

AS TRÊS VELOCIDADES CONTRÁRIAS À MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Gerson Faustino Rosa¹
Eloise Cristina Faustino Rosa²

RESUMO: O presente trabalho tem como meta a análise crítica e a exploração de um grande problema político-criminal da atualidade, qual seja, a expansão do Direito Penal, decorrente da atividade desenfreada do poder legislativo, que produz leis penais para tutelar bens jurídicos outros, passíveis de proteção por outras esferas do Direito, ampliando demais o alcance da Ciência Penal, a ponto de impossibilitar ao seu aplicador realização da devida prestação técnico-profissional, além de vulgarizar todo o sistema penal em razão de seu uso indiscriminado, heterogeneizando-o. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da relação existente entre a política criminal e a dogmática penal dentro da composição das Ciências Penais. Posteriormente, destacam-se os princípios político-criminais, que devem dirigir e limitar o trabalho do legislador na esfera penal. Adiante, apresentou-se o tema central deste trabalho, qual seja a modernização do Direito Penal, trazendo à luz a posição favorável ao movimento expansionista “liderado” por Luis Gracia Martín, além de expor o entendimento contrário à modernização, onde se aduz as opiniões e sugestões de Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz e Jesús-María Silva Sanches. Conclui-se, nesta esteira, que essa ampliação do Direito Criminal não pode valer-se da força comunicativa desta esfera para a imposição de penas privativas de liberdade a fim de abarcar questões de outros ramos do Direito. Assim, observa-se que o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade, pois a expansão do Direito Punitivo carece de razoabilidade político-jurídica.

Palavras-chave: Política Criminal, Dogmática Penal, Expansionismo Penal, Modernização do Direito Penal, Pena Privativa de Liberdade.

1 INTRODUÇÃO

Diante da impossibilidade de se voltar ao velho e bom Direito Penal Liberal, constatando-se assim a ocorrência uma progressiva expansão do Direito

¹ Investigador de Polícia no Estado do Paraná, graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ e pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - PR.

² Advogada, graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP, pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e dicente do curso de Medicina pela Universidade do Oeste Paulista (Unoeste).

Penal, há quem advogue, como Jesús-María Silva Sánchez, pela volta ao Direito Penal liberal, um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia.

A intenção que rege tal proposta é, indubitavelmente, a de recuperar sua configuração como um Direito estrito de garantia dos cidadãos diante da intervenção repressiva do Estado. Porém, em verdade, o Direito Penal liberal que pretendem reconstruir agora, nunca existiu como tal.

Primeiro, porque tal reconstrução ignora a presença naquele de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Segundo, porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis.

Há ainda, aqueles que propugnam, como Hassemer e Luiz Flávio Gomes - sem chegar a uma radical redução do Direito Penal à proteção da vida, saúde, liberdade e patrimônio, que a maior parte do fenômeno expansivo do Direito Penal teria de ser reconduzida a um Direito de Intervenção, ou Direito Administrativo sancionador, ou ainda, Direito Judicial Sancionador -, defendendo a elaboração de um “novo ramo” do Direito, intermediário aos Direitos Penal e Administrativo, apto a tutelar situações não consideradas de *ultima ratio*, mas que dependam de uma tutela, ainda que menos rigorosa, porém eficiente.

O grande problema que se apresenta, motivando essa breve explanação, decorre do fato de que o Direito Penal vigente na maioria dos países propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos “administrativizados”, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados, tendenciando-se, outrossim, o prosseguimento nessa linha, em termos corrigidos e aumentados.

Nesta seara, admitir-se-ia que propor a “devolução” ao Direito Administrativo de todo o “novo” Direito Penal é, certamente, uma postura admirável sob perspectivas academicistas, mas evita afrontar as razões pelas quais produziu-se essa inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível.

