opção para o Direito penal, vez que diminuem em alguma medida a subjetividade do juiz na análise do dolo do agente, aumentando, por consequência, as garantias daquele que se encontra na posição de acusado num processo penal.

Feitas tais considerações, é preciso agora considerar a aplicação de tais conceitos na construção de um direito de emergência adequado à ideia de um Estado Democrático efetivador de uma democracia radical. Este, portanto, é o objeto do próximo capítulo.

6. Direito Penal de Emergência e sua adequação à Democracia Radical

“No liberty is made more secure by holding that its abuses are inseparable from its enjoyment”.

- Justice Jackson, 1949

O subsistema penal, por definição, lida com fatos que ofendem de tal modo a ordem estabelecida que nenhum dos demais ramos do Direito são considerados suficientes para lidar com tais agressões. Historicamente foi reservado a ele, em razão da gravidade de suas sanções a tarefa de reequilibrar o sistema jurídico. Por conta desta construção histórica recebeu ele – o Direito penal – a designação Direito de *ultima ratio*, ou seja, aquele que só deve atuar quando os demais ramos jurídicos já se mostraram inaptos a resolver determinada questão.

Na perspectiva do funcionalismo – notadamente seguindo a linha de Günther Jakobs -, resta claro que esta ideia de atuação subsidiária permanece, vez que nesta proposta não apenas continuam válidas as limitações ao Direito penal que já existiam antes, como são acrescidas algumas, a exemplo da exigência da relevância comunicativa das ações a serem tratadas dentro do sistema penal.

Apesar desta filosofia de utilização restritiva do Direito penal, da qual não se deve discordar por inúmeros motivos - dentre eles, com destaque, o fato de sempre que o Direito penal perdeu seus limites o resultado se mostrou catastrófico -, a segunda metade do século XX e o começo deste século viram surgir uma nova demanda ao Estado, demanda esta que ainda se discute a quem é direcionada, se ao sistema político, ou ao sistema jurídico-penal. Trata-se daquelas ofensas que, de tão relevantes à sociedade, estabelecem ameaças à sua própria continuidade. É um caso limite e atípico, daí a dificuldade de ser compreendido e respondido.

Uma das propostas levantadas ao longo dos tempos é a de que a melhor coisa a se fazer é relativizar os limites para a atuação do Direito, de forma que tais casos – ou pelo menos a maioria deles – possam ser trabalhados dentro do sistema jurídico, pois, uma vez mantido o respeito por parte dos agentes públicos à ordem jurídica vigente, resta atenuado o risco natural que existe ao se dar muito poder e pouco limite à uma pessoa ou grupo de

pessoas.

O argumento que parece ser mais importante na defesa da ideia de que se deve aceitar o relaxamento dos limites jurídicos e manter a resposta estatal a situações limítrofes juridicizada é que, uma resposta a tais situações dada tão-somente a partir do sistema político poderia ter por consequência a transformação de tal resposta em um mal maior ou igual àquele que se estaria combatendo. Poder estatal sem limites não é poder, é totalitarismo. Nessa perspectiva, restaria a pergunta: será que a instituição de um sistema totalitário é uma resposta satisfatória a alguma ameaça à organização vigente da sociedade? Ou será que, sendo essa a alternativa, não seria melhor não responder à ameaça, e aguardar para ver os novos rumos que ela estabelecerá para o grupo social ao qual ela é dirigida?

Não há resposta definitiva a tais questões. Mas, há um grande número de propostas e argumentos, cujo desenvolvimento é importante, uma vez que contribuem para a concretização da democracia, bem como para a maior efetividade da proteção aos ditos Direitos Fundamentais.

A ideia que vem sendo construída neste trabalho é que a opção pela juridicização das respostas às situações limites é o melhor caminho. O primeiro argumento é o risco do totalitarismo já mencionado. O segundo é que este caminho parece ainda contribuir para a efetivação da ideia de Democracia radical.

O caminho a ser trilhado agora, portanto, é, em primeiro lugar, a retomada do conceito de democracia radical; em segundo, o estudo de algumas propostas e casos que geralmente vêm à tona sempre que esta discussão é suscitada, notadamente, o sistema de Lei e Ordem (DAHRENDORF, 1985; 1987), o *Feindstrafrecht*³⁴² de Günther Jakobs (2004) e os exemplificativos casos de “bomba relógio” (GRECO, 2009).

6.1. Lei e Ordem

Há duas perspectivas bastante distintas – embora com pontos de contato - para se trabalhar a expressão “lei e ordem”. A vertente mais comum ou mais difundida no Brasil é

³⁴²Aqui vale lembrar ao leitor a opção feita e justificada pela não utilização da terminologia “Direito Penal do Inimigo”, tradução direta de *Feindstrafrecht*, em razão da carga negativa erroneamente atribuída ao termo por boa parte da doutrina penal de língua portuguesa e espanhola.

aquela que identifica um suposto “movimento da lei e da ordem” como uma resposta forte do Estado ao aumento da violência criminal. Seria, segundo Rogério Greco, uma espécie de antítese do abolicionismo, de forma que os defensores da lei e da ordem pregam “um discurso de Direito Penal Máximo, fazendo a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os males que a afligem”. (ROGÉRIO GRECO, 2005, p.16). No mesmo sentido é a definição dada por Manuel Monteiro Valente (2010):

O Movimento Lei e Ordem, que preconiza a implementação de um Direito penal máximo, cujos bens jurídicos interindividuais e patrimoniais recebem uma tutela reforçada com elevada punibilidade face às ofensas, incrementando-se uma incessante proclamação diária da necessidade de criminalização e de instituição de penas pesadas. (VALENTE, 2010, p.58).

A vertente que será objeto de análise aqui, contudo, é aquela que decorre do estudo do sociólogo alemão Ralf Dahrendorf, e que diz respeito a situações de anomia ou quase anomia social.

O objetivo de Dahrendorf, ao que parece, foi justamente discutir a primeira perspectiva apresentada. Segundo ele, porém, é preciso ter cuidado na execução destas análises, pois algumas vezes os dados disponíveis não são confiáveis, e em outras se está simplesmente comparando situações distintas.

Dahrendorf (1987) inicia seu estudo relatando um caso histórico por ele vivenciado, em que, por alguns dias, houve de fato uma situação de anomia³⁴³, ou seja, de completa ausência de ordem jurídica. O evento histórico do qual ele fala é a queda de Berlim na Segunda Guerra. Com alguns exemplos – reforçados pelo fato de se tratar de um relato pessoal – ele demonstra que durante alguns dias entre a queda do *III Reich* e a ocupação da cidade pelo Exército Vermelho, não havia lá qualquer autoridade, qualquer sistema jurídico que impusesse comportamentos.

O exemplo de Berlim é importante, afirma Dahrendorf (1987), pois mostra que a ausência de lei não é uma situação sustentável, pelo contrário, “trata-se de um momento fugaz

³⁴³Sabemos que o termo anomia foi introduzido nas ciências sociais modernas por Emile Durkheim, em sua tentativa de classificar, e talvez explicar, o suicídio. O homem é compelido pelos elos sociais a produzir “uma consciência superior à própria consciência, cuja superioridade ele sente”. “Mas quando a sociedade é perturbada por alguma crise dolorosa ou por transições benéficas, porém abruptas, torna-se momentaneamente incapaz de exercer essa influência; então, ocorrem os aumentos súbitos na curva de suicidas”. (DAHRENDORF, 1987, p. 28).

de transição”. (DAHRENDORF, 1987, p.14).

Todavia, a relevância do exemplo de Berlim para a discussão que aqui se faz é que ele fornece uma perspectiva privilegiada. Será que quando se defende o uso indiscriminado do Direito Penal como resposta para uma pretensa erosão da lei e da ordem em razão do aumento dos índices de criminalidade, se está fazendo um diagnóstico realista do problema? Será que o aumento de índices de criminalidade é suficiente para levar um Estado à uma situação de anomia – seguindo o conceito dado por Dahrendorf? Seria este um problema grave o suficiente para que o arcabouço legal do Estado seja questionado, e para que medidas emergenciais sejam tomadas? Além destas questões, cabe ainda indagar, será que a proposta do movimento da lei e da ordem diz respeito ao que tem se denominado direito de emergência?

O que então queremos dizer quando falamos em uma erosão da lei e da ordem hoje? Tal processo existe de fato? E se existe, será que ele leva realmente à anomia? Não poderia ele ser uma aberração temporária ou, de algum modo, uma tendência reversível? (DAHRENDORF, 1985, p.6, tradução nossa³⁴⁴).

A relação de elevados índices de criminalidade com a percepção da erosão da lei e da ordem parece ser feita pela ideia de impunidade, que transmite à população a ideia de que os mecanismos de efetivação do sistema jurídico não estão funcionando de forma adequada, podendo afetar, em alguma medida, a recepção da mensagem que o ato comunicativo próprio do sistema jurídico – a norma – transmite.

Impunidade, ou a sistemática desistência de sanções, liga o crime e o exercício da autoridade. Ela nos diz algo sobre a legitimidade da ordem. Ela é um indicador da decomposição bem como de mudança e inovação. A crescente incidência da impunidade leva-nos ao centro do problema social moderno. (DAHRENDORF, 1985, p.20, tradução nossa³⁴⁵).

344 **No original:** *What then do we mean when we speak of an erosion of law and order? Is there in fact such a process at all? And if there is, does it have to lead all the way to Anomia? Could it not be a temporary aberration, or at any rate a reversible trend?*(DAHRENDORF, 1985, p.6).

345 **No original:** *Impunity, or the systematic waive of sanctions, links crime and the exercise of authority. It tells us something about legitimacy of an order. It is an indicator of decomposition as well as change and innovation. The growing incidence of impunity leads us to the core of the modern social problem.* (DAHRENDORF, 1985, p.20).

De um ponto de vista meramente teórico, parece possível supor que a percepção de impunidade poderia levar a uma situação de anomia, pois, uma vez que o sistema jurídico deixa de responder às demandas que chegam a ele, há uma tendência natural de que, havendo a continuidade de tais demandas, elas sejam então endereçadas a um outro sistema, ou mesmo que um novo sistema seja criado para substituir aquele que deixou de exercer sua função. Todavia, se se identificar essa falha da comunicação com o termo anomia – o que parece possível -, é preciso apontar que a conclusão acima apresentada já foi, há tempos, questionada. Diz Ralf Dahrendorf sobre a relação anomia e crime, citando Radzinowicz, que “as tentativas de se testar seu impacto sobre a criminalidade não indicaram uma única correlação”. (DAHRENDORF, 1987, p.29).

Uma forma de resolver tal incompatibilidade é reconstruir o conceito de anomia, de forma que ele seja mais bem delimitado, o que é uma tentativa de evitar que o mesmo conceito viabilize conclusões opostas, tal como ocorreu acima. A proposta feita pelo próprio Dahrendorf (1985) parece satisfatória, até por ter pontos de contato com a teoria das normas numa perspectiva funcionalista.

Anomia é uma condição social em que as normas que governam o comportamento das pessoas perderam sua validade. Uma garantia de tal validade consiste na força clara e presente das sanções. Onde a impunidade prevalece, a efetividade das normas está em risco. Neste sentido, Anomia descreve um estado de coisas em que as violações às normas não são punidas. (DAHRENDORF, 1985, p.24, tradução nossa³⁴⁶).

A semelhança com a proposta da teoria das normas funcionalista está em se colocar a efetividade das normas como o centro da construção teórica, e como questão principal a ser enfrentada. “As sociedades humanas são conjuntos de normas válidas que tornam o comportamento previsível”. (DAHRENDORF, 1987, p.32).

Em síntese, o objeto da pesquisa de Ralf Dahrendorf são situações nas quais, seja por qual motivo for, a eficácia das normas está em xeque. A partir do momento em que as normas são postas como elementos estruturantes das sociedades, a conclusão óbvia é que a análise

³⁴⁶**No original:** *Anomia is a social condition in which the norms which govern people's behaviour have lost their validity. One guarantee of such validity consists in the clear and present force of sanctions. Where impunity prevails, the effectiveness of norms is in jeopardy. In this sense, Anomia describes a state of affairs in which breaches of norms go unpunished.* (DAHRENDORF, 1985, p.24)

recai sobre situações de elevado risco para a continuidade da ordem social. Tais conclusões são similares àquelas que movem a discussão acerca do Direito de Emergência. Todavia, serão elas transponíveis para o Direito Penal de Emergência? A resposta aqui parece ser negativa.

Os exemplos usualmente trabalhados na elaboração do *Feindstrafrecht* jakobsiano, assim como os “casos de bomba-relógio” de que fala Luís Greco (2009) tratam de situações em que poucos agentes, ao assumirem posições radicais, põem em dúvida seu comprometimento pessoal com a ordem jurídica vigente. Os casos de anomia retratados por Ralf Dahrendorf, por sua vez, dizem respeito a situações em que, considerando o comportamento dos cidadãos globalmente, há a percepção de que há falhas nos mecanismos que asseguram a estabilidade normativa e, por conseguinte, a confiança dos cidadãos em geral no sistema jurídico. Em outras palavras, enquanto as discussões de Direito penal de emergência lidam com ameaças pontuais a todo o sistema, a discussão da lei e ordem como resposta à anomia lida com falhas intrassistêmicas colocando em risco a continuidade do próprio sistema. Não se trata, portanto, de uma ação externa a ameaçar as expectativas que recaem sobre determinado sistema, mas sim de questões internas³⁴⁷ a um determinado sistema que põem em risco sua própria existência.

Nos casos discutidos por Dahrendorf (1985; 1987) a sugestão do reforço da lei e da ordem como mecanismo apto a solucionar os problemas apresentados indicam que tal objeto de estudo é radicalmente diverso daquele do Direito de Emergência, vez que um dos pontos que se discute neste último é justamente se é devido ou não deixar a busca por soluções a cargo do próprio sistema jurídico-penal, ou se seria uma melhor opção fazer tal demanda ao sistema político.

Não sendo estes argumentos considerados suficientes para convencer que se está diante de discussões distintas, há mais um, qual seja: Dahrendorf (1985; 1987) considera que pode ser legítimo haver momentos/ situações em que a erosão do sistema normativo é válida. Ele descreve algumas destas situações como processos de mudança social/ jurídica. Neste

347As normas não são válidas, basicamente, pelo fato de serem realmente obedecidas ou, num sentido absoluto qualquer, por serem moralmente corretas, mas porque a violação delas é punida com sanções. Numa determinada situação social, sabemos qual comportamento esperar do outro, porque sabemos que, caso ele se comporte de forma diversa, será punido. A eficácia das normas as liga, através das sanções, ao poder, o, melhor dizendo, ao poder institucionalizado, à autoridade. As sanções implicam num representante que seja capaz de fazê-las vigorar. Sob esta perspectiva, o contrato social, ou seja, a base fictícia da ordem social, é, necessariamente, tanto um “contrato de associação” como um “contrato de dominação”. (DAHRENDORF, 1987, p. 32).

sentido, note-se a afirmação:

Existe algum tipo de violação a normas e segmentos da sociedade que os braços da lei não alcançam? Existe uma sistemática decomposição das sanções em áreas importantes da vida social? Existem, por assim dizer, zonas de exclusão no sentido físico e social, onde qualquer coisa pode acontecer e a anomia reina? Eu acredito que existem (...). (DAHRENDORF, 1985, p.28, tradução nossa³⁴⁸).

Ou seja, há, em alguma medida, uma zona cinzenta entre a anomia – tal como definida por Dahrendorf -, e os processos de ruptura do sistema jurídico. E esta situação é, segundo a proposta que aqui se sustenta, inconfundível com aquelas aptas a demandar, ou melhor, a justificar um Direito Penal de Emergência. Todavia, esta construção deve ser feita de forma cuidadosa e detalhada, até porque, no modelo do *Feindstrafrecht* de Jakobs – que parece ser o mais sofisticado modelo de Direito penal de emergência -, a confusão acima pode mesmo ocorrer, e com isso não se pode concordar, pois significa existir a possibilidade de responder com o Direito penal a situações que, provavelmente, não deveriam ser objeto de atenção de nenhum dos ramos do Direito, quando mais daquele que se diz *ultima ratio*.

É preciso, portanto, estudar o mais sofisticado modelo de Direito penal de Emergência da atualidade. Este é o próximo passo.

6.2. *Feindstrafrecht*: o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs

A construção de um Direito Penal do Inimigo – *Feindstrafrecht* – começou na verdade como um diagnóstico do panorama que era possível observar na Alemanha e em outros países da Europa já na década de 1980. A (re)introdução do termo *Feindstrafrecht* nos debates de Direito penal foi feita por Günther Jakobs num evento ocorrido em Frankfurt am Main em 1985. (POLAINO-ORTS, 2006).

Com a afirmação de que se tratava de um diagnóstico pretende-se apontar o fato de que a reintrodução do tema surge não pela vontade do respectivo autor em criar ou recriar um

³⁴⁸**No original:** *Are there kinds of breaches of norms and segments of society which the arm of the law does not reach? Is there a systematic decomposition of sanctions in important areas of social life? Are there, as it were, “no-go areas” in the social as well as the physical sense where anything may happen and anomy reigns? I believe that there are (...).* (DAHRENDORF, 1985, p. 28).

Direito de exceção, mas sim porque ele, na qualidade – à época – de professor titular de Direito penal e Filosofia do Direito de uma das mais importantes universidades alemãs – a Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, na cidade de Bonn - percebeu a necessidade de tal discussão, uma vez que as mudanças que caracterizam tal Direito de exceção estavam/ estão ocorrendo no âmbito da legislação³⁴⁹, sem o devido acompanhamento por parte da comunidade científica, de forma que seus contornos estavam sendo estabelecidos tão-somente a partir de decisões dos legisladores e da política criminal vigente.

Neste trabalho alertava Jakobs sobre a técnica legislativa e a política criminal, presente em alguns ordenamentos – como o alemão – de adiantar as barreiras de proteção, reduzindo ou limitando o âmbito privado do sujeito por sua *inimizade* frente ao bem jurídico e frente as normas que escoram a constituição da Sociedade, que possibilitavam a criminalização da *ação* desde os mais precoces sinais de perigo para o bem jurídico. (POLAINO-ORTS, 2006, p.28, tradução nossa³⁵⁰).

O diagnóstico descritivo³⁵¹, portanto, dizia respeito à redução das garantias do sistema jurídico-penal, motivada normalmente por raciocínios pragmáticos, sem, contudo, levar em consideração os riscos que tais mudanças acarretam para o sistema penal, e também, sem ter a devida consideração pela história que levou o Direito penal a ter todas as limitações que tem. O objetivo, portanto, da reintrodução deste tema nas discussões penais, é o restabelecimento de garantias, ou, no mínimo, que as modificações dos sistemas penais ocorram de forma a não

349Certamente, uma observação das legislações penais atuais não deixa dúvidas sobre a existência de regulações substantivas e, sobretudo, processuais que apresentam traços característicos desse Direito penal do inimigo. (MARTÍN, 2009, p.345).

350**No original:** *En ese trabajo alarmaba JAKOBS sobre la técnica legislativa, y la política criminal, presentes en algunos ordenamientos – con el alemán – de adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por su enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la Sociedad, que possibilitaban la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico.* (POLAINO-ORTS, 2006, p.28).

351(...) Jakobs, todavia, utilizava o conceito de direito penal do inimigo como um *topos* para a análise crítico-descritiva do direito penal alemão vigente. Este compreendia disposições que transformavam o autor penal em uma mera “fonte de perigos”, em um “inimigo do bem jurídico”, privando-o assim de sua esfera privada e de seu status de cidadão. Posto que enquanto o Estado penetre na esfera privada, na “esfera cidadã interna”, “acaba-se com a privacidade e com ela a posição do sujeito como cidadão; sem seu âmbito privado não pode existir o cidadão”. (AMBOS, 2007, p.23-24, tradução nossa). **Na versão em espanhol consultada:** (...) *Jakobs todavía utilizaba el concepto de derecho penal del enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del derecho penal alemán vigente. Éste comprendía disposiciones que transformaban al autor penal en una mera “fuente de peligros”, en un “enemigo el bien jurídico”, privándole así de su esfera privada y de su estatus como ciudadano. Puesto que en cuanto el Estado penetre en la esfera privada, en la “esfera ciudadana interna”, se “acaba la privacidad y con ella la posición del sujeto como ciudadano; sin su ámbito privado no puede existir el ciudadano.* (AMBOS, 2007, p.23-24).

se tornarem elas mesmas um perigo a tudo o que pretendem proteger³⁵².

