

A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito*

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Direito Penal. Universidade de Castilla – La Mancha, Toledo

SUMÁRIO

I. Introdução

1. Direito Penal: Lei do mais fraco ou exibição de força?
2. Garantismo como modelo de deslegitimação
3. Níveis internos de garantismo
 - 3.1. O que é o garantismo?
 - 3.2. Garantismo como filosofia política e garantismo penal como filosofia do Direito Penal
 - 3.3. Garantismo como modelo de Ciência do Direito e garantismo penal como modelo de dogmática jurídica
 - 3.4. Garantismo como modelo de Direito vigente

II. Crise do modelo garantista do Direito Penal

1. BECCARIA, garantismo e constitucionalismo
2. Da expansão ao paroxismo penal

III. Em modo de conclusão

IV. Bibliografia

* O presente texto coincide, essencialmente, com a conferência «Crisis y deconstrucción del modelo garantista de Derecho penal» conferida no XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal (Leão, 6/7/2017).

Tradução para língua portuguesa do original em língua espanhola, sob o título *Metamorfosis del Derecho Penal del Estado de Derecho*, a cargo de Pedro Garcia Marques.

I. Introdução

Gostaria de começar por assinalar algumas ideias-chave acerca do que se entende por modelo garantista de Direito Penal. Para isso, nada melhor do que ler a magnífica aproximação que LUIS PRIETO enceta no seu brilhante compêndio sobre *garantismo y derecho penal*¹ ao pensamento de LUIGI FERRAJOLI², máximo expoente desta construção sistemática que bebe a sua origem em CESARE BECCARIA^{3/4}.

1. Direito Penal: Lei do mais fraco ou exibição de força?

Por oposição à aposta do garantismo por um direito penal mínimo, a partir da recuperação dos postulados da Ilustração jurídica, afirma-se hoje, na teoria e na prática, um modelo de Direito Penal que não representa (nas palavras de FERRAJOLI) «a lei do mais fraco»⁵, mas antes uma exibição de força.

Curiosamente, contribuímos para esta «exibição» e, de certo modo, servimos também os penalistas através das nossas teorias de justificação da pena, no quadro das quais se constata lamentavelmente a revitalização e mesmo o florescimento de velhos e novos argumentos retribucionistas⁶. Frente a todas as demais teorias legitimadoras da pena e, inclusivamente, perante a proposta do Direito Penal mínimo do garantismo, se erigem as teorias abolicionista do Direito Penal, entre as quais é possível encontrar um ponto de contacto: seria melhor que os conflitos se pudessem solucionar com algo melhor que o Direito Penal⁷.

Ora bem, apenas a partir da triste constatação de que não seria possível, por hipótese, ordenar a convivência e ordenar ou prevenir os crimes, sem, em simultâneo (como bem sublinha FERRAJOLI), combater as penas desproporcionadas e a vingança privada, apenas então caberia defender, não já de um «direito a castigar», mas antes um Direito Penal inevitável e, em todo o caso, mínimo, sujeito a limites rigorosos. Apenas um Direito Penal desta natureza poderia

1 PRIETO (2011).

2 FERRAJOLI (1995) e (2011).

3 BECCARIA (1976).

4 *Vid.*, entre outras referências, ZAFFARONI (1989), pp. 521-552; LLOBET (2005); LLOBET (2013), pp. 255-270; MATUS (Dir.) (2011); FERRAJOLI (2014), pp. 51-63; ARROYO *et al.* (Eds.), 2016.

5 FERRAJOLI (1999).

6 *Vid.*, entre outras referências, FEJOO (2007); WHITE (Ed.) (2011), BRAITHWAITE & PETTIT (2015); DUFF (2015), WALTER (2016).

7 Com mais detalhe, DEMETRIO (1995), DEMETRIO (2003).

considerar-se válido no Estado constitucional de Direito, num Estado que, por definição, sujeita o próprio legislador a limites muito concretos que resultam da minimização da violência estadual e da busca da paz⁸, cujo fundamento último radica na proteção dos Direitos Humanos de todas as pessoas⁹.

Como tratarei de argumentar, a prova de que nos encontramos particularmente distantes destas ideias é o facto de que o Código Penal se converteu num livro de cabeceira para a maioria dos cidadãos, aos quais foi criada a convicção de que o Direito Penal é a «solução mágica» para quase todos os problemas, enquanto os populismos de toda a espécie (baseados sempre na demagogia e na manipulação) nele encontram a saída perfeita.

As críticas ao juiz garantista formulam-se a partir desta perspetiva como reivindicação da força e como incompreensão da função do juiz no Estado Constitucional de Direito, a qual não é, em caso algum, a de satisfazer instintos de vingança, mas antes o exercício de um poder-saber baseado no esquema epistemológico e nos valores nos quais aquele [poder-saber] se fundamenta¹⁰.

2. Garantismo como modelo de deslegitimação

Tal como o abolicionismo, o *garantismo* é uma teoria crítica, dado que o seu ponto de partida não é a legitimação, mas antes a deslegitimação do Direito Penal¹¹. No entanto, não o é em igual medida que aquele, já que o garantismo se conforma com um «Direito Penal mínimo» e não advoga pelo seu desaparecimento, ao mesmo tempo que se preocupa com a resposta que deve ser dada aos novos fenómenos de criminalidade¹².

