ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF THE CONSTITUCIONAL STATE OF LAW

Iago Oliveira Ferreira *

RESUMO: O presente trabalho tem por desiderato estudar as tendências das legislações penais de alguns países ocidentais nas últimas décadas, atentando para o fenômeno político-criminal, que vem demonstrando uma peculiar expansão do punitivismo nos países centrais e periféricos, o aumento da severidade das repressões penais e a flexibilização do garantismo penal. Este estudo justifica-se pela importância dos impactos que tais tendências legislativas estão causando sobre a disciplina punitiva nos Estados do Ocidente. Intenta-se, em síntese, aferir a legitimidade do paradigma de endurecimento penal que se observa hodiernamente – rotulado como "direito penal do inimigo" por Gunther Jakobs – e sua compatibilidade com os postulados que edificam o moderno Estado Constitucional de Direito, segundo os ditames do modelo de direito penal mínimo e do garantismo penal. Para tanto, alicerça-se o presente estudo em doutrina internacional e nacional, com vistas a fixar as principais bases filosóficas e jurídicas do modelo penal mínimo e garantista, defendendo sua relação intrínseca com o princípio do Estado de Direito. Ademais, pretende-se analisar o fenômeno investigado do expansionismo penal, buscando traçar suas características gerais no mundo ocidental, para cuja tarefa também se realiza uma pesquisa da legislação penal pertinente de países tidos como modelos. Do apresentado, depreende-se que o modelo de expansionismo do direito penal observado nas últimas décadas no Ocidente mostra-se totalmente incompatível com os limites e garantias jurídico-penais erigidos nas Constituições ocidentais, os quais constroem o modelo do garantismo penal, com resguardo da liberdade dos cidadãos contra os abusos do poder punitivo. Com efeito, as flexibilizações desses limites e garantias impostos pelo expansionismo penal ou "direito penal do inimigo" fundam um Estado de exceção e violam frontalmente o princípio do Estado de Direito, porquanto fazem escárnio das contenções jurídicas ao poder punitivo sob a justificativa de emergências que a todo tempo se renovam, fazendo prevalecer a "razão de Estado" sobre a razão jurídica.
Palavras-chave: Expansão do direito penal. Política criminal. Garantismo penal. Poder e Constituição.

* Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Aluno do intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra, Portugal. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

ABSTRACT: The present article intents to study the tendencies of the criminal legislations of some occidental countries in the last decades, attaining to the political-criminal phenomenon that has been showing a peculiar expansion of punitivism in the central and peripheral countries, by the increasing of severity of criminal repressions and flexibilization of the penal garantism. This study has its justification on the importance of the impacts that these legislative tendencies are causing on the punitive discipline in the occidental States. It has as objective, in synthesis, to investigate the legitimacy of the paradigm of the criminal toughness that has been observed in the present times – named as "Criminal Law of the Enemy" by Gunther Jakobs – and its compatibility with the postulates that build the modern Constitutional State of Law, in compass with the impositions of the minimalist Criminal Law and of the Penal Garantism. To do so, the present study relies on international and national doctrines, aiming to put in terms the major philosophical and juridical bases of the minimalist and garantistic model, defending its close relationship with the rule of law principle. In addition, analyzes the investigated phenomenon of the penal expansionism, seeking, about this last one, to establish its general characteristics in the occidental world, for which we also undertake a research of the pertinent criminal legislation of some countries took as models. By the shown, we conclude that the expansionism of the Criminal Law model observed in the last decades in the Occident is totally incompatible with the juridical limits and guarantees disposed in the occidental constitutions, which build the model of the Penal Garantism, with protection of the citizens' freedom against the excesses of the punitive power. Indeed, the flexibilization of these limits and guarantees operated by the penal expansionism or "Criminal Law of the Enemy" create an State of exception and violate the rule of law principle, because they overwhelm the juridical contentions to the punitive power with the justification of the existence of emergencies that renew themselves all the time, allowing the reason of State to prevail against the reason of the Law.
Keywords: Expansion of the Criminal Law. Criminal Politics. Penal Garantism. Power and Constitucion.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO LIBERAL, GARANTISMO PENAL E ESTADO DE DIREITO: CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO COMO REALIZAÇÃO DA NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO NA SEARA DA CONFLITIVIDADE PENAL; 2.1 PROPOSTAS POLÍTICO-CRIMINAIS LIBERAIS DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL: **o modelo de direito penal mínimo e o garantismo penal**; 2.2 O ESTADO DE DIREITO E A CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO COMO REALIZAÇÃO DA SUA NORMATIVIDADE PRINCIPIOLÓGICA NA SEARA DA CONFLITIVIDADE PENAL; **3 PAINEL ATUAL DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NOS PAÍSES OCIDENTAIS:** PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS**; 4 LEGISLAÇÕES PENAIS EXPANSIONISTAS "DE TERCEIRA VELOCIDADE" PELO**