Em que pese não haver nenhuma novidade na busca de um tratamento penal diferenciado para determinadas situações³⁵³, a construção de Jakobs, que superou a fase descritiva e entrou numa fase propositiva³⁵⁴, tem despertado, desde a citada conferência em Frankfurt am Main, profundo interesse entre os pensadores do Direito Penal. O caminho a ser percorrido aqui será a exposição da construção em sua integralidade, e em um segundo momento a apresentação e discussão das críticas existentes.

Jakobs (2004) inicia sua exposição do tema com a admoestação de que a divisão entre o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) e o Direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) não pode ser feita de forma absoluta, estanque, estática. Ela diz respeito a dois modelos ideais que podem eventualmente se sobrepor.

Quando aqui se fala em Direito penal do cidadão e de Direito penal do inimigo, fala-se de dois modelos ideais que raramente se deixam achar em sua forma pura: assim na avaliação de um fato pouco mais que estimulante – direito penal do cidadão – insere-se pelo menos uma leve defesa contra perigos futuros – direito penal do inimigo -, e mesmo o terrorista mais diferenciado de um cidadão será pelo menos formalmente tratado como pessoa, quando a ele, no processo penal, os direitos de um acusado civil forem concedidos. Logo, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um mesmo mundo, ou revelar duas tendências concorrentes em um contexto de Direito penal, em que tais tendências definitivamente podem se sobrepor, ou seja, a do tratamento do agente como pessoa, ou como fonte de perigo, ou como meio para impedir outras pessoas. (JAKOBS, 2004, p.93, tradução nossa³⁵⁵).

352O conceito de direito penal do inimigo deve justamente servir para que sejam apreendidos os contornos do direito penal “normal”, do cidadão, e característico do Estado de Direito, visto que as contaminações já teriam, veladamente, ocorrido e se disseminado de modo descontrolado. Além disso, a tese da separação de Jakobs restabelece a ligação entre a ciência penal e a filosofia do direito, pois também na discussão sobre o direito penal do inimigo surge a pergunta acerca da relação entre o direito e o que está fora do direito. (BUNG, 2006, p.109).

353Na *teorização da política criminal* sempre postularam-se maiores cotas de repressão para os crimes mais graves, inclusive desde as posições mais radicalizadas. Ademais, quase sempre se teorizou uma repressão diferente para os *não incômodos* (a polícia) e outra para os incômodos, destinando aos últimos medidas de segregação ou eliminatórias desproporcionadas com a gravidade das infrações cometidas. Em consequência, não é nenhuma novidade que se teorize uma *repressão penal plural* (...). (ZAFFARONI, 2010, p.213, itálicos do autor).

354Este nível puramente analítico-descritivo foi abandonado posteriormente por Jakobs, especialmente com seu discurso nas jornadas berlinenses organizadas por Eser, Hassemer e Burckhardt em 1999, sob o título “A Ciência do Direito Penal ante a mudança do milênio”. (AMBOS, 2007, p.25, tradução nossa). **Na versão em espanhol consultada:** *Este nivel puramente analítico-descriptivo lo abandonó posteriormente Jakobs, especialmente con su discurso en las jornadas berlinesas organizadas por Eser, Hassemer e Burckhardt en 1999 bajo el título “La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio”.* (AMBOS, 2007, p.25).

355**No original:** *Wenn hier von Bürgerstrafrecht und von Feindstrafrecht die Rede ist, so von zwei Idealtypen, die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen: Noch in die Beurteilung einer wenig mehr als Langeweile erregenden Allerweltstat – Bürgerstrafrecht – wird sich zumindest leichte Abwehr zukünftiger Gefahren*

Infere-se daí que é salutar que a discussão acerca de um tratamento penal diferenciado para determinadas situações exista, a fim de ser estabelecido com a maior clareza possível o momento de aplicação de uma ou outra forma de Direito penal. Claro que há aí um risco cujo afastamento é de difícil realização, qual seja, o de que tal construção funcione como legitimação teórica de um tratamento penal diferenciado, com menos garantias do que o esperado. Todavia, como se verá ao final, a alternativa – permitir o desenvolvimento de um direito penal com redução de garantias e sem limites teóricos bem definidos – não parece oferecer nenhuma vantagem, pelo contrário, mostra-se ainda mais arriscada. Mas, quais as características percebidas por Jakobs na legislação penal fizeram-no recolocar esta discussão no debate penal?

Segundo o próprio Jakobs (2006), há no Direito penal alemão atual diversos institutos aptos a configurar um Direito penal de exceção. Apesar disso, a opção feita pela maior parte dos penalistas de lá é não considerar tais medidas como definidoras de um subsistema penal peculiar, mas tratá-las como se não fossem casos excepcionais às regras penais. Os exemplos que ele menciona são a quase equiparação da punição das formas consumada e tentada, o delito de associação criminosa ou terrorista, as medidas de segurança, a espionagem ou infiltração de agentes, a proibição de contato entre advogado e acusado no curso de prisão preventiva, entre outros.

Outra tendência legislativa citada como indicador de um Direito penal diferenciado “está representada por aqueles tipos penais que possibilitam uma ampla antecipação da punibilidade em relação aos momentos em que os atos realizados só têm caráter preparatório de atos futuros”. (MARTÍN, 2009, p.343). Menciona-se ainda uma tendência presente na recente legislação alemã de “se autodenominarem aberta e precisamente como 'leis de luta ou de combate’” (MARTÍN, 2009, p.344), o que vai de encontro à ideia “normal” do Direito, de estabelecer modelos de comportamento contrafactivamente assegurados, e não mecanismos de

einmischen – Feindstrafrecht -, und selbst der bürgerfernste Terrorist wird zumindest formell als Person behandelt, wenn ihm im Strafverfahren die Rechte eines bürgerlichen Beschuldigten zugestanden werden. Es kann also nicht darum gehen, zwei isolierte Strafrechtssphären gegenüberzustellen, sondern zwei Pole einer Welt zu beschreiben oder zwei gegenläufige Tendenzen in einem Zusammenhang des Strafrechts aufzuzeigen, wobei sich diese Tendenzen durchaus überlagern können, scil. solche zur Behandlung des Täters als Person oder andere zu seiner Behandlung als Gefahrenquelle oder als Mittel zur Abschreckung anderer. (JAKOBS, 2004, p.93).

combate a determinadas pessoas ou situações. Não é outra a leitura da situação feita por Klaus Günther (2009):

Começou há muito tempo o processo de expansão do direito penal a tal ponto que ele passa a violar os interesses protegidos por lei. Além disso, a luta contra o crime organizado abriu as portas para um enrijecimento drástico do direito penal material e processual. (GÜNTHER, 2009, p.14)

Considerando tudo isso, Jakobs argumenta no sentido de que a delimitação deste fenômeno é salutar ao próprio Estado Democrático de Direito, pois estabelece as fronteiras entre normalidade e exceção, além de definir limites ao tratamento da situação excepcional³⁵⁶.

Para poder limitar esse Direito Penal do Inimigo enquanto Direito de exceção a um âmbito que seja o mais restrito possível, ele precisa, antes de tudo, ser definido. Para tanto, não bastam fantasias onipotentes de caráter normativista (“um Estado de Direito não pode conhecer um Direito Penal do Inimigo em absoluto!”): a sempre suja realidade e os postulados idealizantes são duas coisas distintas. (JAKOBS, 2009, p.15).

Em síntese, estes são os motivos que moveram Günther Jakobs rumo a construção de seu *Feindstrafrecht*. Uma vez conhecida a motivação, é possível iniciar o estudo dos institutos propriamente ditos.

O primeiro passo dado por Jakobs (2004) é no sentido de demonstrar as bases filosóficas de sua proposta, com a intenção de deixar claro que ela não introduz um discurso novo, mas, na verdade, tem antecedentes em argumentações de alguns dos pensadores que estabeleceram as bases da Teoria do Estado contemporânea. Neste estágio ele trás referências a Hobbes, Fichte, Rousseau e Kant, apresentando similitudes e diferenças, apropriando-se de algumas ideias e refutando outras, para, ao final, concluir que mesmo um Direito de exceção direcionado a um “inimigo” deve obedecer a alguns limites.

³⁵⁶Cabe esclarecer que a proposta de Jakobs é da mais absoluta boa-fé, pois quando propõe distinguir um direito penal para o *cidadão* e outro para o *inimigo*, fá-lo imaginando que ambos funcionem em um estado de direito, como fizeram outros muitos *autores* anteriormente. Além disso, assume um fenômeno real, que é a repressão da legislação penal, em uma mistura de retiro tático e resignação, tentando impedir a extensão do fenômeno a todo o direito penal. (ZAFFARONI, 2010, p.215).

Esta coerção deve de ser limitada com respeito a dois aspectos. Primeiro, não deve o Estado excluir o inimigo de todo o Direito. Assim, permanece a expectativa de segurança em seu papel proprietário intocada. Em segundo lugar, não deve o estado fazer tudo o que é livre para fazer, mas pode ele se conter, especialmente para não impedir a possibilidade de um futuro acordo de paz. (JAKOBS, 2004, p.97, tradução nossa³⁵⁷).

Os limites sugeridos têm uma razão de ser bastante pragmática. Na construção de Jakobs, tornar-se inimigo é uma opção da pessoa, que terá como consequência o tratamento diferenciado do qual aqui se fala. Todavia, sendo uma opção da pessoa, é preciso manter aberto, sempre, o caminho para que tal pessoa retorne à condição de cidadão, se assim desejar. Tal consideração indica um dos pontos mais criticados nesta construção, o da distinção entre cidadão e inimigo, e a definição do inimigo como “não-pessoa”.

Antes de apresentar as definições que Jakobs dá, vale ressaltar que esta espécie de dicotomia é natural para um autor que assumidamente trabalha a partir de um ponto de vista sistêmico. Como se sabe, toda a teoria dos sistemas é erigida a partir de dualismos, notadamente aquele entre *sistema* e *ambiente*, a partir do qual inúmeros outros são pensados. Assim, a dicotomia *cidadão/ inimigo* mostra-se devidamente contextualizada. De todo modo, não há como deixar de reconhecer a dificuldade que a terminologia adotada tem, em razão do aspecto histórico. Tony Judt (2008) inicia seu “Pós Guerra” afirmando que sessenta anos depois, o pós Guerra está finalmente chegando ao fim. O diagnóstico é correto. Está chegando. Mas, ainda causa apreensão um jurista alemão falando em “não-pessoa”. A crítica existe mesmo na Alemanha. Frank Saliger (2006) ao relatar algumas objeções à proposta de Jakobs, relata, por exemplo, que Cornelius Prittwitz, “ tem certeza que, se Jakobs tivesse escolhido outro nome, certamente teria sido aplaudido por muitos colegas”. (SALIGER, 2006, p.111, tradução nossa³⁵⁸).

Uma outra questão que precisa ser abordada preliminarmente é a distinção em relação ao conceito de *partisan* de Carl Schmitt (2009). A situação de obscuridade pode surgir em

357 **No original:** *Dieser Zwang mag in zweifacher Hinsicht beschränkt sein. Ersten muß der Staat den Feind nicht von allen Rechten ausschließen. So bleibt etwa der Sicherungsverwahrte in seiner Rolle als Sacheigentümer unangetastet. Und zweitens muß der Staat nicht alles tun, wozu er frei ist, sonder er kann sich zurücknehmen, insbesondere um die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen.* (JAKOBS, 2004, p.97).

358 **No original:** *Er ist sich aber sicher, dass, wenn Jakobs nur einen anderen Namen gewählt hätte, ihm der Beifall vieler Kollegen sicher gewesen wäre.* (SALIGER, 2006, p.111).

razão do fato de que Schmitt inicia o conceito com a ideia, solta, de que “o *partisan* combate de forma irregular” (SCHMITT, 2009, p.151). Este combater de forma irregular pode facilmente ser associado a fenômenos recentes como organizações terroristas, ou mesmo organizações paramilitares (como as FARC na Colômbia). Esta junção pode levar a uma comunhão de ideias, equiparando o *Feind* da teoria de Jakobs com o *partisan* de Schmitt.

O ponto de divergência, todavia, é o aspecto político que está inevitavelmente presente na teoria do *partisan*, bem como nos limites jurídicos de seu tratamento. O *partisan* é um conceito que só é possível a partir da formalização de exércitos “nacionais”, o que irá acontecer com Napoleão. A antítese do exército regular é o *partisan*, que é posto para fora dos limites da guerra regular, e não espera de seu inimigo nenhuma conduta pautada pelo Direito bélico.

(...) A princípio, em todo caso, a guerra permanece *cerceada* e o *partisan* se localiza fora desse cerceamento. O fato de estar fora de todo cerceamento tornar-se, agora, inclusive sua essência e sua existência. O moderno *partisan* não espera do inimigo nem direito nem misericórdia. Ele abandonou a inimizade convencional da guerra domesticada e cerceada, entrando no âmbito de uma outra, a da inimizade real, que se intensifica através do terror e da luta contra o terror até chegar ao extermínio. (SCHMITT, 2009, p.158).

O segundo aspecto é a pretensão de legitimidade política do *partisan*. Ele busca, por meio da guerra, atingir um determinado *status* político. Em outras palavras, o *partisan* se insurge contra um inimigo político por natureza. E, assim sendo, Schmitt o contextualiza integralmente na seara política. Trata-se de opção coerente com outras construções schmittianas, como já visto.

O *Feind* em Jakobs, é possível adiantar, pode até agir por motivação política, mas não é um elemento do conceito. Por outro lado, jamais será completamente “posto de fora” do Direito.

A grande questão é como estabelecer quem é quem. E este é um ponto que Jakobs não consegue resolver de forma muito satisfatória, especialmente para os autores que o criticam a partir de marcos positivistas. Antes, porém, da distinção *cidadão/ inimigo*, Jakobs trabalha a distinção *pessoa/ indivíduo*³⁵⁹, fazendo neste ponto inúmeras referências a Luhmann.

³⁵⁹Dita qualificação é, portanto, garantista, porque blinda o sujeito de imputações injustas, descrevendo-o da maneira mais justa possível, valorando sua posição na Sociedade. Em definitivo, o que dita distinção entre

Jakobs delimita “pessoa” como um conceito estritamente jurídico³⁶⁰. Pessoas são os destinatários de direitos e deveres. “Por conseguinte, está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode desfrutar de nenhum direito, nem suportar nenhum dever”. (JAKOBS, 2004a, p.52, tradução nossa³⁶¹). Aquele que não preenche os requisitos de *pessoa*, é “mero” indivíduo. (JAKOBS, 2004a). Um último dado necessário antes de abordar a questão central, é deixar claro que o conceito de “sociedade” utilizado por Jakobs também vem de uma matriz sistêmica luhmaniana. Com efeito, afirma Jakobs que “o conceito de sociedade refere-se aqui somente à compreensão normativa, isto é, à comunicação social orientada estruturalmente”. (JAKOBS, 2004a, p.53, tradução nossa³⁶²). Tal ideia é uma clara apropriação da definição luhmaniana da sociedade como comunicação. Isto é importante para a dicotomia *cidadão/inimigo*, pois possibilitará uma delimitação entre ambos a partir da carga comunicacional – de formação de sentido – dos atos de cada um, bem como a diferenciação das funções da sanção do sistema penal em um e outro caso.

Em linhas gerais, no pensamento de Jakobs, ao cidadão autor de um fato criminoso é dirigida uma sanção com carga comunicativa normal. Como ele deveria ter agido conforme o modelo de comportamento estabelecido pelo ordenamento, mas não o fez, o Estado age para restabelecer ou reafirmar que tal modelo continua válido, e que os demais membros do grupo social, e aquele mesmo cidadão (em outras oportunidades) podem/ devem continuar tendo tais expectativas de respeito ao modelo de comportamento como vigentes e válidas³⁶³. O Direito

pessoa e indivíduo pretende é tratar o sujeito em função de seu âmbito de competência social, isto é, à vista do papel que desempenha na Sociedade: *do* dever que, em razão da posição social em que se acha, deve assumir, de modo que *pessoa* é quem, no seio de um grupo social, deve cumprir uma tarefa, de maneira que a noção de pessoa é uma apreensão conceitual e funcional do sistema. (POLAINO-ORTS, 2006, p.84, tradução nossa). **No original:** *Dicha calificación es, pues, garantista, porque blinda al sujeto de injustas imputaciones, describiéndolo de la manera más justa posible, valorando para ello su posición en la Sociedad. En definitiva, lo que pretende dicha distinción entre persona e individuo es tratar al sujeto en función de su ámbito de competencia social, es decir, a la vista del rol que desempeña en la Sociedad: del deber que, en la posición social en que se halla, le corresponde asumir; de manera que persona es quien, en el seno de un grupo social, debe cumplir una tarea, de manera que la noción de persona es una aprehensión conceptual y funcional del sistema.* (POLAINO-ORTS, 2006, p.84).

360 Uma pessoa é, segundo Jakobs, além de seu *status* como indivíduo, um ser para quem a ocorrência significativa normativa diz algo, um ser que compreende o conteúdo implícito alegado de uma contestação à norma e compreende o que é feito *atualmente* contra esta alegação, quando se declara a pena. (BUNG, 2006, p.122)

361 **Na versão em espanhol consultada:** *Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede «disfrutar» de ningún derecho ni soportar ningún deber.* (JAKOBS, 2004a, p.52).

362 **Na versão em espanhol consultada:** *el concepto de sociedad se refiere aquí solamente a comprensión normativa, es decir, a la comunicación social orientada estructuralmente.* (JAKOBS, 2004a, p.54)

363 A teoria da vigência da *norma* de Jakobs baseia-se, substancialmente, em dois conceitos: o da expectativa

penal que lida com os atos criminosos do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) não realiza nenhum tipo de exclusão daquele cidadão. Pelo contrário, a pena só pode ter tal significação por se tratar de uma pessoa. Vale ressaltar o que foi há pouco apontado: o termo *pessoa* é utilizado por Jakobs num sentido estritamente jurídico; não há qualquer aspecto cultural ou antropológico considerado. Trata-se tão-somente de um conceito técnico-jurídico, razão pela qual a exclusão de alguém da categoria de *pessoa* é menos drástica do que a maioria dos críticos dão a entender. Tal crítica, porém, será minuciosamente analisada ao final, junto das demais.

Para desenvolver a categoria do *Feind* (*inimigo*), Jakobs (2004a) parte das garantias normativas que revestem o sistema jurídico, imbuindo-o de segurança cognitiva. Um sistema jurídico só é levado a sério quando é possível perceber que os conflitos entre atos e leis decorrem das atitudes erradas dos respectivos autores na realização de seus atos, de forma que as demais pessoas podem manter intocadas suas expectativas em relação ao comportamento do sistema jurídico.

Por outro lado, a graça de um ordenamento jurídico está precisamente em que também tem validade quando os direitos não são reclamados e os deveres não são cumpridos. As expectativas normativas mantêm-se contrafactualmente enquanto seja o erro do violador da norma, e não a expectativa, o que se define como razão do conflito. Enquanto um erro se apresenta como erro, e não como liberdade, o ordenamento é válido. (JAKOBS, 2004a, p.66, tradução nossa³⁶⁴).

Em outras palavras, se tudo o que existe na sociedade é comunicação, qualquer sistema precisa ter mecanismos de confirmação da correção de seus atos comunicativos, sob pena de a respeito deles não se construírem expectativas normativas, mas cognitivas, aquelas que, uma vez não correspondidas, são abandonadas e substituídas por outras, mais condizentes com a nova realidade.

Se tudo que existe é comunicação, também a *pessoa* – ou, na terminologia de

normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Isto significa que a vigência da norma só existe onde também há confiança na sua vigência, e a confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vige não é sistematicamente frustrada. Esta interdependência não deve ser negada. (BUNG, 2006, p.120).

³⁶⁴Na versão em espanhol consultada: *Por otro lado, la gracia de un ordenamiento normativo está precisamente en que también tiene validez cuando los derechos no se reclaman y los deberes no se cumplen. Las expectativas normativas se mantienen contrafácticamente, en cuanto que es el fallo del quebrantador de la norma y no la expectativa lo que se define como razón del conflicto. Mientras que un fallo se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido.* (JAKOBS, 2004a, p.66).