O garantismo penal apresenta-se em primeira linha como um *modelo – hoje irreconhecível na prática – de deslegitimação* (baseado na predileção pelos mais fracos e na desconfiança por todos os poderes) do Direito Penal. Frente ao Direito Penal entendido como a encarnação perfeita do Leviatão do Estado,

8 PRIETO (2011), p. 11.

9 DEMETRIO (2004), p. 114; DEMETRIO (2006), p. 429.

10 PRIETO (2011), pp. 9 e ss.

11 PRIETO (2011), p. 13 («A sua função não é legitimadora, mas antes deslegitimadora do poder à luz de um modelo ético ou normativo que, em poucas palavras, é o modelo dos direitos humanos, logicamente prévios e condicionantes de toda a ordem jurídica. O garantismo rigorosamente positivista, como veremos, não encontra o seu principal adversário na venerável doutrina do direito natural, mas antes nos positivismos éticos que atualmente se multiplicam sob distintas etiquetas e roupagens e que pretendem sempre somar ao dado empírico da positividade a nobre auréola da justiça.» Tradução para português do original em língua espanhola).

12 Crítico, HERNÁNDEZ (2013).

o garantismo postula um exercício do poder punitivo sujeito a limites que têm como objetivo preservar as garantias jurídicas que, na opinião de PRIETO (2011), o são, ao mesmo tempo, da liberdade e da verdade (p. 13). Diferentemente do que tinha vindo a ser feito pelas construções dogmáticas mais diversas, o modelo do garantismo não tem como missão descrever e menos ainda justificar o existente.

De acordo com uma determinada leitura, tratar-se-ia, além disso, de uma *teoria do direito positivista*, cujo principal mérito radicaria em unir os postulados do positivismo jurídico com os princípios da filosofia da Ilustração (PRIETO, 2011, p. 13).

3. Níveis internos de garantismo

3.1. O que é o garantismo?

FERRAJOLI (1995) entende por «garantismo», segundo uma primeira aceção, um *modelo normativo de direito*, caracterizado, no plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência (e maximizar a liberdade) e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos. Numa segunda aceção, «garantismo» designaria uma *teoria jurídica da validade e da efetividade*, como categorias distintas, não apenas entre si, como também em relação à existência ou vigência das normas. Por último, a terceira aceção de «garantismo» seria uma *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado o encargo de justificação externa, em conformidade com os bens e os interesses cuja tutela e garantia constitui a finalidade de ambos (pp. 851 e ss)¹³. Por seu lado, PRIETO (2011) estima que o garantismo é, em primeiro lugar, uma filosofia política, em segundo, uma filosofia de Direito Penal e, por último, uma teoria e uma prática do Direito (p. 14). Com razão, adverte VIVES (2013) que já em *Derecho y Razón* se podem distinguir dois níveis de discurso: um promovido em defesa das garantias penais e, por outro lado, a formulação, a partir do garantismo penal, de uma teoria geral do garantismo (pp. 284 e ss).

13 Sobre a teoria do Direito de LUIGI FERRAJOLI, *vid.*, entre outras referências, MARCILLA (2009), *passim*; VIVES (2013), pp. 281 e ss.

3.2. Garantismo como filosofia política e garantismo penal como filosofia do Direito Penal

Recapitulando, caberá dizer que um entendimento cabal e completo do garantismo implica reconhecer que este é, em primeiro lugar, uma *filosofia política ou teoria da justiça baseada no paradigma da democracia constitucional*, cujo elemento central é a garantia dos Direitos Fundamentais¹⁴.

Metodologicamente, seguindo a caracterização de PRIETO (2011), poder-lhe-ão ser atribuídas, pelo menos as seguintes notas: *adota um ponto de vista externo e crítico frente ao realmente existente, parte da separação positivista entre direito e moral*, assim como da *conceção contratualista do Estado e das instituições, carece de uma justificação própria e autopoietica e aspira a conjugar a máxima autodeterminação das maiorias com a máxima proteção das minorias* (pp. 24 e ss).

A propósito da separação entre direito e moral, ponto de partida clássico do juspositivismo, assinala criticamente VIVES (2013) que a afirmação de FERRAJOLI no sentido de que a separação entre direito e moral é pressuposto necessário de qualquer teoria garantista, tem de ser colocada em questão (p. 300). Em particular, estima VIVES que o positivismo jurídico parte da ideia de que as palavras da lei têm um significado por si mesmas, mas que, na realidade, estas palavras se inscrevem num jogo de linguagem muito complexo no qual o sentido das normas se encontra entrelaçado com as ações que as aplicam ou transgridem e com as razões que as justificam (p. 300). A partir da constatação óbvia, mas, nem por isso, menos certa, de que «o processo de positivação chegou a estabelecer entre o Direito e a Moral uma diferença, não um abismo» (p. 306), este autor chega à conclusão de que a relação entre direito e moral há de ser algo mais que uma pura contingência, dado que pertence à «gramática profunda» da palavra direito (p. 306).