MUNDO; 5 CRÍTICAS AO PARADIGMA DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO; 5.1 PANORAMA DE CRÍTICAS À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL; 5.2 O MODERNO CONSTITUCIONALISMO E A INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO COM O PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO; **6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

As sociedades ocidentais, diante de sua atual hipercomplexidade, observam os riscos de danos a bens jurídicos essenciais serem incrementados cada vez mais, em virtude, principalmente, da massiva industrialização e hierarquização social excludente, configurando o que o sociólogo Ulrich Beck (1998) denomina "sociedade de risco". Assim sendo, o sentimento de insegurança é uma marca nas sociedades ocidentais da pós-modernidade, inquietante e aterradora, muitas vezes exacerbada ainda mais pelos órgãos midiáticos, o que faz com que sejam exigidas respostas do Estado em prol de sua segurança, vida e saúde. Nesse panorama, é patente a expansão do direito penal nos países ocidentais durante as últimas décadas, como uma resposta do Estado aos anseios da população. O grande distintivo das tendências político-criminais hodiernas verifica-se em seu caráter preventivo, de combate à crescente criminalidade, buscando-se coibi-la e extirpá-la da sociedade.

Especialmente no que toca à desenvolvida criminalidade organizada, o que as legislações repressivas procuram atualmente é a antecipação cada vez maior da punição em relação à consumação dos danos à sociedade, criando-se freneticamente novas tipificações de diversas condutas preparatórias/indiciárias de atos lesivos, a exacerbação desproporcional das reprimendas e a flexibilização das garantias penais e processuais de cunho liberal-clássico, constitucionalizadas e tidas como parâmetros de garantismo penal no moderno Ocidente. Constroem-se, assim, diversas leis penais de exceção, sob o imperativo de garantir a segurança pública frente ao avanço da criminalidade. Essas tendências recebem severas críticas em todo o mundo ocidental, em face do risco de estarem esmorecendo o sistema garantista, que durante muito tempo se tomou como paradigma de um Estado de Direito.

Este trabalho tem por missão tecer considerações sobre essa discussão-chave no direito penal moderno, que traz à baila o grande dilema pelo qual essa ciência dogmática do direito passa, qual seja, a ponderação entre os valores de segurança pública e liberdade dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal. Intenta-se analisar a compatibilidade dessa legislação penal expansionista com o sistema de garantias jurídico-penais hoje cristalizado nas principais Constituições ocidentais, com o que se concluirá, ao fim, pela incompatibilidade dessa legislação com tal modelo liberal-garantista, indissociável do atual paradigma de Estado Constitucional de Direito construído no Ocidente. Para tanto, a metodologia utilizada consiste principalmente na pesquisa de cunho bibliográfico e documental, sob o crivo do método técnico-jurídico, com análise da doutrina especializada, bem como de diplomas legislativos e constitucionais de países ocidentais tomados como modelos.