Luhmann, o *sistema psíquico*³⁶⁵ – precisa apresentar garantias a respeito de seu comportamento. Daí afirma Jakobs que “uma pessoa somente pode ser tratada de maneira constante como pessoa se, em geral, se comporta como tal”. (JAKOBS, 2004a, p.67, tradução nossa³⁶⁶). E o que é comportar-se como pessoa? É ser capaz de desfrutar direitos e assumir deveres, eis que se está falando de um conceito estritamente jurídico! Ou melhor, jurídico-penal. Jakobs (2004a) dá um exemplo que parece significativo para demonstrar que tal exclusão da condição de *pessoa* não é algo tão terrível quanto seus críticos dão a entender. Diz ele, por exemplo, que o Direito trata como *não-pessoa* quem, num determinado momento, carece de culpabilidade, afinal, não havendo culpabilidade, não haverá responsabilidade pelos atos realizados, ainda que se trate de um injusto penal. Isto é assim pois, não ter culpabilidade geralmente é um reflexo do fato de que, numa determinada situação, o indivíduo não tinha poder de autodeterminação, ou seja, não agia por decisão própria, logo, não é possível extrair de tal ação uma demonstração de desrespeito/ desconsideração do modelo de comportamento existente. “Ao se tratar da falta de culpabilidade de um autor de um fato, já se apontou que a falta de culpabilidade exclui [da condição de *pessoa*], já que quem carece de culpabilidade não é tratado precisamente como pessoa”. (JAKOBS, 2004a, p.69, tradução nossa³⁶⁷).

Como mostrado, é pessoa apenas quem oferece uma adequada garantia cognitiva para seu comportamento pessoal, isto em consequência do entendimento de que toda normatividade exige corroboração cognitiva para ser real. Disso nem mesmo a ordem jurídica é exceção: apenas se é imposta de maneira geral, tem ela mais que uma eficácia imaginária, ou seja, uma eficácia real. (JAKOBS, 2004, p.104, tradução nossa³⁶⁸).

365É preciso ressaltar que a equiparação dos conceitos de *pessoa* em Jakobs e de *sistema psíquico* em Luhmann só é possível a partir da perspectiva de que ambos são conceitos construídos para construções teóricas específicas. Assim como o termo *pessoa* em Jakobs não é utilizado com seu significado usual, da linguagem cotidiana, também o conceito de *sistema psíquico* em Luhmann não é. Ambos reconstróem tais ideias a fim de viabilizar suas teorias. O diferencial entre eles é que Luhmann está preocupado em construir uma teoria da sociedade, enquanto Jakobs constrói um Direito penal de emergência. Como se sabe, Luhmann não utilizou o termo *pessoa* em sua teoria, pois considerava que ele tinha uma carga de significado incompatível com a teoria dos sistemas.

366**Na versão em espanhol consultada:** *Pero no sólo el Derecho precisa de este aseguramiento cognitivo, sino que igualmente una persona sólo puede ser tratada de manera constante como persona si, en general, se comporta como tal.* (JAKOBS, 2004a, p.67).

367**Na versão em espanhol consultada:** *Al tratar la falta de culpabilidad del autor de un hecho, ya se apuntó que la falta de culpabilidad excluye, ya que quien carece de culpabilidad no es tratado precisamente como persona.* (JAKOBS, 2004a, p.69).

368 **No original:** *Wie gezeigt, ist Person nur, wer eine hinreichend kognitive Gewähr für personales Verhalten bietet, dies als Konsequenz der Erkenntnis, daß jede Normativität der kognitiven Untermauerung bedarf, um wirklich zu werden. Davon ist auch die Rechtsordnung selbst nicht ausgenommen: Nur wenn sie im großen und ganzen durchgesetzt wird, hat sie mehr als eine gedachte, scil. eine wirkliche Geltung.* (JAKOBS, 2004,

Feita tal consideração é possível compreender o marco divisório entre as categorias de *cidadão* e de *inimigo*, ou de *não-pessoa*. *Não-pessoa* é quem não oferece segurança cognitiva sobre seu próprio comportamento ser fiel ao Direito ou não, por se recusar a assumir os deveres e direitos que a ideia de *pessoa* demanda. Assim, não é propriamente o Direito que exclui ou subtrai de determinadas categorias de indivíduos a qualidade de ser *pessoa* – o sistema jurídico que exclui de determinados grupos a qualidade de ser *pessoa* é um sistema totalitário -, mas são estes próprios indivíduos que se autoexcluem, a partir do momento em que não agem como tal, a partir do momento em que não oferecem mais garantias a respeito das expectativas de conduta social que sobre eles recaem. Por essa razão, ou seja, por ser uma autoexclusão, é que logo no início do desenvolvimento de sua teoria Jakobs afirma que é preciso manter em aberto a possibilidade do *indivíduo* voltar à condição de cidadão, de *pessoa*. Afinal, a autonomia dele enquanto ser humano deve ser garantida sempre, sob pena de se descaracterizar o Estado de Direito³⁶⁹.

Alguém poderia argumentar que há um paradoxo na proposta de Jakobs, pois em outro texto ele afirma que “a sociedade decide, ela mesma, quem está incluído nela e quem não está, e – diga-se de passagem – o inimigo preferiria, em regra, continuar incluído” (JAKOBS, 2009a, p.41), e, antes disso, que “isso poderia ser entendido incorretamente no sentido de que a decisão de se afastar da sociedade civil e transformar-se em inimigo seria do criminoso” (JAKOBS, 2009a, p.40).

A leitura que aqui se faz de ambos os textos leva à compreensão de que não há incompatibilidade entre tais textos. Quando Jakobs afirma que a decisão não é do criminoso, e que é a sociedade que decide quem está incluído ou não, dá a entender que quem estabelece os limites/ modelos de comportamento é a sociedade, abstratamente considerada, e não um ou outro ator social. De fato, a sociedade eventualmente até tolera/ aceita, pelos mais diversos motivos, determinados atos que o sistema jurídico classifica como impróprios – basta pensar

p.104).

³⁶⁹Vale ressaltar que quando aqui se fala em Estado de Direito não se cogita a hipótese disso significar um Estado de mera legalidade, ou seja, seja simplesmente um Estado regido por leis, independente de maiores considerações. Pelo contrário, no atual estágio de desenvolvimento da Teoria do Estado e dos sistemas de proteção aos Direitos Fundamentais, entende-se que a expressão Estado de Direito já tem em si todas estas implicações.

nas justificativas para o sistema do Tribunal do Júri para se compreender isso. Todavia, é sua atribuição estabelecer tais limites. Superada esta fase, compete a cada um comportar-se da forma esperada e oferecer garantias de seu comportamento conforme o Direito. Aquele que decide por não se comprometer com tais requisitos, coloca-se fora da sociedade. Vale ressaltar ainda que há aqueles que não cumprem tais requisitos, mas não são vistos como *inimigos*; são aqueles que não tem domínio/ consciência de suas ações – como exemplo geral, os inimputáveis. Neste caso, o que o sistema jurídico faz é simplesmente não atribuir relevância comunicacional às manifestações e atos por eles realizados. Ou seja, o Direito os exclui, incluindo-os.

Neste ponto seria possível o seguinte contra-argumento: Se o Direito os exclui, por que aplica medidas de segurança? Há duas respostas necessárias e complementares a esta pergunta. A primeira é que quando Jakobs diz que o Direito os exclui nesse caso, a única leitura possível é que ele está se referindo apenas ao Direito penal. Por certo, atos que causem repercussão “naturalística” precisam, de alguma forma, de respaldo jurídico. O Direito penal pode excluí-los, pois não preenchem o requisito da expressão de intenção contrária ao Direito. A esta primeira resposta deve ser adicionado o fato de que, numa lógica sistêmica, o sistema de medidas de segurança mostra-se como outra incoerência, e deveria ser retirado do âmbito penal. Essa opinião parte do fato de que, consultando manuais de Direito Penal, percebe-se claramente que as Medidas de Segurança tem uma lógica de tratamento (PRADO, 2008), e não de punição, o que é bastante natural. Todavia, o sistema penal, por definição, não é um sistema pensado para tratar questões de saúde. Colabora para este entendimento o fato de que os tribunais tem deixado a regulamentação legal de lado e trabalhado tal instituto a partir de parâmetros médicos³⁷⁰.

Mas, “por que é importante a separação do sujeito de direito, o cidadão, daquele que é ao menos parcialmente inimigo?”. (JAKOBS, 2006a, p.295, tradução nossa³⁷¹).

Esta pergunta parece ter sido o principal impulso de toda a produção de Jakobs a

370 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 85.401, de relatoria do ministro Cezar Peluso, entendeu que “admite-se a *substituição* da internação por medida tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quanto manifesta a desnecessidade de internação”. Referida “desnecessidade de internação”, por óbvio, é constatada por meio de laudo médico, e se sobrepõe a texto literal de lei que diz que os crimes punidos com reclusão terão como medida de segurança equiparada a internação.

371 **No original:** *Wofür ist die Trennung der Person im Recht, des Bürgers, vom zumindest partiellen Feind wichtig?*. (JAKOBS, 2006a, p.295).

respeito do *Feindstrafrecht*. Em inúmeras oportunidades – algumas das quais já foram aqui expostas -, ele menciona o fato de que a não delimitação clara entre o âmbito de atuação do Direito de emergência ou exceção para o Direito “comum” poderia ter como consequência inúmeras injustiças, por exemplo, tratar-se um cidadão como inimigo. Assim, numa forma bem simplificada, a importância de deixar clara a situação com que se está trabalhando é evitar distorções na aplicação do Direito penal, o que é percebido normalmente como algo muito errado – talvez a maior injustiça que o sistema judicial possa cometer é encarcerar um inocente, ainda que se trate de uma prisão processual -, devendo, pois, ser evitado.

A diferença entre os dois modelos ideais – ideais no sentido de existirem de forma autônoma apenas em sua formulação teórica – começa pela função da sanção, e, com isso, seus limites e modos de aplicação. No caso do cidadão, como já foi suficientemente demonstrado, a finalidade da sanção está em reafirmar a validade da norma violada, demonstrando que as demais pessoas devem manter suas expectativas de que ela é o modelo de comportamento vigente, bem como demonstrar ao agente que seu comportamento contrário à norma não será admitido, devendo, também ele, voltar a comportar-se de acordo com o que é de todos esperado. Há, por fim, alguma expectativa de reparação do dano causado, mas que, do ponto de vista teórico, é tida como secundária pelos autores funcionalistas. No caso do *Feind* – o inimigo, aquele que não oferece segurança cognitiva quanto a seu próprio comportamento – o Direito penal, “especialmente aquele dirigido contra terroristas, tem antes a tarefa de garantir a segurança do que preservar a validade do Direito (...)”. (JAKOBS, 2006a, p.296, tradução nossa³⁷²).

No mesmo sentido, a explicação de Polaino-Orts (2006), quando afirma que a sanção do Direito penal tradicional tem caráter eminentemente comunicativo, mostrando ao cidadão autor do fato que seu projeto alternativo de sociedade não é aceito, restabelecendo desta forma a plenitude do ordenamento por ele violado. Já para o inimigo o Direito penal será primariamente um instrumento de combate a uma pessoa que se apresenta não como cidadão com um projeto alternativo de sociedade, mas como uma fonte de perigo à própria existência do Estado e da forma de organização de uma determinada sociedade. E continua:

A função da pena nestes casos há de ser sensível a dita perigosidade, e se encaminha

³⁷²**No original:** *Feindstrafrecht, insbesondere das gegen Terroristen gerichtete Strafrecht, hat eher die Aufgabe, Sicherheit zu gewährleisten, als Rechtsgeltung zu erhalten (...)*. (JAKOBS, 2006a, p.296).

primordialmente ao especial asseguramento tanto da Sociedade quanto das vítimas ou pessoas próximas. De tal modo, a pena não cumpre uma função de “comunicação”, mas de “luta” ou “eliminação de um perigo”. (POLAINO-ORTS, 2006, p.109, tradução nossa³⁷³).

Vê-se, então, que os limites das sanções no trato com o *Feind* (inimigo) são mais largos do que aqueles do trato com o cidadão, já que a tarefa que delas se espera em um e outro casos são bastante distintos. Mas quais são as características aptas a identificar um instituto ou uma lei como sendo de Direito penal comum - o *Bürgerstrafrecht* de Jakobs - ou como sendo de Direito penal de exceção - o *Feindstrafrecht* jakobsiano? Alguns exemplos já foram mencionados no início deste exposição, mas vale a pena aprofundar e discutir as implicações que tais institutos trazem.

Jakobs (2009) elenca alguns elementos característicos, por exemplo, a antecipação do momento punível do fato – por exemplo, tornar punível atos preparatórios, como a formação de quadrilha -, o aumento das sanções, a não distinção de quantidade de pena entre atos tentados e atos consumados e algumas medidas processuais, tais como atos sigilosos de investigação – como a infiltração de agentes e a interceptação telefônica – e a prisão preventiva.

Nesses casos, ele afirma, o indivíduo deixa de ser tratado como pessoa e passa a ser tratado como fonte de perigo, tanto que ou é isolado da sociedade, apesar da vigência do “princípio³⁷⁴” da presunção de inocência, ou é mantido longe das investigações de seus próprios atos, algo que seria incompatível com a ideia de cidadão, aquele que usufrui de seus direitos e suporta seus deveres.

Algo que talvez possa causar alguma confusão a quem conheceu Jakobs apenas através da literatura crítica a respeito dele, é que, quando se pensa nestas características que ele elenca como sendo típicas de um *Feindstrafrecht* – de forma que não poderiam ser utilizadas contra o *cidadão* -, percebe-se a presença de inúmeras delas na legislação penal de diversos países, inclusive na legislação penal brasileira. Logo, seguindo a motivação original

373 **No original:** *La función de la pena en estos supuestos ha de ser sensible a dicha peligrosidad, y se encamina primordialmente al especial aseguramiento, tanto de la Sociedad como de las víctimas o allegados. De tal modo, la pena no cumple una función de “comunicación”, sino de “lucha” o “eliminación de un peligro”.*

374 As aspas se justificam pelo intenso debate existente acerca de tal termo. Tomando a liberdade de desconsiderá-lo, utiliza-se o termo aqui no sentido mais comum e instintivo que adquiriu no debate jurídico brasileiro.

de Jakobs, qual seja, tornar os modelos mais claros, para que sejam utilizados apenas quando realmente necessários, ter-se-ia com o modelo jakobsiano de “Direito penal do cidadão” (*Bürgerstrafrecht*) um Direito penal muito mais afeito aos ideais garantistas do que o atual³⁷⁵. Não obstante, como se verá detalhadamente mais à frente, a leitura precipitada de fontes secundárias alimenta um preconceito que impede que tais conclusões, que são óbvias, se tornem mais conhecidas.

Miguel Polaino-Orts, assumido discípulo de Günther Jakobs, dá exemplos indicativos do que foi dito acima. Ao tratar das características do “Derecho penal del enemigo” ele indica aquilo que chamou de medidas de afastamento (*alejamiento*) e a elas se refere como “restrição física de direitos fundamentais”.

As diversas modalidades das medidas ou penas de afastamento podem ser classificadas em dois tipos: afastamento pessoal (integrado pela proibição de comunicação com a vítima, familiares e outras pessoas) e afastamento espacial (no qual cabe incluir as proibições de residir ou comparecer a determinados lugares, bem como a proibição de se aproximar das vítimas ou de outras pessoas). (POLAINO-ORTS, 2006, p.161, tradução nossa³⁷⁶).

Na continuação ele afirma expressamente que tais medidas são restrições físicas a direitos fundamentais, pois impõem limitações à liberdade de locomoção, à escolha de seu local de moradia, de trabalho, de liberdade de expressão, e até mesmo limita suas possibilidades de se relacionar com outras pessoas, o que indica, para Polaino-Orts, que se está considerando a periculosidade/ perigosidade e não a culpabilidade do indivíduo, que, portanto, deixou de ser tratado como cidadão.

Não é preciso muita pesquisa para identificar tais institutos na legislação penal brasileira. Boa parte deles estão presentes na lei de violência doméstica (11.340/06). Outros foram recentemente introduzidos no Código de Processo Penal como “novas” medidas

375(...) Tampouco se trata de negar que a concepção integral de Jakobs tem produzido, em várias ocasiões, construções dogmáticas com um alto potencial de redução de punibilidade e, portanto, possa ter servido para defender a Constituição colombiana frente ao expansionismo penal do poder executivo (...). (AMBOS, 2008, p.71).

376 **No original:** *Las diversas modalidades de las medidas o penas de alejamiento pueden clasificarse en dos tipos: alejamiento personal (integrado por la prohibición de comunicación con la víctima, familiares u otras personas) y alejamiento espacial (en el que cabe incluir las prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, así como la prohibición de acercamiento a las víctimas u otras personas).* (POLAINO-ORTS, 2006, p.161).

cautelares, a fim de evitar o encarceramento preventivo – que também existe no ordenamento alemão (*verbeugende Verwahrung*) e também é considerado medida típica do *Feindstrafrecht* por Jakobs. Ou seja, nosso legislador inovou o ordenamento penal e processual penal com algumas medidas citadas por Jakobs e seus seguidores como características de tratamento do *inimigo* – seja lá a definição que a ele se dê –, como modo de “suavizar” nosso sistema de persecução penal!

O diagnóstico de Polaino-Orts (2006) parece se aplicar com perfeição à nossa realidade. No caso da aplicação de tais medidas de afastamento, a justificativa é que “prevalece a necessidade de asseguramento cognitivo sobre a própria presunção de inocência do sujeito contra quem se dirigem (...)”. (POLAINO-ORTS, 2006, p.165, tradução nossa³⁷⁷). Em síntese, o tratamento penal de *não-pessoa* tornou-se a regra do sistema de persecução penal brasileiro.

Do ponto de vista da realidade do sistema de persecução penal brasileiro, o Direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) de Jakobs chega a ser utópico. Tratar-se-ia de um modelo penal em que, de fato, a única limitação a direitos fundamentais que a pessoa sofreria seria a limitação de sua liberdade de locomoção após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso, como se sabe, é um ideal muito distante da realidade brasileira.

Feita essa exposição inicial do modelo de Direito penal de Emergência proposto por Jakobs é preciso questionar se ele se apresenta como um modelo compatível com as exigências de um Estado Democrático de Direito. Em princípio a resposta parece ser positiva, ressalvada a necessidade de se sofisticarem os mecanismos de identificação do *cidadão* e do *não-pessoa*, pois de nada vale elaborar dois modelos teóricos bem definidos se não é possível identificar a quem deverão ser aplicados. Um caminho para melhor trabalhar este ponto é lidar com as críticas a ele direcionadas.

A primeira delas diz que ao se elaborar um Direito de exceção que tem como foco alguém definido como *inimigo*, Jakobs estaria construindo um Direito penal de Autor, o que seria um claro regresso em relação ao Direito penal pós-iluminismo.

No campo do Direito penal material, defende-se a ampliação da criminalização de condutas potencialmente perigosas e não factos e a criminalização incide sobre o autor e não sobre o *factum criminis* como pólo de acção penal, assim como, não

³⁷⁷No original: *prima la necesidad de aseguramiento cognitivo sobre la propia presunción de inocencia del sujeto contra quien se dirigen (...)*. (POLAINO-ORTS, 2006, p.165).

sendo o autor membro da comunidade, pode-se optar por leis penais com ameaça punitiva de maior intensidade. (VALENTE, 2010, p.93).

Esta é uma crítica recorrente. Günther Jakobs teria com sua proposta trazido de volta ao debate penal construções que punem alguém pelo que é, e não pelo que fez. E ao fazer isso, teria ele revivido aquela que é talvez a mais desastrosa construção penal moderna, o projeto de tratamento dos “estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*) de Edmund Mezger, que acabou lembrado pela história como o teórico penal do Nazismo³⁷⁸.