Em particular, «o garantismo penal» é uma *filosofia penal que propugna a minimização da violência estatal* e, portanto, a do próprio Direito Penal (FERRAJOLI, 1995). Deste ponto de vista, é claro que a pena e o Direito Penal representam um mal que não perde, em nenhum momento, um fundo de ilegitimidade (PRIETO, 2011, p. 29), único modo de perceber que, justamente por isso, é preciso justificá-lo com o maior nível de exigência (*justificarlo al máximo*), no caso em que para garantir a convivência se considere necessário ou imprescindível recorrer a uma e a outro.

Neste plano, o garantismo não pretende uma legitimação apriorística do castigo, antes, melhor, «formular uma doutrina ético-política apta a ajuizar a

14 PRIETO (2011), pp. 14 e 21.

eventual legitimidade» a partir da clara diferenciação entre o plano descritivo do ser e o prescritivo ou axiológico do dever ser (PRIETO, 2011, p. 47). Nas palavras de PRIETO (2011), «quando não se tem em conta esta distinção, as filosofias penais convertem-se em ideologias: seja porque atribuem às penas a consecução efectiva do que não são se não fins propostos como desejáveis; seja porque, em sentido inverso, convertem em justificações da pena o que não são propriamente funções empiricamente constatáveis das mesmas» (p. 47).

O garantismo busca a justificação da intervenção penal a partir de dois pressupostos: em primeiro lugar, a partir de alguns fins ético-políticos exteriores ao próprio direito (de modo a que a elevação de uma conduta à categoria de crime não se justifica circularmente com a infração do que resulta proibido, como sustenta o normativismo funcionalista); em segundo lugar, o entendimento da pena como um mal que requer ser justificado.

Tudo o que fica dito se opõe a uma justificação do castigo retribucionista que procura o sentido da pena no castigo em si mesmo e que, como já mencionávamos mais acima, se encontra hoje no seu auge, como resposta à pergunta acerca do *porquê castigar*. E assim será, sem prejuízo de se acolher o aspeto plausível e liberal do retribucionismo como limite ao utilitarismo, de acordo com a garantia *nulla poena sine crimine*, isto é, como resposta acerca de *quando castigar* (PRIETO, 2011, p. 54).

No entanto, em terceiro lugar, e como ponto característico da teoria de pena formulada por FERRAJOLI temos a junção à prevenção dos crimes da mesma importância da prevenção de penas excessivas ou da violência informal que poderia surgir perante a ausência do Direito Penal, contrapondo-se assim ao abolicionismo e reclamando no seu lugar o mínimo de Direito Penal necessário à consecução de ambos os fins.

Isto significa que o prioritário para o garantismo são as garantias entendidas como a lei do mais fraco em cada momento, o que compreende os direitos fundamentais das eventuais vítimas, dos condenados e dos acusados (PRIETO, 2011, p. 61).

3.3. Garantismo como modelo de Ciência do Direito e garantismo penal como modelo de dogmática jurídica

Em segundo lugar, o garantismo é um modelo de ciência do direito e uma dogmática jurídica que «apenas pode prosperar plenamente num certo contexto jurídico-político que conhecemos como constitucionalismo» (PRIETO, 2011, p. 22).

Em particular, FERRAJOLI (1995) adverte em *Derecho y Razón* que o garantismo contribui para formar uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes (p. 852).

E acrescenta, além disso, que uma teoria do garantismo, além de fundamentar a crítica do direito positivo em relação aos seus parâmetros de legitimação externa e interna, constitui-se, por consequência, como uma *crítica das ideologias*, sejam elas políticas ou jurídicas. As primeiras confundiriam, no plano político externo, a justiça com o direito (falácia naturalista) ou o direito com a justiça (falácia positivista), enquanto as segundas confundiriam, no plano interno ou jurídico, a validade com a vigência ou a efetividade com a validade (p. 855).

Se o garantismo penal adota como ponto de partida filosófico-político a necessidade de justificar com o maior nível de exigência (*justificar al máximo*) a pena, o garantismo penal como modelo de dogmática jurídica teria de assumir, do mesmo modo, como propósito, não uma mera descrição ou sistematização dos conceitos legais, antes sim uma função ou vocação, ao mesmo tempo definida pelo que poderíamos chamar de «contraposição deslegitimadora», a partir dos princípios constitucionais que servem de base às garantias.

Pois bem, esta complexa tarefa encontra a sua primeira sede no seio da teoria sobre os fins da pena (nível prévio da filosofia do Direito Penal) e desenvolve-se em etapas sucessivas na dogmática da teoria do crime e na do direito da individualização judicial da pena (nível de aplicação do Direito)¹⁵. Se o primeiro campo resulta decisivo para conferir respostas às grandes perguntas, é no segundo, quando se extraem consequências de maior alcance prático, que estas dependerão, em boa medida, do ponto de partida adotado. O terceiro continua a ser, lamentavelmente, terreno sujeito a uma enorme irracionalidade e desencontro devido, em grande medida, a uma insuficiente aclaração dos seus pressupostos e a uma evidente falta de aprofundamento dogmático.

A superação, por esta via, do que se usou chamar «paleopositivismo» como mero exercício interpretativo asséptico não implica, no entanto, a partir de um ponto de vista garantista, assumir as chaves axiológicas do sistema, antes sim, em primeira linha, a primazia de um ponto de vista externo ou ético-político. Isto significa que se favorece uma atitude crítica face ao direito vigente e a interpretação da lei é tomada, não como pura exegese, mas como «juízo de validade do seu significado à luz dos princípios constitucionais» (PRIETO, 2011, p. 77).