Diante disso, apresentar-se-á algumas soluções político-criminais, explanando acerca das vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade. Desenvolvendo-se, para isso, pesquisas pelo método dedutivo, através

de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos. Utilizando-se assim, doutrinas, livros e periódicos.

2 A RELAÇÃO DE COMPLETEDE ENTRE A POLÍTICA CRIMINAL E A DOGMÁTICA PENAL

Dentro do estudo das Ciências Penais temos a política criminal, a dogmática penal e a criminologia³, todas autônomas, porém interligadas entre si, por uma relação de interdependência prática.

Enquanto a dogmática penal ocupa-se da interpretação, sistematização e desenvolvimento dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do direito penal (ROXIN, 2002, p.186-187), a política criminal corresponde à que deve ser implementada no combate à criminalidade, sendo, portanto, o aspecto do controle penal relacionado com o poder que o Estado tem de definir um conflito social como criminal (MALARÉE e RAMÍREZ, 2006, p. 40).

Observa-se que a política criminal impulsiona a dogmática penal, tendenciando-a, pois aquela precisa ser sensível aos anseios e perspectivas sociais, refletindo-se na realidade normativa, ou seja, no conteúdo da dogmática penal. Neste sentido, Franz von Liszt (2003, p. 88) sistematizou e preocupou-se com os limites da Política Criminal, afirmando ser o Direito Penal sua barreira intransponível.

Nota-se, com isso, que a política criminal é a ciência destinada à orientação do Direito Penal (dogmática penal), a quem incumbe “filtrar” as tendências político-criminais, criar, reformar e extinguir as normas penais, limitando tais tendências (Princípio da Legalidade) a fim de se evitar arbitrariedades por parte do Estado. Destaca-se, no entanto, o caráter autônomo e construtivo da política criminal, posto que, além de ser uma ciência autônoma, constrói, reforma e orienta o direito penal, sugerindo as devidas correções às suas imperfeições, bem como,

³ A criminologia constitui ciência empírica, que, com base em dados e demonstrações fáticas, busca uma explicação causal do delito como obra de uma pessoa determinada (ESTEFAM, 2010, p. 40).

interferindo na interpretação e aplicação das normas penais, antecedendo a atividade do legislador⁴.

Atualmente, Claus Roxin (2002, p.188), contrariando as lições de Liszt, nega a existência de qualquer “barreira” entre a política criminal e a dogmática penal, e defende a construção de um sistema onde a política criminal adentra livremente a dogmática penal. Não significa, com isso, que elas não sejam autônomas, mas sim, que interagem sinergicamente, colaborando para a construção de um sistema penal permeável às exigências e tendências político-criminais.

Deixa-se, portanto, o sistema causalista de Franz Von Liszt, para adotar o sistema funcionalista de Claus Roxin, que tem como prioridade a estabilidade do sistema jurídico-penal, o qual deve, sobretudo, funcionar perfeitamente, sem embaraços.

A única “barreira” proposta por Roxin, paira na aplicação dos princípios constitucionais, refletindo o Estado Democrático de Direitos, ou seja, o espelhamento do plano ontológico (plano do ser). Assim, somente as diretrizes político-criminais harmonizadas com os valores constitucionais poderão ingressar no Direito Penal. Dito de outra forma, a política criminal somente poderá transpor a “barreira” da dogmática penal quando estiver em consonância com o estabelecido valores constitucionais⁵.

3 PRINCÍPIOS DA POLÍTICA CRIMINAL

À luz da exposição feita por Beccaria, (2006, p. 202-240), em 1764, em seu breviário de política criminal *Dos Delitos e Das Penas*, trar-se-á um breve relato acerca do enunciado dos princípios da política criminal, conforme segue, tendo em vista que, ignorando-os, produzir-se-ia um *não-Direito*:

⁴ Neste sentido Enrique Bacigapulo (1999, p. 66) destaca que os postulados da política criminal servem, então, como critérios de decisão a respeito dos sistemas dogmáticos para aplicação do direito penal, de modo que a política e a dogmática penal integram-se de modo indissolúvel na ciência penal.