A leitura que aqui se faz destas construções levam a crer que elas – o *Feindstrafrecht* e o controle dos *Gemeinschaftsfremde* – são radicalmente distintas, sendo a de Mezger, de fato, um Direito penal do autor, o que não ocorre com a construção de Jakobs. Eis os motivos desta percepção. Para que um indivíduo seja percebido como *inimigo*, Jakobs afirma, como exaustivamente visto, que ele deve deixar de oferecer garantias cognitivas mínimas sobre seu comportamento, o que ocorrerá, diz ele, quando o indivíduo deixar de se comportar de acordo com o modelo de comportamento criado pelas normas e genericamente imposto. Isso quer dizer que ele não apenas deixou de agir de determinada maneira, mas também que passou a agir de modo a fazer-se percebido como fonte de perigo para a estabilidade do sistema social. Esta não parece ser uma posição fácil de ser atingida, exigindo de quem se proponha a isso considerável esforço e recursos materiais. Não basta uma simples declaração de ser contrário a tudo que está por aí. Se assim fosse, dever-se-iam assumir como *inimigos* inúmeros pensadores críticos do modo de vida e das instituições contemporâneas. Neste sentido destacam-se hoje em dia o filósofo esloveno Slavoj Žižek e o escritor uruguaio Eduardo Galeano. Por certo, nenhum deles é visto como uma fonte de perigos, mas como pessoas com projetos alternativos para a sociedade. Em síntese, apesar de a terminologia utilizada por Günther Jakobs remeter a um Direito penal de autor, as exigências por ele feitas para que alguém se enquadre em tal categoria afastam esta ideia, o que, como se sabe, não foi o que

378 Sobre Mezger afirma Muñoz Conde que ele “colaborou diretamente na elaboração de um dos engendros jurídicos mais repugnantes do regime nacional-socialista, no âmbito de um projeto de lei de tratamento dos ‘estranhos à comunidade’, para os quais propunha a internação em campos de concentração por tempo indefinido, sua esterilização para evitar uma herança indesejável, a castração dos delinquentes sexuais, incluindo entre eles os homossexuais, e, se a defesa da sociedade assim o requeresse, sua condenação à morte; e tudo isso sem limites nem garantias para além da simples decisão da polícia do regime nacional-socialista. (CONDE, 2010, p.97).

ocorreu no programa de Mezger, em que as pessoas foram perseguidas, internadas³⁷⁹ e mortas simplesmente por serem adeptas de determinadas religiões, ou por terem feito determinadas opções sexuais, ou por defender projetos de sociedade diferentes daqueles do nacional-socialismo. Elas foram punidas, de fato, por ser quem eram, pela sua “condução de vida”³⁸⁰. Esta primeira crítica, portanto, não merece prosperar.

Uma segunda crítica mais ou menos comum à proposta de Jakobs é que, somadas a abertura conceitual da ideia de inimigo com os exemplos que ele trouxe a respeito de crimes indicativos de um abandono permanente da fidelidade ao Direito, ter-se-ia um espectro de atuação tão amplo que indicaria a possibilidade de “se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detém o poder”. (CONDE, 2010, p.116).

Quanto a esta objeção, dois comentários são necessários. Primeiro é lembrar que os exemplos foram dados por Jakobs tendo por base o surgimento das chamadas “legislação de combate” no Direito penal alemão. O que ele fez foi simplesmente elencar os delitos para os quais o legislador daquele país criou leis especiais, que Jakobs compreende como típicas de um Direito penal de exceção, em razão da terminologia e das medidas adotadas. Por outro lado, e este é o segundo comentário, é preciso concordar com a ideia que parece estar por trás da crítica, qual seja, a de que faltou ao referido autor posicionar-se de forma crítica em relação à construção legislativa. No momento em que ele simplesmente enumerou os casos que receberam tratamento especial por parte do legislador alemão, transmitiu a impressão de concordar com a escolha feita, o que, por certo, não pode ser verdade, vez que nela estão englobados delitos que não necessariamente refletem o aspecto de falta de segurança cognitiva que a teoria proposta exige para a caracterização da *não-pessoa*. Basta que se pense em dois exemplos por ele dados para se compreender isso. Um deles foi a criminalidade econômica. Ora, se se pensar na legislação brasileira a esse respeito, logo vêm à mente os famosos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituições financeiras, constantes da lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Teriam

379A literatura a respeito dos campos de concentração alemães fala sempre em internos, e nunca em presos. Não foi possível até o fim deste projeto identificar o motivo do uso desta terminologia, todavia, parece razoável assumir que ocorreu justamente para diferenciar o que ali acontecia da realidade do sistema penal “tradicional”, em que as pessoas eram processadas, condenadas e presas, mais ou menos de acordo com os padrões do Direito penal “normal”.

380 Daí ser célebre hoje a teoria da “culpabilidade pela condução de vida”, de Mezger.

tais condutas delitivas a gravidade exigida por Jakobs para o conceito de *inimigo*? Em regra, não.

Por definição, a prática de tais condutas tem por finalidade a obtenção de um lucro que não seria viável se respeitadas todas as regras do jogo econômico. Em outras palavras, o agente busca atalhos para chegar a uma finalidade que não apenas é tolerada pela sociedade, mas é verdadeiramente incentivada. Assim sendo, por mais que tal escolha seja questionável, e deva ser reprimida em prol da confiabilidade das regras do mercado e do sistema de proteção da concorrência, não há na conduta do agente – no exemplo dado – uma ameaça à forma de organização da sociedade em que ele está. Pelo contrário, ele compactua com os ideais de tal sociedade, tanto que deseja aumentar seus ganhos, de forma a aproveitar mais os benefícios que esta mesma sociedade oferece a quem consegue ser mais lucrativo/ produtivo.

Por outro lado, é possível que um determinado agente, ou, o que seria mais provável, um grupo de agentes, realize a gestão fraudulenta de instituições financeiras tendo por finalidade abalar a confiança do “mercado” num determinado país, provocando com isso a saída do capital estrangeiro de lá, e com isso colocando em risco a continuidade da forma de organização econômica e social daquele lugar³⁸¹. Neste exemplo, o agente não visa maior lucro pessoal, mas sim a destruição da estrutura financeira de um determinado local. Neste caso, ao que parece, o agente deixou de compartilhar com os ideais daquela sociedade, e se comporta como uma fonte de perigo para ela. Uma análise mais detalhada, havendo mais informações disponíveis, poderia de fato acabar por indicar que tal agente preenche os requisitos para ser classificado como *inimigo*. O que importa, contudo, é notar que o primeiro exemplo, aquele em que o agente simplesmente almeja obter mais lucro, mostra-se muito mais plausível, muito mais realista. E nele, não há que se falar em abandono permanente do direito, ou postura contra a ordem social vigente. Não há nenhum requisito do conceito de *inimigo*.

Desta forma, já parece estar claro que a postura de Jakobs (2009), de elencar os exemplos abstratamente, sem discuti-los minimamente, como feito acima, foi uma escolha, no

381Um exemplo de que tal risco é relevante, embora não tenha se concretizado, é o famoso e pitoresco plano nazista de utilizar a singular capacidade que um *interno* do campo de concentração *Sachsenhausen* tinha de fabricar papel moeda para abalar o sistema financeiro inglês. O plano era inundar a economia britânica com notas falsas, desestabilizando-a ainda mais. Apesar do sucesso na falsificação das notas de libra esterlina – um exemplar fabricado pelo dito *interno* foi considerado “autêntico” numa avaliação feita pelo Banco da Inglaterra -, o plano nunca foi posto em prática, pois a Guerra terminou antes que isso pudesse ocorrer.

mínimo, questionável. E tal escolha é agravada pelo fato de que não foi um único exemplo.

Um outro caso que ele cita é o do tráfico de drogas. Pensando novamente a partir da legislação brasileira, é possível construir situações muito distintas. Como se sabe, o tipo penal do tráfico (artigo 33 da lei 11.343/06) abrange condutas muito distintas entre si, e que, a depender do tipo e da quantidade da substância em tela, tornam-se ainda mais diversas. Imagine em primeiro lugar, o típico traficante de maconha que vende ao consumidor final nas grandes cidades do país. Ele geralmente realiza dois verbos daquele tipo penal – *ter em depósito* e *vender* –, e manuseia quantidades que embora não sejam pequenas, também não são grandes. Ele supre uma demanda nos melhores moldes da economia de mercado, e, como é de conhecimento público, dada a cobertura que a mídia sempre dedicou a tais casos, utiliza a renda obtida com tal comércio para usufruir dos benefícios que “ter dinheiro” tem numa economia de mercado, tais como melhoria de sua qualidade de vida, acesso a bens de consumo não essenciais, acesso a formas de lazer mais sofisticadas etc. Em suma, não fosse a ilicitude do produto com o qual ele trabalha, ao invés de criminoso, ele seria chamado de “comerciante bem sucedido”.

Agora um exemplo distinto: o caso do americano radicado no México Edgar Valdés Villareal, conhecido como *La Barbie*. Como se tornou notório, também em razão da ampla cobertura pela mídia, Villareal tornou-se um dos chefes do chamado Cartel Beltrán Leyva, que disputava o controle do tráfico de drogas na região do Golfo do México, o que implica acesso direto aos Estados Unidos, grande mercado consumidor de drogas. A notoriedade do referido traficante se deu em razão da violência com que conduziu tal disputa, que, segundo se tem notícia³⁸², causou cerca de trinta mil mortes no México entre os anos de 2006 e 2010, com a peculiaridade de divulgar execuções de adversários por meio de vídeos distribuídos online.

Tal postura, é possível supor, causou considerável perda de confiança por parte da população local das instituições do Estado, além de demonstrar um abandono permanente do modelo de comportamento estabelecido pelas normas daquele país. Em relação a ele, assumir que, uma vez preso, responderia normalmente ao processo penal, e ao final, se condenado, cumpriria sua pena e retomaria sua condição de *pessoa*, ou seja, assumiria seus deveres e usufruiria de seus direitos, parece ser ingenuidade.

O que os dois exemplos acima pretendem demonstrar é, mais uma vez, que o ato de

382 Tais informações são da agência Reuters e estão amplamente divulgadas na mídia online.

elencar os exemplos sem questioná-los minimamente não parece ter sido a melhor opção de Jakobs, de um ponto de vista metodológico. Simplesmente citar “criminalidade econômica” e “tráfico de drogas”, como fez, representa uma análise simplificada ou simplista num nível incompatível com o tema discutido.

Por outro lado, seria possível defender a posição de Jakobs dizendo que, em princípio, todo o texto em que tais exemplos aparecem tem viés crítico-descritivo, de forma que, considerando-o globalmente, havia já uma crítica à escolha feita pelo legislador. Isso parece ser verdade, todavia, permite que leituras descontextualizadas façam o leitor menos atento crer que ele, Jakobs, concorda integralmente com a opção do legislador, o que, ao final, termina por indicar uma falha no método por ele escolhido. Em Direito, em especial em Direito penal, seja ele “normal” ou de “exceção”, toda simplificação é perigosa.

Uma série de críticas muito mais árduas foram feitas por Kai Ambos (2007; 2008). A primeira delas consiste na afirmação de que “no sistema de Jakobs, não existe o conceito de dignidade humana, nem tampouco se reconhece ao homem em sua individualidade, como pessoa independente do grupo e do sistema”. (AMBOS, 2008, p.67). Em seguida ele ainda assevera que “o homem não é protegido em razão de um próprio direito por sua condição humana, senão como membro útil do grupo ou da sociedade, resultando, em definitivo, instrumentalizado e desindividualizado”. (AMBOS, 2008, p.68).

A crítica acima é das mais previsíveis, por tratar-se da transferência para a proposta jakobsiana das críticas feitas à não existência do conceito de *pessoa* na teoria dos sistemas de Luhmann. Apesar da previsibilidade, há de se reconhecer que é uma crítica incômoda, pois, após a desvalorização da condição humana presenciada nos campos de concentração nazistas, qualquer concepção penal que aparente não se erigir a partir da ideia de dignidade humana causa algum mal estar.

Desta feita, embora a objeção feita por Kai Ambos seja difícil de ser questionada, é possível fazer uma leitura diversa da que ele fez e, com isso, defender a construção de Jakobs. Isso se torna viável retomando a ideia de que, numa concepção sistêmica, as análises só se tornam possíveis quando os cortes feitos viabilizam um “isolamento” de cada sistema. Vale desde logo lembrar que a repartição do mundo em sistemas não significa – em absoluto - que eles são estanques e incomunicáveis. Disso resulta que lidar com a ideia de “dignidade humana”, neste contexto, torna-se uma tarefa bastante complexa, uma vez que ela traz em si

um conteúdo que perpassa diversos sistemas sociais, tais como o jurídico, o político, o econômico etc.

É preciso ainda destacar que, quando Jakobs diz que é preciso garantir, sempre, ao agente a possibilidade de retornar à condição de *cidadão*, ele tenta garantir que um espaço de autonomia seja sempre preservado, e que este é um dos momentos em que fica claro que sua teoria observa o ser humano apenas enquanto é parte de um grupo social. Afinal, a liberdade de entrar e sair do grupo deve ser protegida pelo Direito, inclusive, ou principalmente, quando ele tenha optado por se colocar à margem do grupo ao qual pertencia. Jakobs é categórico – e isso já foi exposto anteriormente – ao afirmar que esta autonomia do sujeito deve ser sempre garantida, sob o risco de se atingir as próprias bases do Estado de Direito.

De toda forma, este é outro item no qual as escolhas metodológicas de Jakobs são questionáveis, especialmente se se tomar em consideração a carga histórica que a ideia de dignidade tem, em especial quando se está lendo uma produção jurídica alemã posterior à II Guerra.

Outra interessante objeção de Ambos (2007) diz respeito aos efeitos que a distinção cidadão-inimigo pode ter no trato com o estrangeiro.

No plano da política social prática a agrupação cidadão/ inimigo conduz a um incremento na pressão sobre os grupos sociais que de todas as maneiras têm que lutar contra sua marginalização, como por exemplo os imigrantes (...). Se a pena tem de confirmar a identidade cultural dominante – sem ter em conta a realidade multicultural das modernas sociedades industriais que, certamente, exclui uma base cultural homogênea para o direito penal -, então o imigrante que permanece em seu próprio ambiente cultural não pode oferecer a necessária segurança cognitiva para estar seguro de sua fidelidade ao direito. (AMBOS, 2007, p.32-33, tradução nossa³⁸³).

A objeção acima reproduzida pode ser um risco real se se entende, de fato, que o Direito penal ou qualquer subsistema jurídico exige homogeneidade cultural. Um outro ponto a se discutir é se a proteção à identidade cultural é uma demanda feita ao sistema jurídico.

383Na versão em espanhol consultada: *En el plano de la política social práctica la agrupación ciudadano/ enemigo conduce a un incremento en la presión sobre los grupos sociales que de todas maneras tienen que luchar contra su marginalización, como por ejemplo los inmigrantes (...). Se la pena tiene que confirmar la identidad de la cultura dominante – sin tener en cuenta la realidad multicultural de las modernas sociedades industriales que, ciertamente, excluye una base cultural homogénea para el derecho penal -, entonces el emigrante que permanece en su propio entorno cultural no puede ofrecer la necesaria seguridad cognitiva para estar seguro de su fidelidad al derecho.* (AMBOS, 2007, p.32-33).

Quanto à ideia da homogeneidade cultural, a opinião que aqui se defende é que ela não apenas não é necessária, como também deve ser fragilizada em prol da diversidade. A multiculturalidade – e essa é uma opinião formada a partir da realidade brasileira – parece ter como resultado um nível de tolerância e de reconhecimento do outro muito elevado, cuja consequência é a retirada da proteção da identidade cultural do rol de demandas feitas ao sistema jurídico. Uma vez assentada, a pluralidade de culturas num mesmo espaço parece ter como efeito a percepção da igualdade na diversidade, ou seja, a percepção de que cada um deve reconhecer o outro com suas peculiaridades a fim de também ser pelo outro reconhecido.

Quanto a demandar ao sistema jurídico a proteção da identidade cultural, é possível argumentar que isso, numa perspectiva sistêmica, deve ocorrer tão-somente na medida em que o próprio sistema jurídico seja um dos traços desta identidade cultural. Ou seja, é natural que tal demanda exista quando um grupo novo tente manter tradições que se choquem com a ordem jurídica vigente. Se se imaginar o caso de um grupo social oriundo de uma cultura em que ainda hoje perdure a total subordinação das mulheres aos homens, uma vez que membros de tal grupo se mudem para países com a realidade cultural do ocidente, será natural que a tentativa de manter suas práticas de submissão feminina sejam submetidas ao sistema jurídico. Certamente é um caso excepcional, pois, em regra, o sistema cultural também tem seus próprios mecanismos de proteção e de operação.

Desta feita, afirmar que o estrangeiro que mantém seus costumes, só por isso não oferece a necessária segurança cognitiva a respeito de seu comportamento parece ser mera especulação, sem muitos exemplos reais para lhe dar o mínimo de credibilidade.

Uma outra crítica, também feita pelo professor titular de Direito penal da Universidade de Göttingen – Kai Ambos (2007) – é no sentido de que ao considerar alguém como *inimigo*, a consequência seria retirar dele todo o tratamento jurídico.

Todavia, ainda que se compartilhe com Jakobs a ideia de que o homem é um animal perigoso e incontrolável, tratá-lo como um inimigo pressupõe que já não é um ser humano, senão apenas um animal – precisamente uma não-pessoa – e, como tal, não merece tratamento jurídico algum. (AMBOS, 2007, p.39, tradução nossa³⁸⁴).

384Na versão em espanhol consultada: *Sin embargo, aunque se comparta con Jakobs la idea de que el hombre es un animal peligroso e incontrolable, tratarle como un enemigo presupone que ya no es un ser humano, sino sólo un animal – precisamente una “no-persona” - y, como tal, no se merece tratamiento jurídico alguno.* (AMBOS, 2007, p.39).

Esta é uma crítica que não merece crédito. Isto porque o conceito de não-pessoa, como se viu, não tem por significado a retirada da “humanidade” de ninguém. Como se viu, o conceito de *pessoa* em Jakobs é estritamente jurídico – alguém que usufrui de direitos e assume deveres -, de forma que seu oposto é apenas alguém que não realiza tais pressupostos, mas que, como já exposto textualmente, tem sempre a possibilidade de optar por reassumir tal condição, o que, por certo, não existe com um animal.

Ademais, quando Ambos equipara a *não-pessoa* a um animal, dá a entender estar equiparando-a ao *homo sacer*, ser humano excluído do Direito, o que não é, em absoluto, parte da construção jakobsiana.

Direito Penal do Inimigo não é mesmo um livro de normas para a aniquilação sem fronteiras, mas sim, num Estado de Direito prudentemente manejado, uma *ultima ratio* a ser aplicada como exceção consciente, como algo que não é bom ser usado de forma duradoura. (JAKOBS, 2006a, p.294, tradução nossa³⁸⁵).

Em outras palavras, o *Feindstrafrecht* traduz a opção pela juridicização de situações limites, e isso significa que apesar de se tratar de situações excepcionais, faz-se a opção por mantê-las, ainda que com alguma flexibilização, dentro do Direito, com tudo que isso significa.

Outra crítica de Kai Ambos (2007) a Jakobs diz respeito à função legitimadora que a proposta dele possa ter, em especial em países com democracias menos consolidadas que as europeias.

Algumas expressões em particular de Jakobs fomentam que surja a dúvida a respeito de se ele é consciente do peso de suas palavras, e se, de fato, se esforça para não converter-se em um “provedor de personalidades autoritárias”, ou em não ser mal interpretado como tal. (AMBOS, 2007, p.44, tradução nossa³⁸⁶).

385No original: *Feindstrafrecht ist eben kein Regelwerk zur grenzenlosen Vernichtung, sondern ist im klug verwalteten Rechtsstaat eine “ultima ratio”, die bewußtals Ausnahme angewandt wird, als etwas, das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt.* (JAKOBS, 2006a, p.294).

386Na versão em espanhol consultada: *Algunas expresiones en particular de Jakobs fomentan que surja la duda respecto de si él es consciente del peso de sus palabras, y si, de hecho, se esfuerza en no convertirse a sí mismo en un “proveedor de personalidades autoritarias” o en no ser malinterpretado como tal.* (AMBOS, 2007, p.44).

Esta posição a respeito de Jakobs precisa ser bem contextualizada para ter alguma razão de ser. Se se considera que ela se refere ao fato de ele não trabalhar de forma mais detida nos exemplos que busca nas leis de combate alemãs, ou não lida de forma suficiente com a ideia da dignidade humana, tal crítica pode ser considerada válida. Como já dito, seria metodologicamente mais salutar que tais cuidados fossem tomados.

Por outro lado, Kai Ambos não fez tal contextualização, de forma que a apreciação por ele feita corre o risco de ser interpretada como um ataque geral à postura de Jakobs enquanto cientista do Direito. Neste caso, aceitá-la torna-se tarefa mais difícil, pois exigir de alguém que se esforce para não ser mal interpretado, especialmente numa realidade em que os textos estão disponíveis para quem quiser ler, não parece ser uma exigência razoável. Quem utilizar seus conceitos sem contextualizá-los afim de legitimar uma “personalidade autoritária” deve, por si mesmo, ser responsabilizado por isso. Responsabilizar o autor pela má interpretação de sua obra parece equivaler a responsabilizar os autores dos textos religiosos pelas guerras santas para os quais eles foram utilizados como fundamento. E isto é simplesmente errado.