3.4. Garantismo como modelo de Direito vigente

No entanto, o garantismo é também uma *teoria e prática do direito e do direito penal* essencialmente incómodos. Prova disso é a utilização, cada vez

15 Sobre a inter-relação entre fundamentação do Direito Penal e individualização judicial da pena, entre outras referências, KÖHLER (1983); DEMETRIO (1999), pp. 91 e ss; ultimamente, GROSSE-WILDE (2017), pp. 9 e ss.

mais frequente, do termo «hipergarantismo» em alusão aos excessos a que o garantismo poderia conduzir quando se insiste na defesa consequente dos seus postulados.

Um sistema de Direito garantista é aquele que não se limita a proclamar direitos, mas antes que estabelece os mecanismos necessários para os proteger, a partir de uma Constituição em sentido forte, vinculante, inclusivamente, para o legislador, que se vê limitado também pelos princípios que aquela contém¹⁶. O garantismo, neste sentido, é um esquema gradual ou que se alcança em maior ou menor medida, como o é a própria *constitucionalização do ordenamento jurídico*¹⁷.

PRIETO (2011) adverte que existe uma implicação lógica entre garantias primárias e secundárias (por ex., a proibição do homicídio como garantia do direito à vida e a obrigação de sancionar os atos ilícitos que atentam contra a vida como garantia secundária) com os direitos, embora não empírica, no sentido de que «os direitos constitucionais têm uma existência prévia às garantias» e «os direitos não garantidos ou mal garantidos não deixam de ser direitos» (p. 45).

Assume aqui relevância a distinção entre *abstrakte Geltung* y *konkrete Geltung* referida ao próprio Estado de Direito que foi esgrimida por JAKOBS no contexto do chamado «Direito penal do inimigo» – a que mais à frente nos referiremos – e que teria um sentido (supostamente) de descrever a sua existência. No entanto, aquilo a que aqui nos referimos é a algo de substancialmente diferente, que tem que ver com a vigência real dos direitos quando se aplicam as garantias e não a sua vigência quando não se aplicam ou se aplicam de modo insuficiente.

16 Em sentido crítico, tanto em relação ao conceito de garantismo em FERRAJOLI (devido à sua ambiguidade), como em relação à sua capacidade verdadeiramente limitadora, *vid.* PAREDES (2017), «Dos notas sobre garantismo y garantías en Derecho penal: (1) garantismo y (2) garantías», *in* <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2017/07/dos-notas-sobre-garantismo-y-garantias.html>. Sendo razoáveis algumas das considerações que expõe este autor em relação a possíveis debilidades do garantismo, as quais devem ser tidas em particular conta, a conclusão no sentido de que a teoria garantista se veria convertida em mera retórica perante quem não aceite as suas premissas, creio que poderá afirmar-se em relação a qualquer conceção. Tem razão o autor quando afirma que o recurso aos princípios e os limites necessários para submeter a crítica o direito e a sua aplicação têm sentido quando toma como base uma teoria moral e política suficientemente desenvolvida de justificação das leis penais, no entanto, isto remete a discussão para a questão mais vasta da sua contraposição com uma teoria alternativa e as vantagens desta sobre aquela (cf. Paredes, 2013). Por outro lado, na minha opinião, o garantismo trata de garantias de um ponto de vista sistemático, de modo que, falar de garantismo é, ao mesmo tempo, falar de garantias dos direitos e, nesse caso, da sua não existência ou presença insuficiente. Por isso, não resulta convincente contrapor ambos os aspetos, salvo para colocar em relevo que seria melhor concentrar os esforços neste último, tratando-se de caminho com o qual coincido plenamente.

17 Desenvolvimento posterior em DEMETRIO (2013).

II. Crise do modelo garantista do Direito Penal

1. BECCARIA, garantismo e constitucionalismo

É imprescindível assinalar que a construção da Ciência penal tal como hoje a entendemos se inicia com o pensamento da Ilustração, significativamente com a famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *Dos delitos e das penas*¹⁸ aparecida de forma anónima em 1764, cujo 250.º aniversário celebrámos em 2014.

A atualidade radical do seu pensamento foi acentuada com acerto por FER-RAJOLI (2014), o qual lhe atribuiu mesmo um caráter revolucionário, considerando os postulados manifestados no livro mencionado um baluarte, não apenas do liberalismo penal, mas também do constitucionalismo democrático e garantista num sentido tríplice: a configuração do Direito Penal como um sistema de garantias; a consolidação do pensamento jurídico constituinte e o seu caráter militante frente à crise do garantismo tão patente na atualidade (pp. 51 e ss). Trataremos de analisar a importância de cada uma destas dimensões.

A *configuração do direito penal como um sistema de garantias* foi enunciada de maneira clara por BECCARIA (2017) no teorema geral enunciado no final do seu livro segundo o qual «*para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis*» (p. 163¹⁹). O *fundamento filosófico-jurídico do seu pensamento em torno da legitimação da pena*, todas as vezes que esta se pode afirmar a partir do critério da absoluta necessidade, apoiar-se-ia, por um lado, no postulado contratualista de caráter utilitarista da «*máxima felicidade dividida entre o maior número*» (o que o converteria num precursor de BENTHAM) e, por outro, no postulado categórico segundo o qual «*não há liberdade quando as leis permitem, debaixo de algumas circunstâncias, que o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa*» (o que o converteria num precursor de KANT). Diz BECCARIA (2017): «*Foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da própria liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste*

18 Título da versão traduzida para língua portuguesa do original em italiano de CESARE BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, a partir da versão publicada em 1766, na edição de Harlem, Livorno, tradução de José de Faria Costa, revisão de Primola Vingiano, ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, Lisboa, 2017. Citações e indicações de página em texto resultam desta versão traduzida para língua portuguesa.