⁵ Para um estudo minucioso, cf. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

a) Princípio da Legalidade dos Delitos e das Penas: trata-se de uma das maiores conquistas da humanidade, iniciada formalmente em 1628, quando a elaboração de uma petição de direitos (*Petition of Right*), lançou a semente da revolução inglesa, contribuindo para a proibição de prisões ilegais. Tal princípio, nos dias atuais, traduz-se na previsão legal de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5.º, XXXIX, CF e art. 1.º, CP)⁶. O princípio da legalidade dá lugar a uma série de garantias e consêquências em que se manifesta o seu aspecto material – não simplesmente formal -, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apogema *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, que cumpre funções reciprocamente condicionadas, quais sejam: limitações das fontes formais do direito penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão (PRADO, 2002, p. 112).

Faz-se também, segundo Ferrajoli (1995, p. 95) distinção entre a mera legalidade, que tem na lei condição indispensável do delito e da pena (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), e o postulado da estrita legalidade, como modelo regulativo, que exige as demais garantias como fundamento da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).

b) Princípio da Proporcionalidade: para Beccaria (2006, p.229), as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. Para Montesquieu, a proporcionalidade entre uma pena e o delito é a forma de impedir o excesso, isto é, que a pena seja uma violência do homem para com o homem (1996, p. 198).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1795, estabelece em seu art. 12: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

Deve, entretanto, existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do

⁶ Assim, enuncia Cesare Beccaria (2006, p. 33) que apenas as leis podem fixar penas com relação aos delitos praticados; e esta autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta (PRADO, 2002, p. 122).

c) Princípio da intervenção Mínima: A lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio* e, preferencialmente, só deverá fazê-lo, na medida em que for capaz de ter eficácia. Posto que, o uso excessivo da sanção penal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens, mas ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa (PRADO, 2002, P.120), corroborando assim com o que defende-se no presente trabalho, uma vez que busca-se uma solução, ou ao menos uma atenuação, para o desenfreamento do poder legiferante, em especial, na esfera criminal.

d) Princípio da Culpabilidade: postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida de culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade. Até a Idade Média notava-se a existência do princípio canônico *versare in re illicita*, segundo o qual imputava-se o ato criminoso ao agente pelo simples fato de ter ele agido voluntariamente, ainda que não houvesse dolo ou culpa (CEREZO MIR, 1994, p. 60 e ss.). Hodiernamente, porém, o princípio da culpabilidade possui três dimensões (LUISE, 2003, p. 34): a) proibição da responsabilidade penal sem dolo ou culpa; b) vedação de aplicação da pena sem culpabilidade; c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

e) Princípio da Humanidade na Execução de Penas: A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex.: multas, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana). Em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida

que atentar contra a dignidade humana, conforme se abstrai da proibição constitucional constante no art. 5.º, XLV a XLIX, da Carta Constitucional brasileira.⁷

f) Princípio da Lesividade: não se pode admitir a incriminação de condutas puramente subjetivas, isto é, aquelas que não lesionem bens alheios. Se a ação ou omissão for meramente pecaminosa ou imoral, não apresentará a necessária lesividade que legitima a intervenção do Direito Penal (Estefam, 2010, p. 120). Por conta desse princípio não se pune a autolesão, salvo quando se projeta a prejudicar terceiros, como nos casos dos art. 171, § 2.º, V, do CP (autolesão para fraudar seguro), da tentativa de suicídio (o nosso CP pune somente a participação em suicídio alheio – art. 122), o uso pretérito de droga etc.

Para Roxin (2008, p.63), a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias. Desta forma, condutas que alberguem comportamentos puramente antiéticos, imorais ou pecaminosos, por serem incompatíveis com o modelo de Estado atual e violarem a dignidade da pessoa humana, são absolutamente inconstitucionais.