Eugenio Zaffaroni (2010) elenca algumas críticas à introdução da categoria do *inimigo* no debate penal, sem, contudo, identificá-las em sua totalidade com a proposta de Jakobs. Todavia, como há alguma referência ao catedrático de Bonn, parece ser razoável estabelecer um diálogo também com Zaffaroni, no mínimo porque seus argumentos contra a introdução de tal categoria podem ser úteis à elaboração de um modelo de Direito penal de emergência compatível com uma democracia radical.

A primeira colocação de Zaffaroni que merece atenção é a que diz que “se além dos cidadãos existem inimigos é porque há guerra, e em tal caso não se pode admitir nenhuma resistência ao soberano e, por fim, não se pode impor-lhes limitações na individualização e contenção dos inimigos”. (ZAFFARONI, 2010, p.242).

O primeiro ponto deste argumento mostra-se em alguma medida compatível com os motivos que levaram Jakobs a iniciar a (re)elaboração de um Direito penal excepcional. A categoria do *inimigo* apresenta-se não como uma construção abstrata, mas como consequência do surgimento de uma “legislação de combate”. Parece ser razoável dizer que há compatibilidade entre ambas as posições.

O problema surge, contudo, quando Zaffaroni afirma que, havendo guerra, não se pode

limitar o soberano em sua tarefa de combater os inimigos. Este argumento decorre da concepção schmittiana, que sustenta que a questão sob análise está na esfera do político. Como visto anteriormente, a posição de Schmitt, apesar de trazer em si uma força argumentativa considerável, não parece ser a mais adequada no atual contexto das democracias constitucionais. Foi visto que ainda no século XIX a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, decidiu que não há poder fora da Constituição, e esta parece ser a postura mais razoável, até porque ela funciona como limite ao Direito penal, seja ele “normal” ou “excepcional”.

Outra crítica levantada por Zaffaroni (2010) é que tal estrutura jurídica é incompatível com uma situação de normalidade constitucional. Segundo ele, “se existem inimigos e guerra permanente, o único modelo de estado possível é o estado absoluto”. (ZAFFARONI, 2010, p.242).

A colocação acima precisaria ter sido melhor explicada, pois, como foi feita, não se sustenta. E é possível afirmar que não se sustenta, pois a segunda metade do século XX e os dias atuais conhecem casos de Estados que se encontram em guerra permanente e que, ainda assim, não podem ser classificados de “absolutos”. Quanto a isso, os exemplos mais emblemáticos são o caso de Israel e o das Coreias. Ademais, a utilização do termo “guerra” em algumas legislações e, principalmente, políticas criminais parecem decorrer mais de uma força de expressão do que propriamente uma equivalência de tais situações a uma “guerra”, no sentido tradicional do termo. Ao invés de indicar uma situação de anormalidade constitucional, indicam em verdade que tais situações demandam um esforço considerável para seu controle.

Uma terceira objeção feita pelo catedrático da Universidade de Buenos Aires diz que “admitida a existência de inimigos e *guerra* em forma permanente, as limitações do Estado de Direito são um obstáculo para a eficaz neutralização destes”. (ZAFFARONI, 2010, p.242).

Quanto a esta colocação, a única conclusão é que Zaffaroni já não tinha em mente a proposta de Jakobs, mas sim alguma versão mais radical de Direito penal de exceção – talvez o modelo Mezger -, pois Jakobs (2009) é bastante taxativo ao dizer que as relativizações das garantias do sistema de persecução penal são possíveis, mas tem como limites a configuração do Estado de Direito. Desta forma, ditas limitações não são um impedimento à ação repressiva, mas sua condição de possibilidade.

Claus Roxin (2012) foca sua crítica na ideia de que a função do Direito Penal é a proteção da expectativa de vigência das normas. Segundo ele, mesmo quando a confiança no sistema normativo é abalada, não é este o aspecto mais relevante.

Mesmo quando os delitos são aptos a desestabilizar a confiança normativa dos cidadãos, os danos jurídico-penalmente relevantes não residem na insegurança (*Verunsicherung*) dos cidadãos, mas sim no concreto prejuízo à vítima e a seu bem jurídico penalmente protegido: isto é, na destruição da vida humana ou na lesão à integridade corporal, do direito à autodeterminação sexual, na propriedade etc. (ROXIN, 2012, p.16, tradução nossa³⁸⁷).

A primeira objeção a ser feita é o fato de Roxin partir da tradicional teoria do bem jurídico. Trata-se de posicionamento incompatível não apenas com o funcionalismo sistêmico, mas com a própria realidade heterogênea das sociedades ocidentais. O segundo ponto é que, se o que importa é o concreto prejuízo da vítima, é razoável pensar numa drástica redução do âmbito de atuação do Direito penal. Ou seja, o sistema penal ficaria incumbido apenas daqueles casos que modificam o *status quo* de um modo tal que não é possível sua reforma através de outros ramos do Direito. Assim, crimes patrimoniais em geral não deveriam ser objeto do Direito penal, vez que o *status quo ante* pode ser restabelecido por meio de indenização civil ou reparação de dano. O mesmo vale para crimes financeiros, tributários etc. Estas consequências da crítica roxiniana não são aceitáveis. Pelo menos não ainda.

Uma outra possibilidade de refutação de tal crítica é que ela dá relevo excessivo aos direitos da vítima. Em verdade, se os sistemas penais fossem tão centrados na vítima, o Estado, provavelmente, se colocaria em uma posição menos ativa, e tornaria de ação penal privada todos aqueles fatos que, segundo a concepção defendida, interessam muito mais à vítima do que ao próprio Estado. Todavia, mesmo em crimes patrimoniais não violentos o Estado chama para si a responsabilidade de promover a responsabilização criminal. Uma inferência possível a partir deste dado é que o fato de o Estado colocar-se, sempre, na posição de sujeito passivo formal, indica que a ele importa mais o fato de suas leis terem sido desrespeitadas do que o “concreto prejuízo da vítima”.

³⁸⁷Na versão espanhola consultada: *Incluso cuando los delitos son idóneos para desestabilizar la confianza normativa de los ciudadanos, los daños jurídico-penalmente relevantes no residen en el desconcierto (Verunsicherung) de los ciudadanos, sino en el concreto perjuicio a la víctima y a su bien jurídico-penalmente protegido: esto es, en la destrucción de la vida humana o en la lesión a la integridad corporal, del derecho a la autodeterminación sexual, en la propiedad, etc.* (ROXIN, 2012, p.16).

Outro questionamento recorrente em relação à ideia do *inimigo* diz respeito à sua identificação enquanto tal. Alejandro Aponte (2007), por exemplo, afirma que isto é sempre uma decisão política, de forma que identificar como *inimigo* aquele que se comporta como tal é uma ingenuidade.

Em virtude das decisões que se tomam no contexto dos estados de exceção, em virtude da lógica das normas de emergência dirigidas contra atores específicos, se pode concluir o seguinte: o inimigo sempre é um inimigo construído. Há sempre uma decisão sobre a inimizade e sobre o inimigo. (APONTE, 2007, p.19, tradução nossa³⁸⁸).

Quanto a ser uma construção, que se consolida por uma decisão política, não há que se discordar. O que não se pode aceitar é que tal crítica seja feita à proposta de Jakobs como se o Direito penal tradicional vigente na maioria do ocidente não padecesse do mesmo mal. Baratta (2004), em sua celebrada obra de Criminologia Crítica, já apontava para os mecanismos de seletividade do sistema penal.

O caráter complementar das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo sistema penal responde à exigência de reproduzir e assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social. Esta realidade manifesta-se com uma distribuição desigual dos recursos e dos benefícios, em correspondência com uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve espaços consistentes de subdesenvolvimento e marginalização. (BARATTA, 2004, p.179, tradução nossa³⁸⁹).

É natural que as construções do sistema jurídico sejam, em último caso, decisões políticas, afinal, consolidadas por meio de leis – por definição, ato legislativo típico, de uma instituição política por definição. Desta feita, não é preciso muito esforço para perceber a seletividade do sistema penal tradicional. Basta pensar, considerando a legislação penal

388No original: *En virtud de las decisiones que se toman en el contexto de los estados de excepción, en virtud de la lógica de las normas de emergencia dirigidas contra actores específicos, se puede concluir lo siguiente: el enemigo siempre es un enemigo construido. Hay siempre una decisión sobre la enemistad y sobre el enemigo.* (APONTE, 2007, p. 19).

389Na versão em espanhol consultada: *El carácter complementario de las funciones ejercidas por el sistema escolar y por el penal responde a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, de conservar la realidad social. Esta realidad se manifiesta con una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, en correspondencia con una estratificación en cuyo fondo la sociedad capitalista desarrollaría zonas consistentes de subdesarrollo y de marginación.* (BARATTA, 2004, p.179).

brasileira, no fato de que, o agente que comete um furto e posteriormente devolve o bem subtraído tem sua pena atenuada, enquanto o agente que sonega tributos, e posteriormente paga o valor sonegado, tem extinta sua punibilidade!

Aponte (2007) também recoloca a discussão quanto aos limites entre o jurídico e o político, afirmando expressamente que a prática do Direito penal do inimigo é política. “As respostas de como opera na prática o direito penal do inimigo como direito penal político de emergência não estão dadas pela dogmática penal”, e conclui que “abordar um modelo de reação punitiva a partir de categorias dogmáticas é uma operação falida”. (APONTE, 2007, p.21, tradução nossa³⁹⁰).

A opinião acima parece ser justamente um dos pontos que Jakobs pretendeu resolver com sua proposta. Como visto, a motivação inicial da retomada da discussão sobre um Direito penal de exceção foi a constatação de ele estar se desenvolvendo sem um correspondente debate por parte dos pensadores e dos operadores do Direito. Neste quadro, em que a elaboração deste Direito de emergência fica inteiramente a cargo do legislador, os riscos envolvidos são maiores, pois há uma tendência ao não desenvolvimento de medidas compensatórias correspondentes. A retomada da discussão, porém, ao conscientizar o mundo jurídico do movimento que estava ocorrendo, permitiu-lhe pensar também em mecanismos de garantia do próprio Estado de Direito, que pode ser posto em risco não só por ações criminosas, mas também por uma legislação penal expansionista inconsequente e populista.

É provável que a concepção de Alejandro Aponte tenha relação com a realidade jurídica e institucional colombiana, na qual ele se encontra. Desta forma, embora ela possa ser válida naquele contexto, não parece ser razoável que ela seja posta como um ponto fraco da construção de Jakobs abstratamente considerada.

Uma última crítica de Aponte (2007) merece ser integralmente reproduzida:

Esta é precisamente outra das características do direito penal político de emergência, enquanto direito penal de inimigo: como não consegue resolver de maneira efetiva nenhum problema grave, a resposta ante à desilusão social é a emissão de mais e mais normas. Estas se reproduzem e se legitimam de uma maneira simbólica, autodiscursiva; se afirmam sobre si mesmas, sem nenhum efeito social. (APONTE,

³⁹⁰**No original:** *las respuestas a cómo opera en la práctica el derecho penal del enemigo como derecho penal político de la emergencia, no están dadas por la dogmática penal. (...) Abordar un modelo de reacción punitiva eminentemente político, a partir de categorías dogmáticas, es una operación fallida.* (APONTE, 2007, p.21).

2007, p.25, tradução nossa³⁹¹).

Esta objeção parece se dirigir mais à situação de fato, atingindo a construção jakobsiana apenas de maneira reflexa. É preciso considerar suas partes isoladamente, a fim de tecer sobre ela uma análise válida. O primeiro ponto a ser debatido é a questão da emissão de mais e mais normas como resposta ao próprio fracasso. Tal afirmação diz respeito a um fenômeno facilmente verificável, e que pode ser constatado mesmo onde não exista uma adoção explícita ou implícita ao modelo de Jakobs. Trata-se, em verdade, do modelo de expansionismo penal que foi objeto de análise anterior, a partir da obra de Jesus-Maria Silva Sánchez. Cabe perguntar, contudo, se este diagnóstico pode consolidar-se também se se fizer a adoção do modelo proposto por Jakobs. A resposta tende a ser positiva, afinal, enquanto a categoria de *não-pessoa* não estiver bastante sólida, estar-se-ia elaborando uma legislação de combate, sem saber o que exatamente deve ser combatido.

Quanto à segunda parte, no que diz respeito à falta de confirmação social dos efeitos, é preciso considerar que tal crítica se aplica integralmente ao Direito penal tradicional. Como visto em capítulo específico, o completo distanciamento entre os objetivos/ funções do Direito penal e a realidade de sua aplicação é o motivo principal de se propor novas formas de se pensar tal ramo do Direito. Assim, enquanto não exista um Estado que faça abertamente a distinção de modelos proposta por Jakobs, esta crítica é correta em relação ao Direito penal “normal”, mas tem um forte caráter especulativo quanto à teoria jakobsiana. Não obstante, ela deve funcionar como um alerta permanente de que a efetividade é uma questão central, não podendo ser relegada a um segundo plano nem por um único momento.

Retomando o tema da caracterização de alguém como pessoa ou *não-pessoa*, uma análise que precisa ser considerada é a de Luis Gracia Martín (2009), que considera toda a construção jakobsiana equivocada, e entende que todo o sistema jurídico deve respeitar o homem enquanto tal. Segundo ele, não se trata de uma construção normativa como quer Jakobs, mas sim de uma estrutura ontológica.

391 **No original:** *Ésta es precisamente otra de las características del derecho penal político de emergencia, en tanto derecho penal de enemigo: como no alcanza a resolver de manera efectiva ningún problema grave, la respuesta ante la desilusión social, es la emisión de más y más normas. Éstas se reproducen y se legitiman de una manera simbólica, autodiscursiva; se afirman sobre sí mismas, sin ningún efecto social.* (APONTE, 2007, p.25).

A estrutura ontológica do ser humano, que necessariamente deve ser respeitada pelo Direito, é constituída por tudo o que fundamenta a *dignidade humana*. Esta, evidentemente, não é um produto nem o resultado de nenhuma construção normativa, mas é algo de que é portador em si mesmo *todo* homem, pelo mero fato de existir. (MARTÍN, 2009, p.358).

Esta dita estrutura ontológica do ser humano seria, na concepção de Martín, impossibilitadora de se trabalhar o conceito de *pessoa* e *não-pessoa*, o que significa, também, a impossibilidade de se fazer a distinção entre *cidadão* e *inimigo*. Em outro momento, e corroborando tal posição, ele afirma que

Se uma normativa tem por objeto condutas humanas, só será possível reconhecer-lhe o caráter de *Direito* caso a mesma respeite a estrutura lógico-objetiva fundamental que impõe a concepção do homem como pessoa responsável, pois se a viola, já não poderá ser compreendida como *Direito*, mas apenas como um mero e puro dispositivo de força e coação. (MARTÍN, 2009, p.357).

A argumentação de Martín é lastreada em diversos pensadores e tem considerável força argumentativa, mas, antes de qualquer consideração, padece de um mal comum aos adversários da construção funcionalista sistêmica, qual seja, parte de premissas finalistas. Quanto a este ponto, como ele já foi objeto de discussão anterior, não se tecerá aqui mais nenhuma consideração, para evitar a redundância.

Quanto à questão da concepção ontológica do ser humano, aqui não se discute que, de fato, a *dignidade humana* não é uma atribuição conferida pelo Direito a quem se comporte de uma ou outra maneira, mas sim algo inerente, tanto que manifestada adesão à crítica de que faltou a Jakobs mais dedicação a este ponto. Todavia, dizer que ela é impeditiva da distinção entre *pessoa* e *não-pessoa* é simplesmente errado. O fato de existir uma ideia ontológica de ser humano não impede que um determinado subsistema construa um conceito peculiar. A particularidade de todo o funcionalismo é justamente essa! Sua construção inicia-se com o abandono do conceito ontológico de *ação*, e a concomitante elaboração de um conceito funcionalista de *ação*, já que percebido que o conceito natural não era o mais adequado ao Direito penal, por não permitir a mais correta utilização deste ramo do Direito. Isso não

significou que a ideia ontológica descartada pelo funcionalismo tenha deixado de existir, ou, o que faz mais sentido, não significa que um funcionalista negue tal conceito. O que se fez foi apenas elaborar um conceito mais adequado ao modo de funcionamento de um determinado subsistema do Direito.

A mesma coisa ocorre com o conceito de pessoa, ou de ser humano. Não se nega que todas as concepções defendidas por Martín possam ser aceitas. O que se faz é simplesmente elaborar uma outra, que permite a utilização mais adequada de uma proposta de Direito penal de exceção, entendida por mais adequada a aplicação conscientemente dirigida a quem preencha determinados requisitos, e não, como amplamente demonstrado, a qualquer um que eventualmente realize uma conduta que se encaixe num tipo penal de uma lei de combate qualquer.

Ademais, Martín, ao insistir na impossibilidade de qualquer diferenciação em razão da estrutura ontológica do ser humano, parece desconsiderar a hoje já velha advertência de Hannah Arendt (2004) no sentido de que não basta afirmar a *dignidade humana*, é preciso construir meios efetivos de proteção. Quanto a este ponto, mais uma vez se adere à posição realista de Jakobs:

(...) quem não reconhece senão o Estado de Direito – *sit venia verbo* – do bom tempo constante induz o Estado real a camuflar exceções incontestavelmente necessárias a sua sobrevivência na forma de regras, obscurecendo, assim, o que é realmente regra e o que é exceção; formulando-se de outra forma, o Estado de Direito imperfeito apresenta-se como perfeito através do uso ideológico do termo. (JAKOBS, 2009a, p.68).

A segunda objeção, no sentido de que só é possível reconhecer o Direito se este considera o homem como pessoa responsável, parece fruto de um desconhecimento da estrutura sistêmica por trás do pensamento de Jakobs. No momento em que se percebesse que determinado indivíduo, por qualquer dos motivos que o Direito reconhece, não é responsável por seu ato, restará tal ato privado de sua relevância comunicativa, com todas as consequências já exaustivamente discutidas que isto tem para uma sociedade que “é comunicação”. Em síntese, Martín (2009) parece entender que a proposta de Jakobs reduz as exigências de imputação para alguém considerado *não-pessoa*, mas o que ocorre é justamente o oposto. Por se tratar de um setor mais severo, existem mais garantias no âmbito da

imputação da conduta do que as que constam no *Bürgerstrafrecht*.

Não obstante, não há como discordar do fato de que, como visto, a terminologia da proposta tem permitido que diversas interpretações, algumas – talvez a maioria – distantes da proposta original de Jakobs, e que, como alerta Alexandre Morais da Rosa (2009), por vezes tem sido utilizada como justificação teórica para um “vale tudo” jurídico a fim de proteger a “bondade dos bons”.

Ler o *Feindstrafrecht* sem considerar toda a teoria funcionalista do delito – afinal, Jakobs é funcionalista em tempo integral, e não apenas quando lhe convém – tende a ter por consequência justamente uma compreensão que é, no mínimo inadequada. Ademais, quando adeptos como Lesch equiparam o conceito de *não-pessoa* a um “animal” (MARTÍN, 2009), eles prestam um desserviço à proposta, ao contrário, vez que tal terminologia é linguisticamente inadequada, tecnicamente reprovável e juridicamente irrelevante.

Superadas as deficiências e lacunas que existem na proposta jakobsiana, ao fim mostra-se viável ou talvez mesmo necessária a elaboração de um Direito penal de emergência garantidor da continuidade democrática. É preciso traçar limites, seja para a atuação do sistema penal – que quanto mais rígido nas sanções, mais rígido deve ser nas regras de imputação -, seja para a atuação dos indivíduos, que, como diz Martín (2009) devem ser livres para, querendo, colocarem-se à margem da sociedade, mas, em situações limítrofes devem ser tutelados pelo Direito, a fim de não excluir destes mesmos direitos os demais membros de uma sociedade.

A grande mudança que deve ser percebida é que o Direito Penal de matriz funcionalista não compartilha com o Direito penal liberal (e finalista) a ideia de ser apenas um muro de contenção da ação punitiva do Estado, mas passa a ser, também, instrumento de política criminal, tendo a difícil tarefa de se manter equilibrado entre estas duas perspectivas.

6.3. Exceção, regras e democracia radical: condições de possibilidade e zonas cinzentas

A identificação de situações de exceção e suas correspondentes respostas penais não é nenhuma novidade. Não obstante, o que boa parte dos pensadores tem feito a respeito é

estabelecer críticas indicando como um Direito de emergência é uma violação e uma ameaça ao modelo de legalidade penal liberal que está delineado na maioria das Constituições do ocidente. Neste sentido, de forma bastante eloquente, manifesta-se Luigi Ferrajoli:

(...) Esta concessão da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*: a salvaguarda ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do “direito de emergência” (*Grundnorm*), a lei suprema impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação. (FERRAJOLI, 2006, p.747).