19 Na versão traduzida para língua espanhola citada pelo autor, p. 87.

para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir: tudo o mais é abuso e não justiça; é facto, não é já direito» (p. 65²⁰).

A estes dois elementos-chave caberá acrescentar o seu pronunciamento contra a pena de morte: «Que direito podem homens atribuir-se de trucidarem os seus semelhantes? Não certamente aquele de que resultam a soberania e as leis. [...] Não é, pois, a pena de morte um *direito*, tal como acabo de demonstrá-lo, mas é uma guerra da nação com um cidadão, porque julga necessária ou útil a destruição do seu ser. Mas se eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei ganho a causa da humanidade» (p. 118²¹). As mesmas reflexões têm hoje cabimento em relação à pena perpétua, introduzida, como é sabido, sob o nome «prisão permanente suscetível de revisão (*prisión permanente revisable*)», no ano de 2015, no CP espanhol²².

Este modelo de Direito Penal pode ser identificado com o *modelo de Direito Penal do Estado de Direito*. Por tal entende FERRAJOLI (1995) um tipo de ordenamento no qual o poder público e especificamente o penal, está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e no plano processual (ou das formas processualmente vinculativas). Como explica este autor, «a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial, não apenas nas condições de validade das normas, mas ainda também na natureza da democracia, para a qual representa um limite, do mesmo modo que a complementa» (p. 104).

O garantismo penal, assim entendido, significa, portanto, de maneira clara, contemplar e abordar o direito penal necessariamente a partir dos seus limites, isto é, a partir dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições e os Direitos Humanos consagrados nos diferentes acordos e tratados internacionais sobre os mesmos, o que coloca não poucos problemas de hermenêutica constitucional-penal, em grande parte, todavia, por se desenvolver no contexto do chamado *global law*, no qual surge o problema de diferentes níveis de proteção²³. FERRAJOLI (2014) falou, neste contexto, do papel crítico, prospetivo e construtivo do *paradigma do poder limitado* como configurador do desenvolvimento histórico do Estado de Direito (pp. 57 e ss).

É assim que chegamos à *dimensão filosófico-jurídica e política militante* que FERRAJOLI atribuía ao pensamento de BECCARIA em face da notória e evidente crise do garantismo no momento atual. Esta manifesta-se, não apenas no Direito Penal interno dos diferentes ordenamentos jurídicos, mas também nos

20 *Idem*, p. 73.

21 *Idem*, p. 56.

22 *Vid.*, entre outras referências, ACALE (2016); ARROYO *et al.* (Ed.) (2016).

23 *Vid.*, por todos, GLENN (2013) e SOMEK (2014).

processos de regionalização e internalização, como é o caso do Direito Penal europeu e internacional. No primeiro, continua a ser certa a notória mistificação dos princípios a que se referiu, há algum tempo, SILVA (2004), segundo o qual, em princípio conservam-se, mas, na realidade, ignoram-se devido a uma pretensão eminentemente punitivista (p. 124). No segundo, PASTOR (2006) falou da incompatibilidade da declaração do preâmbulo do Estatuto de Roma de evitar a impunidade, com o garantismo, assim como de um certo descrédito resultante do discurso punitivista dos Direitos Humanos (p. 179). Vejamo-lo com algum detalhe à luz do processo de crise e desconstrução que sofreu o modelo garantista anteriormente descrito.

2. Da expansão ao paroxismo penal

As propostas tendentes à redução do sistema penal caracterizavam-se pela aceitação da existência deste último e pela busca de alternativas «realistas» à configuração atual, com um espírito humanista. Além da descriminalização de determinados comportamentos, tais propostas respeitaram, basicamente, à busca e implementação de alternativas à pena privativa de liberdade e à reparação da vítima como técnica alternativa para a solução de conflitos. No entanto, o espírito humanista que subjazia a ambas, há muito tempo que foi «deturpado» e reduzido ao absurdo. No primeiro caso, pelo recrudescimento punitivo, no segundo, pela «utilização» das vítimas para reivindicar o programa político-criminal maximalista subjacente (como se o Direito Penal pudesse, com a pena, restaurar a «justiça material»)²⁴. A divergência entre tais abordagens e a realidade é tão contundente que se tornou possível falar inclusivamente da *insustentável situação do Direito Penal*²⁵.

Tanto é assim, que se afirma ser a expressão «Direito Penal mínimo» já considerada um tópico desprovido de conteúdo concreto. Contra este modelo, erige-se na atualidade um fenómeno de «expansão» do âmbito do punível em clara contradição com a pretensão de reduzir o Direito Penal a um núcleo duro, correspondente, na sua essência, ao denominado «Direito Penal clássico», como havia propugnado a chamada «Escola de Frankfurt»²⁶.