3 EXPANSIONISMO PENAL

Já não se encontra o Estado autoritário que quer assegurar seu poder (como é, não esqueçamos, uma das tradições em matéria penal); nas raízes programáticas encontramos, isto sim, um grupo de fatores que são os seguintes

⁷ XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(PRITTWITZ, 2009, p. 7-10): a) O desenvolvimento tecnológico e as ciências naturais, que, como seus riscos específicos, parece exigir uma reação estatal; b) Novos agentes criminais, que querem utilizar o Direito Penal para novos propósitos - muitas vezes bastante sedutores – tais como: proteger o meio ambiente contra a sociedade, proteger as mulheres e as crianças contra os homens; c) Mencione-se, ainda, o mito da dirigibilidade através do Direito, e, particularmente, por meio do Direito Penal; denomino-a *mito* porque essa ideia (plausível) mostrou-se surpreendentemente resistente a argumentos empíricos.

E todos esses fatores devem ser avaliados no contexto de uma percepção, a de que as liberdades dos cidadãos são ameaçadas, cada dia menos, pelo Estado e cada vez mais, por seus próprios co-cidadãos (PRITTWITZ, 2009, p. 8-10).

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

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

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

Dessa forma, trava-se, Segundo Prittwitz (2009, p. 4), intenso debate entre alguns penalistas que polemicamente se inscrevem como os que querem modernizar o Direito Penal, destruindo-o e os que persistem, até com certa com “ingenuidade” - e às vezes até com fundamentalismo - na idéia de um Direito Penal *garantista*, perdendo, assim, qualquer influxo ante a realidade política e social.

3.1 A Modernização do Direito Penal Segundo Luis Gracia Martín

Luis Gracia Martín em sua obra (2003) sobre a expansão do Direito Penal defende a modernização do Direito Criminal, dispondo que há, nos dias atuais, um incremento quantitativo de tipos penais, em razão do que o Direito Penal vê crescer e aumentar, formalmente, o número de delitos ou, ao menos, a imposição de penas com maior rigor e restrição de direitos fundamentais em prol da coletividade. Assim sendo, o autor defende que temos, atualmente, duas espécies de Direito Penal:

a) Direito Penal clássico: inerente a um *Estado Liberal* que prevê *princípios penais e processuais penais* de forma *garantista*, tutelando *bens jurídicos individuais*, tais como a vida, o patrimônio, a honra etc. É, portanto, o Direito Penal em sentido estrito, aplicador da pena privativa de liberdade, com penas intimamente vinculadas ao ser da pessoa, e não ao ter ou ao estar. Trata-se do Direito Penal nuclear.

b) Direito Penal moderno: próprio de um *Estado Social Democrático*, protetor de *bens jurídicos individuais, coletivos e transindividuais*, tais como a economia, o meio ambiente, o patrimônio genético entre outros⁸, bens jurídicos estes que situam-se ao redor do núcleo do Direito Penal (Direito Penal clássico). Diante disso, temos então uma “*pró-expansão*” do Direito Penal, uma modernização, ou seja, uma ampliação do alcance do Direito Penal para fora do núcleo rígido, passando a salvaguardar outros bens jurídicos localizados ao seu redor.

No Brasil, a modernização do Direito Penal deu-se por meio da legislação penal especial, com a criação de estatutos como o ECA, o CDC, a Lei Antidrogas, a Lei de Biossegurança, a Lei de Crimes Ambientais etc, o que mantém-nos, ainda, dentro da seara penal.

Questiona-se, então, se este seria o melhor caminho, pois dificulta, e muito, para o aplicador do Direito, em especial do Direito Penal, que deve estar a par

⁸ A *pro-expansão* do Direito Penal, no Brasil, se deu por meio da legislação penal especial, com a criação de estatutos como o ECA, o CDC, a Lei Antidrogas, a Lei de Biossegurança, a Lei de Crimes Ambientais etc.

de todos estes microsistemas, bem como, dessa grande multiplicidade de crimes esparsos em toda a legislação extravagante, em sua maioria, incompatíveis entre si. Um grade exemplo é a Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) que traz em seu bojo nada menos do que 40 tipos penais (arts. 29 a 69-A).