Como se percebe, em boa medida um dos grandes problemas nas construções de direito de emergência é a prevalência do aspecto político sobre o jurídico. Dito de outra forma, percebe-se que tais construções frequentemente foram/ são utilizadas como forma de legitimação de uma atuação do Estado pautada fundamentalmente em razões políticas, mas que necessitam de uma chancela do sistema jurídico a fim de aparentarem obedecer aos critérios de legitimidade do Estado de Direito contemporâneo. A compatibilização entre a ação motivada pela *razão de Estado* e a ação de Estado subordinada ao “Estado de Direito” não é, *a priori*, possível³⁹². Desta feita, não estando consolidado o “Estado de Direito”, elaborar um Direito de emergência mostra-se, de fato, uma ameaça ao seu processo de concretização.

Isto considerado, é preciso estar claro que a perspectiva aqui adotada parte de um ponto bastante diverso, qual seja, o de que a elaboração de um Direito de emergência só se legitima se se mostra apta à contribuir para a consolidação do Estado de direito contemporâneo, com todas as implicações que o conceito tem hoje.

O aspecto mais elementar na elaboração de um Direito de emergência adequado a um

³⁹²Compreende-se a contradição entre a “razão de Estado” assim entendida e o “Estado de direito”. O critério regulador da primeira é a subordinação dos “meios”, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos “fins” políticos cuja formulação está ligada, real ou historicamente, à pessoa do soberano ou a qualquer dos titulares do poder estatal; o princípio guia do segundo é, ao invés, a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados mas vinculados pela lei. (FERRAJOLI, 2006, p.752).

Estado de Direito, com toda a carga que tal expressão tem nos dias de hoje, é o conceito de *dignidade humana*, cuja importância pode ser auferida no texto do artigo primeiro, inciso terceiro da Constituição brasileira, que diz ser ela – a dignidade humana – fundamento da República, ou no artigo primeiro da Constituição alemã, que diz que ela é inviolável, e sua observância e proteção é dever de todos os poderes do Estado³⁹³.

O que se propõe aqui não é definir o conteúdo jurídico de tal preceito, mas sim tentar identificar os limites que ele impõe ao desenvolvimento do Direito de emergência, entendido este como a regulação jurídica de casos extremos a ponto de haver dúvida quanto a ser o sistema jurídico apto a lidar com eles.

Um tema que tem levado tal discussão ao limite é quanto à possibilidade de se torturar alguém. Esta discussão será aqui iniciada com a análise do texto “*Exceções à proibição de torturar nos casos de bombas-relógio?*”, do professor de Direito penal da Universidade de Munique, Luís Greco (2009).

O referido artigo discute a possibilidade de se relativizar a proibição de tortura, que, em geral, é clara e constante nas legislações ocidentais³⁹⁴, até mesmo por força dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Não obstante, revela Greco (2009), o tema é hodierno. “É este o objeto da intensa discussão atual, que, na Alemanha, foi acendida após o caso Meztler-Gäfgen-Daschner e, nos Estados Unidos, depois do atentado contra as torres gêmeas em Nova Iorque”. (GRECO, 2009, p.10).

Poderá ser surpresa para alguns o dado de que tal discussão tenha obtido a atenção de inúmeros juristas de renome – tal qual o próprio Luís Greco -, e talvez mais ainda que pensadores que são verdadeiras referências na matéria já tenham considerado algumas justificativas para a realização de tortura por parte de agentes estatais³⁹⁵; “Roxin, que tampouco tem qualquer dúvida a respeito da antijuridicidade de qualquer ação de tortura, considera 'pensável' uma 'exculpação' supralegal em tais situações catastróficas”. (GRECO, 2009, p.12).

As “situações catastróficas” de que fala Greco são exemplificadas pelos chamados

393 Constituição da Alemanha, art. 1º: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”. (ALEMANHA, 2010).

394 Ainda que o direito positivo, alemão ou brasileiro, pareça rechaçar de modo suficientemente claro e decidido qualquer exceção à proibição de torturar, não parece despidendo refletir num nível mais jusfilosófico sobre os fundamentos dessa postura. (GRECO, 2009, p.11).

395 Cf. HÖRLE (2010).

“casos de bombas-relógio”, que, na terminologia aqui utilizada, demonstram a zona cinzenta entre o que pode ter forma legal, e o que não pode ter forma legal, parafraseando Giorgio Agamben. Casos em que a possibilidade de perder vidas inocentes em prol da manutenção dos preceitos fundantes do Estado de Direito traz à tona o questionamento quanto a tais preceitos “converterem-se em um pacto suicida” (GRECO, 2009, p.17), na expressão originária do voto do *Justice Jackson* no caso *Terminiello vs. Chicago*, de 1949³⁹⁶.

Para desenvolver sua argumentação Luís Greco questiona se é possível a criação de um regramento legal que só valerá em casos excepcionais, e a partir daí desenvolve algumas ideias justificando sua posição. Quanto ao objeto central desta pesquisa, a análise realizada por Greco mostra-se interessante pois discute simultaneamente o conceito abstrato de “exceção” - que é inato à ideia de Direito de Emergência – e os limites impostos pela *dignidade humana*. Quanto à possibilidade de regras que só tenham valor em casos excepcionais, Greco tem uma posição negativa forte.

E a razão disso é algo simples, mas pouco visto: em uma argumentação moral ou jurídica, inexistem aspectos que só valem excepcionalmente. Todo aspecto relevante, isto é, todo aspecto ao qual se atribui relevância moral diante de algum problema, conserva essa relevância frente a qualquer outro problema equivalente. Dito com outras palavras: no mundo da argumentação moral e jurídica, não existem exceções, entendidas estas como aspectos que somente têm relevância setorial ou *ad hoc*. *Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base*, uma regra que regula, justamente, o que se deve fazer no caso da exceção. (GRECO, 2009, p.18, grifos no original).

Embora a intenção do autor pareça ser atacar uma possibilidade de um regramento que valha apenas excepcionalmente, do ponto de vista da construção de um sistema mais garantista, é possível defender a elaboração de um Direito de emergência com a mesma argumentação.

É certo que ele está discutindo especificamente a possibilidade de uma permissão para torturar, e constrói argumentos para atingir um resultado com o qual aqui não há divergências, qual seja, o de que a tortura como mecanismo de ação do Estado não deve ser admitido³⁹⁷.

396 Suprema Corte dos Estados Unidos 337 U.S.1, 37 (1949).

397 Em que pese ser possível discutir o próprio conceito de tortura que, como todo conceito, é linguisticamente aberto, e gera algumas possibilidades de ação mais ou menos ampla, a depender da concretização que a ele se dê num ou noutro momento/ contexto.

Todavia, quanto à elaboração abstrata de um Direito de emergência, o resultado aqui proposto é o oposto.

Quando ele afirma que o excepcional é na verdade a regra para um determinado grupo de casos, acaba por fazer uma afirmação que está nos fundamentos motivadores daqueles que propõem construções de regras para situações excepcionais como modo de se preservar as regras para as situações não excepcionais. Em outras palavras, quando Jakobs, por exemplo, elabora seu *Feindstrafrecht*, que é regulamento de situações excepcionais, ele quer que tal regulamento seja, de fato, a regra para todos os casos que venham a se encaixar nos requisitos de tal determinação. Até porque a outra opção é tratar o caso reconhecidamente excepcional com as mesmas regras utilizadas para o caso reconhecidamente não excepcional. Esta conclusão parece tornar ilógica a argumentação de Greco, mas, do ponto de vista sistêmico ela resulta numa construção válida. O conjunto exceção e regra para exceção – que, quanto a tal exceção, passa a ser regra, e não exceção – pode ser pensado como um subsistema, desenvolvido para lidar com uma demanda específica. Isso significa que o sistema (jurídico, no caso) identificaria determinados atos comunicativos como sendo de tal forma ameaçadores ao sistema que um subsistema dedicado exclusivamente a lidar com eles é desenvolvido. Algo bastante previsível.

Continuando o debate acerca da viabilidade da tortura como meio de ação estatal para determinados casos, Greco desenvolve dois argumentos para resolver a questão da relação entre a tortura e os limites impostos pela *dignidade humana*, o que aqui interessa por contribuir justamente para a compreensão destes limites.

Ao primeiro caso Greco (2009) atribuiu o nome de “regra da decadência”. Segundo ela, a *dignidade humana* pode ser perdida, afinal, se a tortura a viola, mas excepcionalmente é admitida, há casos excepcionais em que a *dignidade* poderia ser afastada.

A dignidade seria uma qualidade externa, que se agrega aos seres humanos que a merecem, e que, por isso, também pode ser deles retirada ou sujeita a uma condição resolutiva cuja verificação transformaria o afetado num indivíduo de segunda categoria. (GRECO, 2009, p.19).

A esta possibilidade Greco faz duas objeções. A primeira delas é que a legitimação do Estado enquanto detentor do monopólio da violência depende do respeito permanente à

dignidade humana, que se apresenta como um limite de caráter absoluto a determinados comportamentos, em especial por parte dos agentes estatais, notadamente o caso da tortura. “A tortura está proibida porque é um ato de exclusão, porque ela exclui o indivíduo do círculo de cidadãos em cujo nome o Estado pode pretender atuar”. (GRECO, 2009, p.24)³⁹⁸.

Até aí não há nenhuma objeção ao pensamento de Luís Greco. Entretanto, no momento imediatamente posterior ele questiona a possibilidade da “autoexclusão”, com referência direta à ideia jakobsiana da autoexclusão como condição de utilização do *Feindstrafrecht*. Greco responde de forma negativa a esta possibilidade, sustentando que por meio da tortura o Estado considera a vontade de determinado cidadão algo inexistente, portanto, seria uma contradição dar a esta vontade inexistente a força de autoexcluir seu portador/ emissor. Neste ponto, há uma falha de interpretação pois, embora Jakobs não discuta a questão da tortura, quando sustenta a tese da autoexclusão, ele deixa claro que ela é feita num momento de liberdade do agente, que tem liberdade inclusive para abandonar sua postura de colocar-se fora do grupo e retomar a condição de cidadão. Como já relatado, esta possibilidade é uma das condições que Jakobs considera permanente para uma construção legítima de um Direito de exceção. Em outras palavras, a falha de Greco é sugerir que a vítima da tortura se exclui após a tortura. Obviamente, no pensamento de Jakobs isso seria um completo absurdo, pois, concordando de algum modo com Greco, ele faz exigências quanto ao respeito a um mínimo de individualidade do agente. E aquele que está sob tortura por certo não tem a *possibilidade* de retornar à condição de cidadão se assim o desejar. Esta possibilidade de autoexcluir-se, bem como a garantia de não ser excluído parecem encontrar respaldo em outras construções referentes a teorias da democracia:

O estabelecimento de um código legal demanda direitos que regulem a participação em uma *determinada* associação de cidadãos, assim permitindo a diferenciação entre membros e não membros, cidadãos e alienígenas. Em comunidades organizadas como Estados nacionais, tais direitos assumem a forma de direitos que definem a pertença a um Estado. (...) Da aplicação do princípio do discurso, segue que cada pessoa deve ser protegida da subtração unilateral do *status* de membro, mas deve ter o direito a renunciar a este *status*. (HABERMAS, 1998, p.124, tradução nossa³⁹⁹).

398 Tal construção pressupõe a ideia do consentimento mútuo como fonte da força normativa das regras num Estado democrático de Direito. Aquele que é submetido à tortura deixa preencher o requisito da concordância livre com as normas postas, pois, afirma Greco (2009), “a tortura elimina a vontade, e o faz de maneira tão completa que o torturado não mais pode constar entre aqueles em cujo nome o Estado pretende atuar”. (GRECO, 2009, p.24).

399 Na versão em inglês consultada: *Hence the establishment of a legal code calls for rights that regulate membership in a determinate association of citizens, thus allowing one to differentiate between members and*

Seria possível questionar a passagem acima, afirmando que Habermas está falando apenas de nacionalidade, sendo, portando situação bem distinta. Esta é uma leitura válida, mas aqui não compartilhada. Isso, pois há exemplos históricos em que a mera retirada da cidadania foi utilizada como meio de causar graves danos a determinados grupos sociais⁴⁰⁰, de forma que tal leitura parece desconsiderar a importância que o “ser membro” tem para os cidadãos.

Em tempo, é preciso reafirmar que não se questiona toda a construção de Greco. Pelo contrário, quanto à impossibilidade da tortura como mecanismo de ação legal do Estado há adesão total. O que se pretendia aqui era tão-somente demonstrar este equívoco do referido autor ao lidar com a ideia de autoexclusão de Jakobs.

O segundo argumento para legitimar a tortura foi identificado por Greco (2009) como “regra dos custos”. Segundo tal regra, “*a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite*”. (GRECO, 2009, p.20, itálico no original). Em outras palavras, havendo “interesse intenso” por parte da coletividade, a vedação de torturar imposta pela *dignidade humana* poderia ser posta de lado.

Esta regra, afirma Luís Greco, é incompatível com as exigências feitas pela ideia de Estado de Direito, pois “interpreta a dignidade de modo consequencialista, ou seja, tornando-se dependente das consequências”. (GRECO, 2009, p.27). Nesse panorama, a *dignidade humana* seria tida como um valor a ser respeitado quando conveniente para o grupo dominante, sendo assim relativizável quando do interesse deste mesmo grupo. Esta concepção, por certo, conflita com a ideia de que a *dignidade humana* seria inata a todos, independente de maiores considerações, não podendo, portanto, ser afastada. Assim, aqui se adere também ao argumento que diz que

A admissão da tortura, ainda que para uma situação excepcional, significa que se reabilita uma estratégia de solução de problemas que deveria permanecer exilada do âmbito daquilo que sequer se pode levar em consideração. (GRECO, 2009, p.28).

nonmembers, citizens and aliens. In communities organized as national states, such rights assume the form of rights that define membership in a state. (...) From the application of the discourse principle, it follows that each person must be protected from a unilateral deprivation of membership rights but must in turn have the right to renounce the status of member. (HABERMAS, 1998, p.124).

⁴⁰⁰Alexy (2001, p.77) dá esse exemplo como um ato de injustiça extrema. Trata-se da Lei de Cidadania do Império, de 25 de novembro de 1941, que foi declarada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como um ato de extrema injustiça.

Uma ressalva deve ser feita. Em que pese a adesão sem restrições à crítica à “regra dos custos” e à “regra da decadência”⁴⁰¹, uma posição realista deve aceitar que, diante de uma situação de catástrofe iminente, se uma medida extrema fosse tomada por agentes do Estado a fim de evitar o “mal maior” - um argumento que não é válido dentro do sistema jurídico, mas válido dentro do sistema político -, dificilmente uma justificação “supralegal” nos moldes propostos por Roxin não seria discutida⁴⁰². De toda forma, é, claramente, um limite do sistema jurídico.

Este debate sobre os limites impostos à ação do Estado pela ideia de dignidade humana tem, portanto, a função de estabelecer/ determinar algumas das condições sob as quais uma ação estatal terá legitimidade. Compreender uma resposta sistêmica como legítima significa dizer que ela se adequa não apenas ao código binário daquele determinado sistema, mas ao quadro mais geral - “mundo”, na terminologia luhmaniana – em que aquele sistema está inserido.

As limitações apresentadas mostram que a própria ideia de legitimidade tem seus custos, e tais custos, hoje, não podem mais ser pensados dentro de um esquema de custo-benefício, devendo responder a outras exigências. Neste sentido está a precisa síntese de Kutz (2005):

401Para Bernd Schünemann (2009), está-se diante da transposição das teorias da pena para a discussão da tortura. “De certa maneira, as duas regras representam uma transferência do tradicional debate sobre as teorias da pena à questão da tortura, uma vez que a regra da decadência, como a chamada teoria absoluta, trata de uma legitimação valorativo-racional em face do afetado, enquanto a regra dos custos trata da necessidade teleológico-racional segundo o modelo das teorias relativas”. (SCHÜNEMANN, 2009, p.35-36).

402Neste sentido argumenta também Oren Gross (2004): “Neste artigo eu defendo uma proibição absoluta da tortura enquanto, ao mesmo tempo, sustento que o caso da bomba-relógio não deve ser posto de lado como meramente hipotético, ou ainda como moralmente ou legalmente irrelevante. (...) Ao invés disso, a proposta feita abaixo foca na possibilidade de que casos verdadeiramente excepcionais façam surgir a desobediência oficial: agentes públicos podem sair do quadro legal, ou seja, agir além dos limites da legalidade, e estarem prontos a aceitar as consequências legais de seus atos. Todavia, existe também a possibilidade de que tais ações extralegais sejam legalmente (se não moralmente) desculpadas posteriormente”. (GROSS, 2004, p.5, tradução nossa). **No original:** *In this paper I defend an absolute prohibition on torture while, at the same time, arguing that the ticking-bomb case should not be brushed aside as merely hypothetical or as either morally or legally irrelevant. (...) Rather, the proposal made below focuses on the possibility that truly exceptional cases may give rise to official disobedience: public officials may step outside the legal framework, that is act extralegally, and be ready to accept the legal ramifications of theirs actions. However, there is also the possibility that the extralegal actions undertaken by those officials will be legally (if not morally) excused ex post.*(GROSS, 2004, p.5).

Legitimidade também tem custos. Legitimidade, como compreendida normativamente, diz respeito às condições sob as quais o exercício do poder institucional pode ser justificado. Se as formas de justificação fossem meramente considerações de custo-benefício, então o conceito de legitimidade careceria de qualquer efetividade: qualquer déspota suficientemente efetivo e benevolente poderia clamar por legitimidade política sempre que suas escolhas servissem ao bem comum. Enquanto alguns governantes tenham sustentado a legitimidade nestas bases, nosso conceito contemporâneo é limitado, pelo menos, por demandas por participação popular real, direta ou indireta, e apoio às tomadas de decisões políticas, bem como o respeito por direitos básicos. (KUTZ, 2005, p.2-3, tradução nossa⁴⁰³).

O argumento que interessa mais de perto a este projeto, e que pode ser extraído desta discussão, é que na elaboração de um Direito de emergência não se deve compreender a *dignidade humana* (*Menschenwürde*) como um item que possa ser pesado e sopesado com outros argumentos. Há alguns “direitos básicos” que dela decorrem que não podem ser afastados em nenhuma hipótese, sob pena de não ser possível a construção de uma estrutura jurídica dotada de legitimidade.

A determinação deste núcleo essencial de direitos que não pode ser afastado em nenhuma hipótese é uma das grandes questões da teoria da democracia contemporânea. (HABERMAS, 1998). Todavia, quando limitado ao que seja referente à construção de um Direito penal de emergência, a definição deste núcleo mostra-se um pouco menos problemática, e alguns dos elementos que o compõem podem ser identificados a partir de todas as exigências de legitimidade até aqui expostas. Assim, é possível afirmar que neste núcleo estariam a liberdade individual de autodeterminação, a liberdade de expressar-se, a garantia de que sob nenhuma hipótese suas manifestações serão moldadas por atos externos – a exemplo do que ocorre com a tortura⁴⁰⁴ -, o direito à defesa técnica, a presunção de não

403**No original:** *Legitimacy also has costs. Legitimacy, as normatively understood, refers to the conditions under which exercises of institutional power can be justified. If the form of justifications were merely welfarist considerations, then the concept of legitimacy would lack any bite: any sufficiently effective and benevolent despot could claim political legitimacy whenever his choices served the common good. While some rulers have claimed legitimacy on this basis, our contemporary concept of legitimacy is constrained, at the least, by demands for actual, direct or indirect popular participation in and support of political decisionmaking, as well as respect for basic rights.*(KUTZ, 2005, p.2-3).

404Gross (2004) relata que a concepção absolutista contra a tortura a trabalha em bases deontológicas, nas quais ela – a tortura – é naturalmente errada. “Ela é um mal que não pode ser justificado ou desculpado. Ela viola a integridade física e moral da pessoa a ela submetida, nega sua autonomia e humanidade, e subtrai dela a dignidade humana. Ela reduz a pessoa a mero objeto, um corpo, do qual a informação deve ser extraída, enquanto a força a agir de maneira que pode ser contrária a seus mais fundamentais credos, valores e interesses.” (GROSS, 2004, p.1, tradução nossa). **No original:** *It is an evil that can never be justified or excused. It violates the physical and mental integrity of the person subjected to it, and negates her autonomy and humanity and deprives her of human dignity. It reduces her to a mere object, a body from which*

culpa – que impõe o ônus probatório para acusação e impede detenções sem indícios mínimos de participação em atividades típicas -, a garantia de proporcionalidade das penas dentro do sistema de emergência e o princípio da pessoalidade das penas.