Esta expansão é consequência do nascimento do «novo» Direito Penal, chamado por alguns «Direito Penal acessório», dirigido a proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial.

24 Com mais detalhe em DEMETRIO (2004).

25 *Vid.*: AA.VV. (2000).

26 *Vid.*: ARROYO *et al.* (Coord.), 2003.

Esta sociedade, a partir da perspectiva do Direito Penal do risco, caracteriza-se por várias peculiaridades, entre as quais se destacam o extraordinário incremento das interconexões causais e a substituição dos contextos de ação individuais por contextos de ação coletivos, no seio dos quais o contacto interpessoal é substituído por uma forma de comportamentos anónima e estandardizada²⁷. O fenómeno da expansão/modernização do direito penal pode caracterizar-se por três grandes notas que contribuem para uma perda da sua configuração garantista: a administrativização, a globalização e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal²⁸.

Esta modernização trouxe consigo elaborações como a do chamado «Direito Penal do inimigo»²⁹ – que pretende despojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos que devem ser tratados como meras «fontes de perigo». Trata-se de uma teoria que não surge por acaso, pois que é o resultado da adoção de uma metodologia funcionalista de recorte sociológico, levada às últimas consequências³⁰.

O «Direito Penal do inimigo» tem sido caracterizado, entre outras notas, por uma ampla antecipação da tutela penal, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospetiva, por um incremento notável nas penas e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais. O principal teórico do conceito, JAKOBS, explica-o sublinhando que o Direito Penal conhece dois polos ou tendências das suas relações: a *relação com o cidadão*, no seio da qual se espera até que este exteriorize o seu facto para reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e, no outro polo, a *relação com o inimigo* que é intercetado de imediato no estádio prévio àquela exteriorização e que é combatido pela sua perigosidade³¹.

Na sua opinião, nenhum contexto normativo, incluindo como tal a pessoa no Direito, existe por si mesmo, mas antes, apenas se torna real quando determina a traços gerais a sociedade. Esta tese leva-o a defender que quem não aceita assumir uma certeza cognitiva suficiente (*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente*) de um comportamento pessoal, não pode ser tratado como pessoa, pois, a sê-lo, vulnerabilizar-se-ia o direito à segurança das demais pessoas. Pelo que, assim entende, seria, portanto, completamente erróneo demonizar o chamado «Direito penal do inimigo», pois, deste modo, não se alcança

27 SCHÜNEMANN (1996), pp. 30-31.

28 Cf., por todos, GRACIA (2003), SILVA (2011), PORTILLA (2007).

29 Cf., entre outras referências, JAKOBS & CANCIO (2003); CANCIO & GÓMEZ JARA (Coord.) (2006), HEINRICH (2009), POLAINO-ORTS (2009).

30 De modo mais detalhado em DEMETRIO (2006).

31 JAKOBS (2003), pp. 42-43.

uma solução para o problema dos indivíduos que não permitem a sua inclusão numa constituição de cidadãos (*constitución ciudadana*).

O impacto que o fenómeno brevemente descrito tem para o Estado de Direito materializa-se, na opinião de ZAFFARONI (2009), em exceções aos Direitos Humanos de primeira geração que se movem em três direções: poderes excepcionais das polícias, a construção de tipos penais nebulosos e a redução das garantias processuais (p. 370).

Algumas das teorias mais severas à teoria sustentada por JAKOBS foram vertidas nessa altura por BARATTA (1984, pp. 533 e ss), acusando-a de ser conservadora, tecnocrática e inclusivamente autoritária, de favorecer a expansão do Direito Penal e de promover a reprodução ideológica e material das relações sociais existentes, acolhendo o pior da teoria dos sistemas de LUHMANN. De qualquer modo, a partir da Filosofia do Direito, foi colocada em dúvida, não apenas a fidelidade com que as teses de LUHMANN são acolhidas na Ciência do Direito Penal, como ainda, além disso, nega-se que as propostas funcionalistas de prevenção geral positiva identificadas como sistémicas o sejam realmente a partir da viragem autopoietica que adota a teoria de LUHMANN a partir dos anos oitenta (PRIETO, 2000, 267; GARCÍA, 2000, 288).

O problema colocou-se-me noutra trabalho³², pelo que apenas farei referência ao modo como se chega por esta via à crítica relativa às questões de legitimidade do sistema normativo.

JAKOBS não desconhece este aspeto, se bem que o evita no sentido de que para uma teoria funcionalista as questões de legitimação não podem resolver-se no plano interno do Direito Penal. Neste sentido, se pronunciou também MÜSSIG (1994, 137 e ss), ao advertir que as questões relativas aos critérios de legitimação material das normas extravasariam o espaço formal da prevenção geral positiva, remetendo para a análise dos critérios materiais de identidade de uma sociedade determinada.

Contudo, o maior excesso em que incorreu esta corrente de pensamento consistiu na «*normativização do conceito de pessoa*», que permitiu a JAKOBS distinguir entre um direito penal baseado em ações das pessoas e outro em ações de «não pessoas» ou «direito penal do inimigo»³³. A normativização do conceito de pessoa significa em JAKOBS (1996) que, «do ponto de vista da sociedade, não são as pessoas que fundamentam a comunicação pessoal a partir de si mesmas, mas antes que é a comunicação pessoal que passa a definir os indivíduos como pessoas» (p. 81).