Diante desse grande número de delitos e da dificuldade na aplicação do direito pelo aplicador, temos como consequência, a marginalização do Direito Penal, que em razão de sua constante infringibilidade sem a devida repressão, estabelece no meio social uma sensação de impunidade, de insegurança jurídica, tirando toda a credibilidade do Direito Penal, que passa a ser apenas simbólico.

3.2 Movimento Contrário a modernização do Direito Penal

3.2.1 Direito de Intervenção

Essa realidade da modernização do Direito Penal é muito criticada, e as principais objeções foram formuladas de maneira proeminente na Escola de Frankfurt, na Alemanha, onde Winfried Hassemer (1993, p. 635-646), Cornelius Prittwitz (2009), dentre outros autores, entendendo que a utilização indiscriminada do poder comunicativo do Direito Penal e das penas privativas de liberdade, além de desproporcionais e desnecessárias, estão vulgarizando, dia após dia, o *status* adquirido pela esfera penal, cabível somente nos casos em que os demais ramos do Direito forem insuficientes, sendo esta a última *ratio*, utilizável somente na proteção de bens jurídicos essenciais.

Para Hassemer (PRITTWITZ, 2009, P. 35-36) são colocados em risco os fundamentos do Direito penal garantista quando este é utilizado para resolver os problemas sociais. Assim, o *Direito de Intervenção* surge como uma alternativa possível para o problema, isto é, um Direito que seria mais flexível e adequado para resolver os problemas específicos das sociedades modernas; que seria algo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, mas também algo entre o Direito Penal e o Direito civil, e que, finalmente, seria caracterizado por um menor número de

garantias e de normativas processuais, acompanhado de uma menor gravidade das sanções.

Verifica-se então que Hassemer (2003, p. 640) propõe a elaboração de um novo ramo da ciência jurídica, situado entre os Direitos público e privado, com sanções próprias - como por exemplo a reparação do dano -, com a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos e a relativização dos institutos e garantias do Direito Penal. Temos então, como consequência, uma *administrativização* do Direito Penal, restando ao núcleo criminal somente a proteção dos bens jurídicos individuais e alguns poucos coletivos, quando possível sua harmonização com o sistema penal (clássico). Como exemplo aproximado do Direito de Intervenção no Brasil, temos o Jecrim (Juizado Especial Criminal), onde temos a aplicação, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, de penas restritivas de direitos, a realização de transações penais, suspensão do processo etc.

3.2.2 A proposta de um Direito Penal de duas velocidades de Jesús-María Silva-Sánchez.

Contrapondo-se à modernização do Direito Penal defendida por Luis Gracia Martín, Jesús-María Silva Sánchez apresenta-se como defensor de um movimento contrário à *expansão penal*, criticando a imposição de penas privativas de liberdade para tutela de bens jurídicos coletivos, dispondo que “a ausência de *penas corporais* permitiria flexibilizar o modelo de imputação”, motivo pelo qual, Silva Sánchez (2002, p. 147) propõe um *Direito Penal de duas velocidades*:

a) Direito Penal de 1ª velocidade: tem-se o *núcleo* do Direito Criminal, ou seja, o Direito Penal clássico, onde tutela-se bens jurídicos individuais e se atende a todas as garantias penais e processuais inerentes a um Estado de Direito. Temos aqui, verdadeiramente, o Direito Penal, aplicador das penas privativas de liberdade.

b) Direito Penal de 2ª velocidade: por sua vez, o autor advoga pela criação de um *Direito Penal de 2ª velocidade*, moderno, para tutelar *novos* bens jurídicos, sobretudo os de caráter coletivo, difusos e transindividuais, flexibilizando-se, com isso, as garantias penais e processuais asseguradas pelo Direito Penal

tradicional, posto que, nesta segunda velocidade não serão admitidas penas privativas de liberdade. Trata-se de uma ideia que se aproxima do Direito Penal moderno explanado por Luis Gracia Martín.