Além disso, os requisitos de imputação de responsabilidade num sistema de emergência devem ser, naturalmente, mais severos do que os do sistema “normal”. Afinal, se a ideia de emergência aqui apresentada diz respeito a situações que ultrapassaram os limites da normalidade, e por isso reduzirá algumas garantias processuais e possibilitará sanções mais severas, a contrapartida para manter o equilíbrio do sistema é que seja mais difícil submeter alguém a ele. Desta forma, adere-se aqui também a todos os requisitos impostos pela teoria da imputação objetiva para a análise da relevância comunicativa das ações, bem como aos requisitos de utilização do *Feindstrafrecht* idealmente expostos por Jakobs.

Ao exigir o respeito aos requisitos de imputação nos moldes definidos por Günther Jakobs, assume-se aqui também a ideia de que um tal modelo de exceção só se torna compatibilizável com um regime democrático sério se for construído sobre bases funcionalistas. A razão disso é que, como visto, a teoria finalista é construída a partir de uma perspectiva que pode ser chamada pessoal, ou seja, considerando o autor do fato e a vítima do fato. Esta perspectiva, conforme a visão do funcionalismo aqui adotada, falha ao não tomar em consideração a relevância sistêmica do fato. E por que isso deve ser assim? Porque um fato criminoso cuja repercussão se dê fundamentalmente entre os diretamente envolvidos, por certo não oferece o risco ao próprio sistema que se tem em mente quando se cogita de um Direito de emergência, devendo ser tratado como “normal”, e não “excepcional”.

Alguém poderia questionar que o estabelecimento de tais requisitos não é suficiente, pois ainda não há critérios seguros para definir a quem se destina o tratamento excepcional. De fato, a percepção aqui defendida é que não é mesmo possível estabelecer tais critérios de identificação prévia. A melhor solução para esta questão parece ser um controle endoprocessual de qual o sistema adotado⁴⁰⁵. Seria o primeiro item a ser submetido a

information is to be extracted, while coercing her to act in a manner that may be contrary to her most fundamental beliefs, values, and interests. (GROSS, 2004, p.1).

405(...) mesmo sob a pressuposição de um direito positivo aleatoriamente alterável, deverá ser feita, à argumentação jurídica, a exigência de que a manifestação normativa, anunciada como veredicto, seja “racionalmente fundamentada no conceito da ordem jurídica vigente”. Como as reflexões a respeito de uma lógica de argumentação de adequação demonstraram, importará, nos casos de normas indeterminadas e de colisões de normas, a consideração imparcial de todos os sinais característicos situacionais. (GÜNTHER, 2004, p.368).

apreciação do juiz que, no caso, consideraria todos os requisitos acima expostos, notadamente o da relevância comunicativa do ato, a dimensão dos efeitos desejados pelo autor, sua motivação, a periculosidade aparente etc.

Um jurista acostumado com o sistema penal brasileiro atual poderia questionar esta sugestão, alegando que ela, ao final, indica que a definição do destinatário do sistema de emergência ocorreria via formação jurisprudencial, e que isto é incompatível com a tradicional garantia do Direito penal de que não haverá responsabilidade sem anterior previsão legal de todos os elementos constitutivos do injusto penal, o que inclui, no mínimo implicitamente, a definição de quem pode ser considerado o autor do fato. Tal crítica é difícil de ser rebatida do ponto de vista ideológico. De um ponto de vista prático, contudo, em países que estão constantemente envolvidos em conflitos de ordem interna e internacional, este trabalho é feito com alguma regularidade pelos tribunais, a fim de determinar se determinados acusados serão submetidos ao direito interno ou ao Direito de Guerra. Tung Yin (2005), por exemplo, dedicou-se a fazer uma análise de como a Suprema Corte dos Estados Unidos tem decidido se alguém será considerado um criminoso ou um combatente inimigo (*enemy combatant*) diante da chamada “Guerra ao Terror” (*War on Terrorism*). As construções apresentadas pelo professor da Universidade de Iowa são elucidadoras, pois a própria ideia da “Guerra ao Terror” reflete em boa medida a zona cinzenta que tem sido discutida ao longo deste trabalho. Afinal, ela não é uma “guerra” no sentido tradicional do termo - aquele em que “os membros das forças armadas lutam em uniformes distintos, carregam armas ostensivamente, e atuam de acordo com as leis de guerra” (YIN, 2005, p.1, tradução nossa⁴⁰⁶) -, mas também não configuram crimes nos moldes definidos pelo Direito penal convencional.

No fim das contas, o que se estaria fazendo é simplesmente estabelecer um tratamento diferenciado em moldes similares ao que ocorre naturalmente em outros subsistemas jurídicos, que estabelecem – de forma bastante natural – diferença de tratamento entre aqueles considerados parte da comunidade, e aqueles considerados estrangeiros, “alienígenas”, “não-comunitários”, ou qualquer outra denominação que se dê, indicadora da diferenciação entre “nós” e “os outros”.

Como foi apontado muitas vezes antes, cidadania aqui, tanto identifica quanto

⁴⁰⁶**No original:** *Yet, in a traditional war between nations, the members of armed forces fight in distinctive uniforms, carry their arms openly, and comply with the laws of war.* (YIN, 2005, p.1).

diferencia. Ela define a identidade dos membros em distinção da identidade ou identidades dos não-membros. A comunidade de cidadania, isto está mais implícito do que explícito, é distinta pois submetida ao princípio do auto-governo. Dentro da comunidade política então definida, todos os membros gozam dos mesmos “privilégios e imunidades” da cidadania. Auto-governo, então, é auto-governo de cidadãos, por cidadãos, para cidadãos. Alienígenas podem ou não pertencer a outra comunidade política que pode ou não aderir ao princípio do auto-governo, isto é, eles podem ou não ser cidadãos em outro lugar. Sua cidadania alienígena, contudo, está além do que aqui importa. O alienígena, simplesmente, não é um cidadão. (DUBBER, 2009, p.3, tradução nossa⁴⁰⁷).

Vale notar que o próprio conceito de cidadania, entendido como vínculo jurídico-político entre uma pessoa e um Estado pode, em alguma medida, ser utilizado como *referência* na identificação dos destinatários do sistema excepcional, pois alguém que, embora formalmente cidadão nacional, aja em constante desrespeito aos deveres que tal vínculo impõe, dá indícios que, somados aos demais requisitos, podem ser úteis em identificar aquele indivíduo como alguém que abandonou permanentemente os valores daquela determinada comunidade.

De toda forma, é salutar também que se formule métodos mais formais a fim de operacionalizar a atuação do Direito de emergência. Toda construção a respeito do destinatário de tal atuação pode ser aprimorada, por exemplo, pela exigência de que a aplicação de medidas típicas do subsistema de exceção sejam previamente submetidas a apreciação judicial. Assim, constatados pela autoridade administrativa ou ministerial responsável pela investigação os diversos requisitos que configuram o *Feind* (“inimigo”), ela deveria iniciar um procedimento judicial de constatação desta identidade. Desta feita, os indícios considerados pela autoridade investigadora seriam expostos à autoridade judicial, que decidiria quanto à configuração ou não de uma situação apta a desencadear o uso de institutos típicos do subsistema penal de emergência. Negada pela autoridade judicial tal classificação, o procedimento e o subsequente processo deveriam ser desenvolvidos sem a utilização de tais institutos, podendo a autoridade investigativa, sempre que descobertos novos indícios,

⁴⁰⁷**No original:** *As has been pointed out many times before, citizenship here, as elsewhere, both identifies and differentiates. It defines the identity of insiders in distinction from the identity, or identities, of outsiders. The community of citizenship, it is generally implied rather than made explicit, is distinctive in that it is subject to the principle of self-government. Within the political community thus defined, all insiders enjoy the same “privileges and immunities” of citizenship. Self-government, then, is self-government of citizens, by citizens, for citizens. Aliens may or may not belong to another political community that may or may not adhere to the principle of self-government, that is, they may or may not be citizens elsewhere. Their alien citizenship potential, however, is beside the point. The alien is, simply, “not a citizen”.*(DUBBER, 2008, p.3).

submeter novamente a questão da classificação do autor do fato ao Judiciário.

Em suma, a construção de vertentes de Direito penal diferenciadas aparentemente em razão do destinatário, ao fim e ao cabo, mostra-se não tanto como um reprovável e inaceitável Direito penal de autor, mas como Direito penal do fato diferenciado em razão de uma série de fatores que impedem que alguém, em sã consciência, considere tal situação como dentro do que é percebido como “normal”.

Alguém poderia então fazer mais uma objeção, qual seja, a de que a inclusão da “percepção de normalidade” dentro do rol de referências para determinar a utilização ou não do sistema de emergência insere um aspecto de extrema subjetividade, incompatível com o ideal de certeza que deve orientar o sistema penal, mais do que qualquer outro subsistema jurídico, em razão da gravidade das sanções que se apresentam ao final do processo.

Esta crítica tem alguma razão de ser. Todavia, ela é falha pois considera o critério de forma isolada. Se este critério fosse único, ou pelo menos tivesse maior peso que os demais, tal objeção teria força suficiente para colocar em xeque toda a ideia que aqui se defende. Todavia, ele é apenas mais um critério, que pode/ deve ser trabalhado junto dos demais, tendo por postulador orientador o de que para um sistema de emergência – por definição mais severo – as condições de sua utilização devem ser mais rígidas do que as do sistema “normal”.

Uma outra objeção possível à proposta de distinção clara entre os dois sistemas penais, é a que diz que ela poderia ter como consequência o desaparecimento da “influência moderada do direito penal do cidadão sobre o direito penal do inimigo”. (AMBOS, 2007, p.50, tradução nossa⁴⁰⁸). O que Kai Ambos sugere acima é que a manutenção de um único sistema, ainda que ele contenha institutos típicos de tratamento de inimigo, seria um contrapeso natural à expansão de um direito de exceção, que pode conduzir ao totalitarismo. Em que pese ser difícil rebater tal argumento do ponto de vista da ideia em si, se se toma em consideração que vários dos instrumentos que Jakobs define como típicos de um Direito penal do inimigo tornaram-se a regra em alguns Estados – como o Brasil -, e por vezes são utilizados como alternativas menos repressivas do que o que havia antes – caso das “novas” medidas cautelares⁴⁰⁹ no processo penal -, talvez a conclusão mais razoável seja a de que a dita “moderada influência” já não tenha força alguma. Assim, em que pese o argumento ser

408Na versão em espanhol consultada: *A su vez, con dicha separación desaparece la influencia moderada del derecho penal del ciudadano sobre el derecho penal del enemigo.* (AMBOS, 2007, p.50).

409 Lei 12.403/11

factível, ele pode já não ter expressividade nos sistemas em que os institutos compreendidos como típicos de um *Feindstrafrecht* se tornaram a regra.

Kai Ambos (2007) também argumenta que um sistema penal que antecipe a punibilidade a ponto de configurar-se como uma “defesa frente a perigos” é em verdade um Direito policial, preventivo, e não repressivo como deveria. Em que pese isto ser verdade, a resposta do próprio Jakobs (2006a) parece mais convincente. Ele sustenta que adiantar o âmbito de atuação do Direito pode ser um meio útil para evitar a atuação desmedida por parte do Executivo, que, em seu atuar preventivo-ostensivo pode – e na realidade brasileira é possível citar inúmeros exemplos disso – acontecer desta ação determinada essencialmente por critérios sócio-políticos implique em desrespeito maior aos limites impostos pela ideia de *dignidade humana* – tal como aqui foi apresentada – do que se fosse limitada pelo próprio atuar do sistema jurídico-penal. E aí, a lógica “garantista” prevaleceria, pois um sistema jurídico, ainda que de emergência, uma vez construído sobre bases que o compatibilizem com uma democracia consolidada, terá sempre mais mecanismos de combate a excessos do que um sistema puramente policial. Dito com outras palavras, dada a excepcionalidade da exceção, muda-se não apenas a forma do sistema jurídico-penal lidar com tais situações, mas a forma de funcionamento de todo o sistema de persecução penal, inclusive na sua esfera que, dentro da “normalidade”, é pré-judicial.

Em síntese, a proposta que aqui se defende, embora atípica não é exatamente nova, vez que o próprio Kai Ambos (2007) identifica construções garantistas a partir do pensamento de Jakobs⁴¹⁰. Tal construção, embora incomum, é possível, bastando para tanto que alguns limites à atuação do Estado fiquem bem estabelecidos. É preciso seguir, sempre, a ideia de que “a dignidade humana deve ser o ponto fixo e ao mesmo tempo de partida de todo sistema de direito penal”. (AMBOS, 2007, p.53, tradução nossa⁴¹¹). Isto posto, detenções sem ordem judicial, negação de defesa técnica, submissão a interrogatório sem controle externo, entre outros meios que não são estranhos àqueles que lidam com o sistema penal brasileiro atual, por exemplo, deveriam ser eliminadas em absoluto.

Tudo isso considerado, um sistema penal de emergência pode mesmo contribuir para a

410O exemplo que ele dá são decisões do reconhecido seguidor de Jakobs, o hoje (desde 2012) “Fiscal General de la Nación” e ex-juiz penal dos “Tribunales Superiores de Bogotá”, Eduardo Montealegre Lynett.

411Na versão em espanhol consultada: *La dignidad humana debe ser el punto fijo y al mismo tiempo de todo sistema de derecho penal*. (AMBOS, 2007, p.53).

consolidação dos ideais democráticos, vez que, idealmente, revigoraria os institutos de direito penal destinados a lidar com quem opta por manter-se membro de uma determinada comunidade política. Negar tal possibilidade e insistir na manutenção do *status quo* – manutenção de um sistema penal que é manifestamente excludente, injusto e seletivo -, ao que tudo indica, não revela maior comprometimento com os ideais de um Estado de Direito que preze por uma democracia levada a sério.

7. Conclusão

É preciso repensar as instituições jurídicas em razão das novas questões e demandas que se apresentam no atual momento histórico. Apesar da afirmação clichê, o que se pode observar em alguns ramos do Direito, e notadamente no Direito Penal, é uma recusa a esta constatação, seguida de uma insistência por permanecer-se inerte, ou mesmo um retorno a um passado glorioso representado por um Direito penal liberal que, na realidade, nunca existiu.

A história do sistema penal no ocidente – objeto de estudo – não reflete o ideal dos penalistas, de que ele – Direito penal – deveria ser o último instrumento estatal a ser utilizado para a solução de conflitos sociais. Pelo contrário, por oferecer soluções mais rápidas e mais fortes que os demais ramos jurídicos, não são raros os casos em que os detentores do poder político lançaram mão do sistema penal para acertar contas com quem lhes parecesse devido.

Esta simples constatação justifica, por si só, a necessidade de repensar as estruturas deste subsistema jurídico. Todavia, na atualidade, repensá-lo a partir dos mesmos fundamentos utilizados no final do século XIX e início do século XX não se mostra a melhor escolha, vez que há significativa mudança no quadro de demandas que chegam ao Direito penal. Enquanto alguns casos não exigem mais nenhuma atenção de tal sistema, novas categorias de interesses públicos clamam por proteção do sistema penal. Trata-se de uma realidade mais complexa, em que as possibilidades de contato social se expandiram de tal forma que não são conhecidos mais quais seriam os limites fáticos de interação social.

Considerando este pano de fundo, surgiu na Alemanha na década de 1980 uma proposta de nova teoria do Direito penal, estruturada sobre a Teoria dos Sistemas, em sua vertente sociológica. Trata-se de um dos mecanismos de análise de sistemas mais sofisticados já inventados, e, dada a novidade de seus métodos, permitiu que todos os conceitos elementares do sistema penal fossem repensados a partir de uma perspectiva mais adequada à contemporaneidade, qual seja, a de que a “comunicação” é o elemento central das sociedades modernas. Este primeiro diagnóstico pode ser confirmado pelo simples fato de que os meios de comunicação social operam em tempo real, e não conhecem fronteiras. Mesmo o mais fechado dos Estados não consegue ter domínio pleno do que sai de dentro dele na forma de informação, e mesmo o mais sofisticado dos sistemas de segurança não garante sigilo de

informações que possam ser de interesse público.

Assim sendo, a opção teórica aqui realizada foi pela adoção do Funcionalismo penal. Tendo em vista a novidade que ele representa, por reconstruir a teoria penal não a partir de uma perspectiva ontológica – como é a teoria que ele busca superar -, mas de uma perspectiva sistêmica, o capítulo inicial foi dedicado a delinear aspectos gerais da Teoria dos Sistemas, valendo-se para isso do auxílio dos principais cientistas sociais e juristas que tem adotado tal marco teórico.

Posteriormente, foi feita uma exposição das principais vertentes do pensamento penal contemporâneo. A justificção desta parte é que cada uma delas tem, no mínimo, uma capacidade de diagnóstico relevante. Quando conhecidas as justificativas de cada uma, conhecem-se os motivos que levaram determinados pensadores a sugerir tais teorias. Conhecê-las, é, portanto, um instrumento útil à realização de uma melhor percepção do mundo e das questões que ele apresenta ao sistema penal.

O capítulo subsequente foi dedicado à demonstrar a relação entre os sistemas jurídico e político, bem como o modo com que tal relação delinea o Estado Democrático de Direito. Partindo do pressuposto de que a democracia tem valor por si só, a intenção foi compreender quais os requisitos fundamentais para que um Estado possa pretender-se democrático, e, com isso, traçar o caminho mais adequado para que o Direito penal possa ser um elemento de fortalecimento da democracia. Este ponto é particularmente importante, pois o século XX deixou claro que quando o sistema penal não está em harmonia com os ideais democráticos, as chances de sucesso da democracia diminuem sensivelmente. Essa relação se dá em razão de ser o Direito penal a expressão última da força estatal num Estado de Direito. Assim sendo, e considerando que a adjetivação de “democrático” faz exigências altas quanto à legitimidade dos atos estatais, conclui-se que é indispensável a construção de um sistema de persecução penal que em momento algum tenha sua legitimidade democrática questionada.

Neste ponto ainda foi discutida a questão da legitimidade do sistema jurídico-penal. A utilização da teoria dos sistemas exige duas abordagens. Primeira a legitimação interna, que se dá pelo respeito ao código binário dos sistemas. A segunda, legitimação externa, é composta por diversos elementos, notadamente as exigências da democracia, tal como anteriormente mencionados, bem como pelas exigências de uma garantia mínima de justiça, aqui trabalhadas a partir da chamada Fórmula de Radbruch.

Esta última tarefa apresenta-se particularmente complexa diante de situações limítrofes entre Direito e Política. Formas de ofensa às instituições e a interesses públicos, embora não sejam novas, tomaram no início do século XXI proporções não vistas antes, graças à complexificação das relações sociais, e à ausência quase completa de limites quanto à circulação da informação. Esta realidade faz demandas cada vez mais complexas ao subsistema usualmente denominado Direito de emergência.

Foi visto que há enormes divergências quanto à melhor técnica para se lidar com situações extremas, havendo quem defenda que deveriam ser deixadas à margem do sistema jurídico, e resolvidas integralmente pelo sistema político que, sem os limites explícitos que tem o Direito, teria liberdade para lidar com tal situação, tendo como limite apenas a aceitação pública das medidas tomadas. Todavia, a opção aqui foi por propor o desenvolvimento de um Direito de emergência adequado à democracia. O que se sugere é a expansão da possibilidade de ação do Direito, pois, permitir a atuação dos agentes públicos impondo como limitação tão-somente a legitimação política parece ser um risco muito maior do que a existência de um Direito de emergência.

Assim sendo, ao final foram unidos os três pilares considerados mais adequados para sustentar um Direito penal de Emergência, quais sejam, uma concepção sistêmica de mundo, a afirmação da democracia como elemento a ser reforçado e protegido por todo o sistema jurídico, em todos os momentos de sua atuação, e a dignidade humana como guia permanente, cuja função é impor os limites que não podem, em nenhuma hipótese, ser ultrapassados por quem pretenda uma atuação conforme o Direito, e não apenas conforme a lei.

Estabelecidos tais fundamentos, foram delineados os aspectos mais gerais de um Direito penal de emergência, em diálogo com outros sistemas já estabelecidos, bem como com as críticas a eles dirigidos, de forma a, ao final, ter como resultado uma forma de Direito de emergência útil à proteção e à promoção da democracia, e respeitadora do conteúdo jurídico da dignidade humana.

8. Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3ªed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastián Borges de. *A Evolução do Conceito de Culpabilidade e a moderna doutrina alemã*. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, jan-jun, 2010.

ALEMANHA, República Federal da. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. [Constituição da República Federal da Alemanha]. Berlin: Deutscher Bundestag, 2010.

ALEXANDER, Larry A. *The Philosophy of Criminal Law*. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. San Diego, CA: University of San Diego School of Law, 2001.

ALEXY, Robert. *Una Defensa de La Fórmula de Radbruch*. Trad. José Antonio Seoane. In: **Anuario da Faculdade de Dereito da Coruña**. Vol.5, pp.75-95. 2001.

AMAR, Akhil Reed. *Bill of Rights: creation and reconstruction*. Harrisonburg, Virginia: Yale University Press, 1998.

AMBOS, Kai. *Common law y los disparos del muro: artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Trad. Rodrigo Aldoney Ramirez. **Revista Isonomia**, n. 20, abril, 2004.

_____. *Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Carlos Gómez-Jara Diez; Miguel Lamadrid. Cuadernos de Conferencias y Artículos. n.41. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, 2007.

_____. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática**. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú; Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANDRADE, Sônia Maria Viegas. *A Cidade Grega*. **Revista Kriterion**. UFMG. n.71. p.20-44. Belo Horizonte, 1978.

APONTE, Alejandro. *Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**. n.64, 2007.

ARCHIBUGI, Daniele, *Cosmopolitan Democracy: A Restatement* (February 17, 2011). Disponível na Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1460678>.

ARENDT, Hannah. **Essays in Understanding: 1930-1954: Formation, Exile, and Totalitarianism**. New York: Schocken Books, 2005.

AVRITZER, Leonardo. *Teoria Democrática e Deliberação Pública*. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. nº50, São Paulo, 2000.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Estado e Direito como sistemas autopoieticos: uma abordagem da teoria de sistemas de Niklas Luhmann*. In: MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto.(Orgs.) **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Jose Luis Depalma Editor, 1999.

BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal: Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editora, 1998.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

_____. *Principios de Derecho Penal Mínimo*. In: *BARATTA, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do Poder. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 22, n. 86, Brasília, abr./jun. 1985.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BECHMANN; Gotthard; STEHR, Nico. *The Legacy of Niklas Luhmann*. In: **Society**. Jan/fev. 2002.

BENHABIB, Seyla. *Is There a Human Right to Democracy? Beyond Interventionism and Indifference*. In: **Dignity in Adversity: human rights in troubled times**. Washington: Polity Press, 2011.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas: aplicação à Psicologia*. In: ANOHIN, P.K.; BERTALANFFY, Ludwig von; RAPOPORT, Anatol; MACKENZIE, W.J.M.; THOMPSON, James D. **Teoria dos Sistemas**. Trad. Maria da Graça Lustosa Beckskeházy. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1976.

BESSLER, John D., *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty and the Abolition Movement*. **Northwestern Journal of Law and Social Policy**, vol. 4, 2009.

BIN, Roberto. *Democrazia e Terrorismo*. **Collana della Facoltà di Giurisprudenza di Pavia**. Pavia: Cedam, 2006.

BIX, Brian H. *Robert Alexy, Radbruch's Formula and the Nature of Legal Theory*. In: **Rechtstheorie**. v.37, pp.139-149, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

_____. *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*. In: **Legal Studies Research Paper Series**. No.12-13. University of Minnesota Law School. 2011.

BLECKMANN, Frank. *Derecho Penal y Teoria de Sistemas*. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

BORRADORI, Giovanna. *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida [interviewed by Giovanna Borradori]*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n.148. Brasília, out./dez. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF, Rel. Min. Ayres Britto, 1998

_____. *Habeas Corpus* 82.424-RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003.

_____. *Habeas Corpus* 85.401, Rel. Min. Cezar Peluso, segunda turma, DJE de 12-2-2010.

_____. Recurso Extraordinário 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2009.

_____. Recurso Extraordinário. 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, 2011.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, Rel. Min. Celso de Mello, 2011.

BRUNO, Anibal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUNG, Jochen. *Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**. n.62, 2006.

CALO, Zachary R. *Torture, Necessity and Supreme Emergency: Law and Morality at the End of Law*. **Valparaiso University Law Review**, Vol. 43, p. 1591, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **A história da mitologia judaico-cristã: uma teoria sobre as religiões reveladas servida por uma antologia comentada de autores seletos**. São Paulo: Noeses, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. *As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**. n.83, 2010.

COPELLO, Patricia Laurenzo. *La Protección penal de los derechos de los ciudadanos*. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAHL, Robert A. *A Preface to Democratic Theory*. Chigado/ Londres: The University of Chicago Press, 2006.

DAHRENDORF, Ralf. *Law and Order*. Londres: Stevens & Sons, 1985.

_____. **Lei e Ordem**. Trad. Tamara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Bonn, Alemanha: Fundação Friedrich Naumann, 1987.

DARLEY, Kevin; ROBINSON, Paul H. *Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment*. In: **Journal of Personality and Social Psychology**. Vol. 83, n. 2, p.284-299. American Psychological Associaton, 2002.

DARNTON, Robert. **Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII**. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DE LA CRUZ, Alex Van Weezel. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales (Jesus-Maria Silva)*. In: **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 26, n.3. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile Editora, 1999.

DEÁK, Dániel. *Legal autopoiesis theory in operation – a study of the ECJ case of C-446/03 Marks & Spencer v. David Halsey*. In: **Acta Juridica Hungarica**, Budapeste, Hungria: Akadémiai Kiadó, p;145-175, 2009.

DELATTRE, Pierre. **Teoria dos Sistemas e Epistemologia**. Trad. José Afonso Furtado. Lisboa: A Regra do Jogo Edições, 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito Penal: parte Geral: Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 1997.

DUBBER, Markus. *A Political Theory of Criminal Law: Autonomy and the Legitimacy of State Punishment*. Março, 2004. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=529522>, acesso em 26/07/2012.

_____. *The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment*. **THE TRIAL ON TRIAL**, R.A. Duff et al. eds., 2004b. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=530122>

_____. *Legitimizing Penal Law*. In: **Cardozo Law Review**. Vol. 28, n. 6. Yeshiva University, 2007.

_____. *The Citizen in Penal Law*. 2008. Disponível na Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1485545>, acesso em 16/01/2013.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts/ Londres, UK: Harvard University Press, 2011.

DYZENHAUS, David. *Schmitt vs. Dicey: Are states of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*. **Cardoso Law Review**, vol. 27, 2008.

ECO, Umberto. **O Cemitério de Praga**. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. 2ªed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

EISGRÜBER, Christoffer. *Dimensions of Democracy*. In: **Princeton Law and Public Affairs Working Paper Series**. nº02, 2007.

ENTEL, Lucas, *Struggling for Democracy and Human Rights – Cosmopolitanism in Transitional Democracies* (September 2, 2010). Disponível na Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1671063>.

FAGAN, Jeffrey; MEARES, Tracey L. *Punishment, Deterrence and Social Control: the paradox of punishment in minority communities*. In: **Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group**. Nov. 2008. Cópia eletrônica disponível em <http://ssrn.com/abstract=223148>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Trad. Perfecto André Ibañez; Affonso Ruiz Miguel; et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. El Derecho Penal Mínimo. in: RAMIREZ, Juan Bustos (Org). **Previsión y Teoría de la Pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Entrevista “ARISTEGNI”*: CNN México. 2011. Disponível no You Tube. Acesso em 24/04/2011.

FEYERABEND, Paul. *Wittgenstein's Philosophical Investigations*. **The Philosophical Review**, Vol. 64, No. 3, pp. 449-483. Cornell University Press, 1955.

FISCHER-LESCANO, Andreas. *A Teoria Crítica dos Sistemas da Escola de Frankfurt*. In: **Revista Novos Estudos**. nº86, mar. 2010.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 34ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FRISCH, Wolfgang. *La Imputación Objetiva: estado de la cuestión*. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Trad. Jesus-María Silva Sanchez; María Teresa Castiñeira Palou; Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, et al. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Trad. Raul Ficker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Apresentação*. In: SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRECO, Luís. *As Regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**. n.78, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GROSS, Oren. *Chaos and Rules: Should responses to Violent Crises Always be Constitutional?*. **The Yale Law Journal**, vol. 112, 2003.

_____. *The Prohibition on Torture and the Limits of the Law*. In: _____. **Torture**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *The Concept of 'Crisis': What can We Learn from the Two Dictatorships of L. Quinctius Cincinnatus?*. **17th International Conference, Italy**. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=742506>. 2005. Acesso em: 17/09/2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança*. Trad. Pedro Maia. In: **Revista Novos Estudos**. n.83. Março, 2009.

GUTMANN, Amy. *A Desarmonia da Democracia*. In: **Revista Lua Nova**, n.36, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

_____. *Apresentação*. In: SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/ Teoria do Partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HALDEMANN, Frank. *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*. In: **Ratio Juris**. v.18, no.2, pp.162-178. Junho, 2005.

HAREL, Alon. *Why only the state may inflict criminal sanctions: the argument from moral burdens*. **Cardozo Law Review**. Vol. 28, n.6. Yeshiva University, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. Tlalpan, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Trad. Marco Antonio Casanova. Revisão: Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HENRIQUES, José Carlos. *Teorias da Imputação Penal Objetiva: contexto histórico e estado da questão*. In: **Athenas**, vol.1, n.1, jan-jun., 2012.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de hoje**. 2ªed. reelaborada. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HITA, Maria Gabriela. *Gênero, Ação e Sistema: a Reinvenção dos Sujeitos*. In: **Lua Nova**. n.43, 1998.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1990**. 2ª ed. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

_____. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. Trad. Maria Tereza Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2012.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2ª ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

_____. *Das Ich im Wir: Studien zur Anerkennungstheorie*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2010.

HÖRLE, Tatjana. *Matar para salvar muchas vidas: casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**. No. 2. Barcelona, jul.2010.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM Editora, 1993.

JAKAB, András. *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency - Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*. **German Law Journal**, Vol. 5, pp. 453-477, 2005

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. **Ritsumeikan Law Review**. n.21, p.93-107, 2004.

_____. **Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de la Sociedad**. Madrid: Civitas Ediciones, 2004a.

_____. **O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Orgs.) **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. *Prólogo*. In: POLAINO-ORTS, Miguel. **Derecho Penal del Enemigo: Desmistificación de un concepto**. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley, 2006.

_____. *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*. In: **HRRS: Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht**. Ano 7. Ago-Set. 2006a. (www.hrr-strafrecht.de - acesso em 05/01/2013)

_____. **La imputación jurídico-penal y las condicionaes de vigencia de la norma**. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

_____. Editorial: Vittorio Klostermann. Original publicado em *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2004. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

_____. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e Culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009a.

_____. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. 3ªed. Trad. da versão espanhola: André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JOUANJAN, Olivier. *“Pensamento da Ordem Concreta” e Ordem do Discurso “Jurídico” Nazista: Sobre Carl Schmitt*. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. no.2, 2010.

JUDT, Tony. **Pós-Guerra: Uma História da Europa desde 1945**. Trad. José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

JUNG, Carl Gustav. (Org). **O Homem e seus símbolos**. Trad. Maria Lúcia Pinho. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000.

KERSTING, Wolfgang. *O Fundamento de Validade da Moral e do Direito em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org). **Kant e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Trad. Juan Pablo Mañalich Raffo. In: **Revista para el Analisis del Derecho – InDret**. No. 4. Barcelona, out. 2008.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

KUTZ, Christopher. *Torture, Necessity and Existential Politics*. In: **Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series**. Stanford, California, 2005.

LIMA, Fernando Rister Sousa. *Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*. In: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Vol. 4. Curitiba, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkam Verlag, 1983a.

_____. **Poder**. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985a.

_____. A Sociedade Mundial como Sistema Social. In: **Lua Nova**. n. 47, Porto Alegre, 1999.

_____. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Editorial Herder, 2006.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2ªed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LUNA, Everardo da Cunha. Teoria finalista da ação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 16, n.62. Brasília, abr./jun. 1979.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Orgs.) **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto

Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual Racionalidade?** São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Otto Kirchheimer: uma contribuição à crítica do Direito Penal: levando o Direito Penal a Sério*. In: NOBRE, Marcos (Org.) **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas, SP: Papyrus, 2008.

MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana*. In: **Sociologias**. Ano 5, nº9, p.106-140. Porto Alegre, jan/jun. 2003.

_____ . *Presentación a la edición en castellano*. In: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Editorial Herder, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. v. II. 7ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMOR, Andrei. *The Rule of Law and Its Limits*. **USC Law and Public Policy Research Paper** No. 03-16. April, 2003.

MARTÍN, Luis Gracia. *Sobre a negação da condição de pessoa como paradigma do “Direito Penal do Inimigo”*. Trad. Érika Mendes de Carvalho; Felipe Daniel Amorim Machado. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINS, Roberto de A. **História da Física 2: o eletromagnetismo no século XIX**. Apresentação disponível no site <http://www.ghtc.usp.br/server/HFIS/histfis-i9.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

MCCORMACK, Wayne. *Emergency Powers and Terrorism*. University of Utah Legal Studies Paper No. 05-12. **Military Law Review**, Vol. 185, p. 69, 2005.

MELLO, Marcelo Pereira de. A Perspectiva Sistêmica na sociologia do Direito: Luhmann e Teubner. In: **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. v.18, nº1, jun/2006.

MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto.(Orgs.) **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

MEYLER, Bernadette A. *Economic Emergency and the Rule of Law*. Cornell Legal Studies Research Paper No. 06-045. **DePaul Law Review**, 2007.

MILITELLO, Vincenzo. Introdução à edição italiana. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ªed. 2ª reimpresión. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

MOUFFE, Chantal. *Pluralismo artístico e democracia radical*. **Cadernos da Escola do Legislativo**. n.5, pp.75-87. Belo Horizonte: jul/dez. 1999.

MÜSSIG, Bernd. *Aspectos Teórico-Jurídicos y Teórico-Sociales de la Imputación Objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización*. In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y Posibilidad de Aplicación**. Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

NAFARRETE, Javier Torres. *Galáxias de Comunicação: o Legado Teórico de Luhmann*. In: **Revista Lua Nova**. nº51, Porto Alegre, 2000.

NAVARRO, Evaristo Prieto. **La Teoría de Sistemas y el Problema del control de la conducta**. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. In: **Lua Nova**. nº37, 1996.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. In: **Sociologias**. Ano 8, n.15, p.182-207. Porto Alegre, jan/jun. 2006.

NOUR, Soraya; FATH, Thorsten. Entre Multitude e Mundo da Vida: a crítica de Hardt e Negri a Habermas. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol.21, nº 62, outubro/2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3ªed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PASCAL, Georges. **O Pensamento de Kant**. 2ªed. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1985.

PFETSCH, Frank Richard. *Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização*. Trad. Estevão Chaves de Rezende Martins. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. 41 (2), p.102-117, 1998.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Beauty and the Beast: Art and Law in the Hall of Mirrors*. In: **Entertainment Law**, vol.2, No.3. pp.1-34, Outono, 2003.

_____. *Critical Autopoiesis: The Environment of Law*. In: VRIES, Bald de; FRANCO, Lyana (Eds.). **Law Environment: The Critical Legal Perspectives**. Eleven International Publishing. The Hague, Netherlands, 2011.

_____. *The Successful Failing of Legal Theory*. In: A. Parashar and A. Dhanda (editores). **Decolonisation of Legal Knowledge**, London: Routledge, 2009. Cópia eletrônica disponível em <http://ssrn.com/abstract=1494871>, acesso em 13 de maio de 2012.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo: Desmistificación de un concepto*. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley, 2006.

POZO, José Hurtado. *Manual de Derecho Penal Peruano*. 2ªed. Lima: EDDILI Ed., 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2ª ed. Montevideo/ Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*. In: **Süddeutsche Juristenzeitung**. pp.105-108, 1946.

_____. *Statutory Lawlessness and Supra-statutory Law (1946)*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson; Stanley L. Paulson. In: **Oxford Journal of Legal Studies**. Vol. 26, no.1, pp.1-11. 2006.

RAZ, Joseph. **A Moralidade da Liberdade**. Trad. Henrique Blecher; Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 4(2):193-213. São Leopoldo, RS: UNISINOS, Jul-dez., 2012.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal*. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantias Constitucionais – um discurso que não seduz*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROTTLEUTHNER, Hubert. *Legal Positivism and National Socialism: A Contribution to a Theory of Legal Development*. In: **German Law Journal**. vol.12, no. 01, 2011.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981.

_____. *Derecho Penal – parte general: fundamentos La estructura de la Teoria del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gomez Rivero; Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

_____. *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*. Trad. Ricardo Robles Planas; Ivó Coca Vila. In: **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**. No.4. Barcelona, out/2012.

SALIGER, Frank. *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtkonzept?*. Disponível em <http://www.strafverteidigervereinigungen.org/feindstrafrecht.htm>. Acesso em 17/03/2013. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporaneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

_____. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4ª ed. Trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Ed., 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHABBACH, Leticia Maria. *Exclusão, ilegalidades e organizações criminosas no Brasil*. In: **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p.48-71, jul./dez. 2008.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O Conceito do Político / Teoria do Partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Comentário ao estudo de Luís Greco*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**. n.78, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria Autopoiética do Direito**. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2005.

SEIDL, David; SCHOENEBOERN, Dennis. *Niklas Luhmann's Autopoietic Theory of Organisations: Contributions, Limitations, and Future Prospects*. In: **IOU Working Papers Series**. Zurique, Suíça: University of Zurich, 2010. Cópia eletrônica disponível em <http://ssrn.com/abstract=1552847>.

SILVA, Nívia Mônica. **Teoria Geral dos Sistemas Sociais: a complexidade do mundo moderno**. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC Minas. Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte, 2010.

SILVA COELHO, Thalita da. **Bem jurídico penal como limitação ao jus puniendi e perspectivas de descriminalização**. Dissertação de mestrado – PUC Minas. Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky. Belo Horizonte, 2012.

SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOLUM, Lawrence B., *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* (April 28, 2011). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1825543>. Acesso em 21/11/2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ªed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, *Ex Parte Milligan*, **71 U.S. 2 (1866)**. Justice Davis, 1866.

_____. *Terminiello vs. Chicago*. 337 U.S.1, 37 (1949).

TALEB, Nassim Nicholas. **A Lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.

TEUBNER, Günther. *How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law*. In: **Law & Society Review**. Vol. 23, nº5, 1989.

_____. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses* (1997). **LAW, SOCIETY AND ECONOMY**, Richard Rawlings, ed., Oxford University Press, pp. 149-176, 1997. Disponível na Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=896477>

TODOROV, Tzvetan. ***Facing the Extreme: Moral life in the Concentration Camps***. Trad. Arthur Denner; Abigail Pollack. 1ª ed. americana. Nova Iorque: Owl Books, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TUSHNET, Mark. *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*. **Wisconsin Law Review**, Forthcoming. 2003. Disponível na Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=368323>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o “progresso ao retrocesso”**. Coimbra, Portugal; São Paulo: Editora Almedina, 2010.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Ontologia e História**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

VOSSENKUHL, Wilhelm. ***Philosophie: basics***. München-Zürich: Piper, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

WELLMAN, Christopher Heath. *Debate: Taking Human Rights Seriously*. **The Journal of Political Philosophy**, vol. 20, n.1, p.119-130, 2012.

WELZEL, Hans. *Teoría de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

_____. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

WEINGAST, Barry R. *Political Institutions: Rational Choice Perspectives*. In: GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (Ed.). *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. a.31, nº124, out./dez. 1994.

WOODWORTH, Warner Peay. Perspectivas sobre teoria dos sistemas. In: ANOHIN, P.K.; BERTALANFFY, Ludwig von; RAPOPORT, Anatol; MACKENZIE, W.J.M; THOMPSON, James D. **Teoria dos Sistemas**. Trad. Maria da Graça Lustosa Beckskeházy. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1976.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YIN, Tung. *Procedural Due Process to Determine Enemy Combatant Status in the War on Terrorism*. **University of Iowa Legal Studies Paper**. n.05-22, ago., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. III. Buenos Aires: EDIAR Editora, 1981.

_____. *A Legitimação do Controle Penal dos “Estranhos”*. In: ZAFFARONI, E. R.; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – II, i: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI; E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.