32 DEMETRIO (2010), pp. 13 e ss.

33 Entre outras referências sobre o alcance, cf. PORTILLA (2005), DEMETRIO (2016).

Não é este momento de abordar com detalhe todas as perspectivas de discussão a que se prestou este lamentável conceito, mas importa sublinhar vários aspetos.

Em primeiro lugar, a íntima vinculação e desenvolvimento que nos leva da prevenção geral positiva sistémica ao direito penal do inimigo, mediante a normatização (abstração) do conceito de pessoa. Por este motivo, não posso estar de acordo com a crítica formulada por VIVES (2013) sobre o alcance da crítica de FERRAJOLI a JAKOBS, já que a prevenção geral positiva em JAKOBS não é simplesmente «um efeito inseparável de todo o sistema penal bem calculado», mas antes a própria razão de ser do Direito Penal. Em segundo lugar, também é conveniente destacar que a discussão sobre o caráter descritivo ou prescritivo da fórmula do chamado «direito penal do inimigo» implica, por sua vez, uma questão relativa à teoria do direito. De novo, FERRAJOLI (2006) interveio na discussão para acentuar que, em virtude da falácia realista imperante na cultura jurídica de recorte hegeliano, segundo a qual «o que é real é racional», se passa por cima da distinção metalinguística entre o «descritivo» e o «normativo», inexistente entre a cultura jurídica e a política funcionalista (p. 17). Como, com acerto, insistiu este autor, apresenta-se, por esta via, como legítimo um conceito que, na realidade, representa uma contradição nos termos ou a negação mesma do Direito Penal, dado que a figura do inimigo pertence, na realidade, à lógica da guerra que é, na sua essência, a negação do direito (FERRAJOLI, 2006, p. 16). Em terceiro lugar, por mais óbvio que o que se vai afirmar o seja, não há nada mais oposto ao paradigma garantista que a «exceção permanente», na realidade, que qualquer exceção, posto que «nem as garantias jurídicas são divisíveis, nem o Direito Penal conhece duas classes de destinatários» (PRIETO, 2011, p. 95).

III. Em modo de conclusão

Depois do que fica dito é fácil dar-se conta de que, se as garantias podem considerar-se a expressão de um modelo normativo, mas também de um modelo epistemológico (PRIETO, 2011, p. 83), em tempos recentes assistimos à crise e, de certo modo, à «desconstrução» do dito paradigma. Na realidade, falar de desconstrução do modelo garantista é já um contrassenso em si mesmo, dado que o garantismo é, como tal, um ideal inacabado com vista ao qual se avança ou a partir do qual se retrocede. Mas, por desconstrução, se entende aqui a demolição progressiva e «por peças» (é, por isso, melhor uma «fragmentação») daquelas partes do modelo que, como se viu, haviam sido, em certa medida, postas em marcha pelo sistema penal.

Não se pretende aqui oferecer uma visão catastrofista. O sistema penal trata de salvaguardar as garantias dos Direitos Fundamentais, mas, em geral, move-se numa direção contrária à propugnada pelo garantismo. Isto pode afirmar-se, tanto no plano da filosofia jurídico-penal, onde ganham terreno e onde inclusivamente se poderia dizer que proliferam novas visões retribucionistas que reivindicam a justiça material acima de qualquer outra visão da pena, como no plano da elaboração de uma dogmática jurídico-penal que se vê profundamente desprezado e que se converte numa ferramenta funcional colocada ao serviço de finalidades puramente práticas.

Falo de mudança de paradigma por fragmentação, porque se procede de maneira progressiva, que decorre de modo paralelo à própria transformação da realidade e abre múltiplas frentes de cada vez. De modo que resulta muito difícil levar a cabo uma análise global.

Como consequência, também no plano científico se perdem de vista com frequência os avanços produzidos e se abandonam da noite para o dia conquistas elaboradas ao longo de muito tempo (como por exemplo o princípio da personalidade das penas ou o conceito de culpabilidade pelo facto).

Poderia discutir fundado em exemplos concretos, como o da inconstitucionalidade da já citada prisão permanente suscetível de revisão (*prisión permanente revisable*): mas aqui se adverte que apenas uma análise não fragmentada dos princípios constitucionais, entendendo, por isso, uma análise que não perca de vista uma conexão entre eles e o seu sentido programático, permite alcançar, na minha modesta opinião, conclusões adequadas.

Ora bem, o facto de que, de modo paralelo à transformação da realidade, se esteja a produzir uma *mudança de modelo epistemológico* não quer dizer, em absoluto, que haja um modelo alternativo. Se aquilo a que assistimos não é a uma mudança no sentido estrito do modelo garantista por um outro, mas antes à sua desconstrução mediante o aprofundamento da crise em que se encontra no seio de uma crise que lhe é prévia, talvez fosse mais conveniente falar da «metamorfose do Direito Penal».

Parafraseando BECK (2017) no seu livro póstumo *A Metamorfose do Mundo*³⁴, os êxitos que acontecem diante de nós, próprios da sociedade moderna, já não se tornam compreensíveis mediante termos como «evolução», «revolução» ou «transformação», porque não vivemos apenas num mundo que se encontra apenas a mudar, mas antes no meio de uma metamorfose (p. 17³⁵).