Em suma, defende-se aqui a aplicação do Direito Penal em duas vertentes (velocidades), sendo uma punida com penas privativas de liberdade (Direito Penal nuclear, mínimo e rígido), e outra com penas de caráter cível e administrativo, porém, nesta última, ter-se-á a relativização das garantias penais e processuais penais - Direito Penal amplo e flexível (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.145).

Silva Sánchez observa ainda que, para que o Direito Penal de 2ª velocidade seja eficiente, apesar da aplicabilidade de penas de caráter não-corporal, necessário seria que suas sanções fossem impostas por meio da instância judicial penal, preservando-se os elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa própria do Direito Penal (2002, 139).

c) Direito Penal de 3ª velocidade: Saliente-se, por derradeiro, que Silva Sánchez, contrário à expansão do Direito Penal, defende a existência de um Direito Penal de 3ª velocidade, advindo da ideia cunhada por Günther Jakobs⁹, em 1985, qual seja o *Direito Penal do inimigo*, quando tratou acerca da possibilidade de se punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs (2003, p. 48) constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direitos, considerando “inimigo” todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema normativo e a ordem social vigentes, colocando-se à margem. Por tais motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois o inimigo não cumpre “o contrato social” (ROUSSEAU, 2001). Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem, por isso, para eles não há Direito, mas sim uma legislação de luta, de combate, que no fundo traduz-se em um “não Direito”, de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para recuperar e preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

⁹ Para maior aprofundamento sobre o assunto *vide* JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p.47 e ss.

Desta forma, teríamos dois Direitos Penais: um para o cidadão - cindido em Direito Penal de 1ª e de 2ª velocidade – e outro para o inimigo – Direito Penal de 3ª velocidade. Apesar de sólida, sedutora e muito bem fundamentada a tese de Günther Jakobs, alguns questionamentos ainda estão sem a devida resposta, tais como: quem é o inimigo? A quem compete rotular o inimigo? Quando nasce tal rótulo? No Inquérito Policial, no processo ou já nasce com o indivíduo? Ademais, não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é essência do homem, ao passo que, admitindo algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

4 CONCLUSÃO

Tendo em vista que, nos dias atuais a demanda social de proteção por meio do Direito Penal não se vê satisfeita de um modo funcional com o Direito Penal reduzido a seu núcleo principal, é inevitável a sua expansão. Porém, essa ampliação do Direito Criminal não pode basear sua requerida força comunicativa na imposição de penas privativas de liberdade. Assim, observa-se que o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade, pois a expansão do Direito Punitivo carece de razoabilidade político-jurídica.

Constata-se, dessa forma, a existência de dois problemas atuais. A uma, o fato de o Direito Penal vir sendo utilizado, e até com certa frequência pelo legislador como “resposta imediata” a “todos” os problemas sociais relatados – com requintes de sensacionalismo – pela mídia (Direito Penal de emergência), sem maiores reflexões, gerando um *populismo penal* inadmissível. A duas, é que em decorrência de a pena privativa de liberdade estar sendo utilizada sem razoabilidade político-jurídica como resposta aos “anseios sociais” (fabricados pelos agentes de reprodução do poder social), a tendência é que tenhamos, nas próximas décadas, uma população carcerária em um número extremamente superior ao atual (mesmo assim, longe de cumprir as finalidades da pena).

Diante disso, apesar de ser de grande valia a solução trazida por Silva Sánches, considerando-se que outros meios, que não a aplicação da pena privativa de liberdade, mostram-se eficazes para reparar danos causados por meros ilícitos de acumulação ou perigo presumido, distantes de um perigo real para bens individuais. Porém, uma ressalva há que ser feita quanto à utilização da 2ª *velocidade* do Direito Penal para suprir a insaciável demanda social, posto que o problema maior reside justamente na exploração da instância judicial-penal para a imposição de tais sanções, sob o argumento de que a preservação dos elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa do Direito Penal empreenderiam maior eficácia na aplicação das penas.

O que não deixa de ser verdade, mas uma verdade preocupante, pois certamente teríamos uma vulgarização de todo o Direito Penal – que, por sinal, já vem ocorrendo – o qual deveria intervir minimamente, sendo utilizado somente de

forma subsidiária, como *ultima ratio*, ou seja, para a resolução de problemas em que os demais ramos do Direito mostrem-se incapazes de solucionar.

Conseqüentemente, perder-se-á todo o poder místico e coercitivo inerente ao Direito Punitivo, equiparando-o aos demais ramos do Direito. Neste aspecto, talvez a solução apresentada por Hassemer – de se criar um novo ramo do Direito, um Direito de Intervenção – seja mais interessante, pois parece mais prudente valer-se de um *Direito de Intervenção* (intermediário) com menos capacidade simbólico-comunicativa, do que sacrificar o Direito Penal.

Cabível ainda uma crítica no sentido de que Silva Sánches, ao propor um abrandamento (mais eficiente) na punibilidade dos delitos socioeconômicos, na verdade está a escancarar a utilização do Direito Penal como instrumento reprodutor do poder social, fruto de um Estado que legaliza a violência de classes dos *criminosos reais* detentores do poder. Nesse sentido, o chamado *idealismo de esquerda* advoga que o controle social de classes tem na prisão sua instituição central – e na polícia, seu agente principal -, ambos caracterizados por uma *eficiente ineficiência* no controle do crime: o objetivo oculto seria constituir uma ameaça permanente contra as classes sociais objeto de exploração econômica e de dominação política.

Ademais, no que tange à breve explanação sobre a 3.^a *velocidade* do Direito Penal, onde Silva Sanches defende a necessidade de um *Direito Penal do Inimigo*, pensamos que, ao se admitir a violação de direitos e garantias individuais dos denominados “inimigos”, direitos estes assegurados no núcleo intangível da Constituição Federal - conquistados ao longo da história da humanidade através de árduas batalhas e revoluções -, a fim de salvaguardar o mínimo de liberdade aos cidadãos, limitando a atuação do Estado. Certamente tal violação se estenderá, em um futuro próximo, como consequência, aos direitos dos “cidadãos”, permitindo que a esfera de atuação e reprodução do poder estatal cresça em detrimento da liberdade individual do homem, restringido-a.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGAPULO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Suicidio, eutanásia y Derecho Penal: estudio Del art. 143 del Código penal español y propuesta de *lege ferenda***. Granada: Editorial Comares, 2009.

CEREZO MIR, José. **Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e européia**. Trad. Luiz Regis Prado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 1994, v. 6.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. 1ª. ed. Valencia. 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

LISZT, Frans von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. I e II.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan Bustos. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trota, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal em uma encruzilhada: abolição, diversificação, retornar à razão ou entrar em razão?** (Título original: ¿El Derecho Penal en la encrucijada: abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón?). Trad. Érika Mendes de Carvalho. Maringá: Revista de Ciências Jurídicas - UEM, v.7 n.1, jan./jun. 2009, disponível em: periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/.../5944.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: **O contrato Social** (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Derecho penal: parte general.** Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2. ed. (1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas. Reimpresão: 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** 3ª. ed. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____. **Eficiencia y Derecho Penal,** in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, Enero-Abril, 1996.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

YOUNG, J. **A criminologia da classe trabalhadora.** In I. Taylor et alii (Ed.) Criminologia crítica. Rio: Graal, 1980.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário.** Porto Alegre: Fascículos de Ciencias Penales: Drogas – abordagem interdisciplinar. 1990, v. 3.