34 Título da versão traduzida para língua portuguesa do original em língua inglesa de ULRICH BECK, 2016, *The Metamorphosis of the World*, Polity Press Ltd., Cambridge, tradução de Pedro Elói Duarte, revisão de Teresa Antunes, Edições 70, Lisboa, 2017.

35 *Idem* na versão traduzida para língua espanhola citada pelo autor.

IV. Bibliografía

- AA. VV., 2000, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada.
- ACALE, María, 2016, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid.
- ARROYO, Luis A. et al. (Coord.), 2003, *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- ARROYO, Luis A. et al. (Ed.), 2016, *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- ARROYO, Luis et al. (Ed.), 2016, *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- BARATTA, Alessandro, 1984, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, n.º 24, pp. 533-552.
- BECCARIA, Cesare, 2015, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20199>).
- BECK, Ulrich, 2017, *La metamorfosis del mundo*, Paidós, Barcelona.
- BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip, 2015, *No sólo su merecido*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- CANCIO, Manuel & GÓMEZ-JARA (Coord.), 2006, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I y II), Edisofer & BdeF, Madrid et al.
- DEMETRIO, Eduardo, 1999, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1.ª ed, prólogos de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca (2.ª ed., 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires).
- DEMETRIO, Eduardo, 2004, «Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo», in *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2.ª Época), n.º 14, UNED, Madrid, pp. 87-115.
- DEMETRIO, Eduardo, 2006, «El derecho penal del enemigo *darf nicht sein*. Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad», in M. Cancio Meliá & C. Gómez-Jara Díez (Ed.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, BdeF & Edisofer, Buenos Aires et al., pp. 473-509.
- DEMETRIO, Eduardo, 2010, «Crítica al funcionalismo normativista», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 3, 2010, pp. 13-26.
- DEMETRIO, Eduardo, 2013, «Constitución y sanción penal», in *Libertas*, n.º 1, pp. 57-110.

- DEMETRIO, Eduardo, 2016, «Derecho penal del enemigo y teoría del derecho», in G. Portilla Contreras / A. I. Pérez (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político-criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 35-45.
- DUFF, Antony, 2015, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- FEIJOO, Bernardo, 2007, *Retribución y prevención general*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 1999, *La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, 2006, «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *NFP*, n.º 69, pp. 13-31.
- FERRAJOLI, Luigi, 2011, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la Democracia. Tomos I y II*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2014, «La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria», *Jueces para la Democracia*, n.º 79, pp. 51-63.
- GARCÍA, Juan Antonio, 2000, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, n.º 23, pp. 233-264.
- GLENN, Patrick, 2013, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press.
- GRACIA, Luis, 2003, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GROSSE-WILDE, Thomas, 2017, Thomas, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- HEINRICH, Bernd, 2009, «Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein "Feindstrafrecht"», *ZStW* (121) Heft 1, pp. 94-130.
- HERNÁNDEZ, Héctor H., 2013, *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Madrid et al.
- JAKOBS, Günther & CANCIO, Manuel, 2003, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther, 1996, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther, 2003, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», in G. Jakobs & M. Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, pp. 19-56.
- KÖHLER, Michael, 1983, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erortert am_Problem der Generalpravention)*, R.v.Decker's & C. F. Müller, Heidelberg.

- LLOBET, Javier E., 2005, *Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy*, 2.^a ed., Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica.
- LLOBET, Javier E., 2013, «La actualidad del pensamiento de Beccaria», in F. Velásquez Velásquez et al. (Coord.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur, Ibáñez et al.*, pp. 255-270.
- MARCILLA, Gema (ed.), 2009, *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MATUS, Jean Pierre (Dir.), 2011, *Beccaria 250 años después*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- MÜSSIG, Bernd, 1994, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüter*, Frankfurt am Main: Lang.
- PAREDES, José Manuel, 2013, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAREDES, José Manuel, 2017, «Dos notas sobre garantismo y garantías en Derecho penal: (1) garantismo», in <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2017/07/dos-notas-sobre-garantismo-y-garantias.html>
- PASTOR, Daniel R., 2006, *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona.
- POLAINO-ORTS, Miguel, 2009, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima.
- PORTILLA, Guillermo, 2005, «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», *RGDP*, n.º 4, pp. 1-27.
- PORTILLA, Guillermo, 2007, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PRIETO, Evaristo, 2000, «Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», in *Doxa*, n.º 23, pp. 265-288.
- PRIETO, Luis, 2011, *Garantismo y Derecho penal*, Iustel, Madrid
- SCHÜNEMANN, Bernd, 1996, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- SILVA, Jesús M.^a, 2004, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, n.º 13, pp. 138-150.
- SILVA, Jesús M.^a, 2011, *La expansión del Derecho penal*, 3.^a ed., Edisofer-BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- SOMEK, Alexander, 2014, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- VIVES, Tomás S., 2013, «Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho», *teoría & derecho*, n.º 13, pp. 281-327.

- WALTER, Tonio, 2016, *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden.
- WHITE, Mark D. (Ed.), 2011, *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press.
- ZAFFARONI, Eugenio R., 1989, «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal mundial», *ADPCP* (42), pp. 521-552.
- ZAFFARONI, Eugenio R., 2009, «El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento», in J. R. Serrano-Piedecabras & E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 359-378.