Nessa empreitada, deseja-se tecer, inicialmente, algumas considerações breves sobre o pensamento filosófico-jurídico que edificou os modelos liberais de direito penal mínimo e garantismo penal, seu desenvolvimento histórico, principais características e implicâncias normativas. Busca-se, então, relacionar essas ideias com a construção teórica do Estado de Direito e sua expressão normativo-principiológica, para mostrar que tais modelos liberais traduzem a própria teleologia e normatividade do princípio do Estado de Direito na seara da conflitividade penal. Seguindo, faz-se necessário entrar mais propriamente no tema principal do presente trabalho, isto é, nas tendências expansivas do direito penal da contemporaneidade e sua compatibilidade com o Estado Constitucional de Direito, nos moldes que se erigiram durante o século XX no Ocidente, procurando: primeiramente, apontar as principais características comuns que podem ser percebidas nas legislações penais modernas; após, ilustrar tal tendência com exemplos de legislações estrangeiras e pátria; e, por fim, discutir a legitimidade dessas mudanças em face dos ditames do Estado Constitucional de Direito, visando a sintetizar as principais críticas a esse modelo de política criminal que se alastra na pós-modernidade e analisar sua adequação ao princípio fundamental do Estado de Direito.

2 MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO LIBERAL, GARANTISMO PENAL E ESTADO DE DIREITO: A CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO COMO REALIZAÇÃO DA NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO NA SEARA DA CONFLITIVIDADE PENAL

Preliminarmente à discussão acerca dos modelos expansionistas de direito penal, é preciso abordar seu contraponto essencial, isto é, expor as principais diretrizes que formam o pensamento filosófico-jurídico subjacente ao liberal direito penal mínimo e ao garantismo penal. Ademais, como se trata de uma análise à luz do Estado Constitucional de Direito, é preciso estabelecer desde já as bases da construção teórica do Estado de Direito, fixando as implicâncias normativas do princípio que o rege e como estas mantêm uma relação de imanência com as propostas político-criminais garantistas, de forma que se procura demonstrar que o cumprimento da pauta normativa propugnada por essas últimas traduz-se como autêntica realização da normatividade do princípio do Estado de Direito na seara da conflitividade penal.

2.1 PROPOSTAS POLÍTICO-CRIMINAIS LIBERAIS DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL: **o modelo de direito penal mínimo e o garantismo penal**

Assim como vários outros saberes jurídicos e sociopolíticos, a reflexão acerca do direito penal e do exercício do poder punitivo institucionalizado ganhou cruciais contribuições no âmbito da filosofia política iluminista-racionalista, tendo sido o ponto de partida para a busca pela "legitimação e, com ela, também a limitação do Estado por meio do contrato social" (SCHUNEMANN, 2005, p. 13). No panorama do embate intelectual travado contra os abusos do Estado absoluto, o modelo liberal-contratualista, capitaneado por Hobbes, Locke e Rousseau, configurou-se como construção teórica que "teve, antes de tudo, o mérito de trazer a reflexão crítica racional ao problema da legitimação do poder político" (TORRÃO, 2008, p. 37) e

do qual se extraíram importantes proposições acerca do dever-ser do Estado e de seu poder político.

Sobre bases jusnaturalistas, o pensamento contratualista concebeu um Estado formado por um acordo entre homens livres (em estado de natureza), que, para gozar sua liberdade e direitos naturais em segurança, tiveram que se reunir e ceder parte desta para um poder soberano, no âmbito de uma sociedade civil (BECCARIA, 1764; LOCKE, 1690). Formou-se uma concepção utilitarista do Estado como instrumento finalisticamente orientado para a garantia dos direitos e liberdade naturais dos cidadãos, sendo o cumprimento dessa função a "*condición de legitimidade de ese 'hombre artificial que es el estado' y del pacto social que él mismo asegura*" (FERRAJOLI, 2009, p. 859).

É de se ver que a filosofia contratualista é dotada de perceptível cariz liberal, sendo a liberdade um valor fundamental em si, a ser preservado na sociedade civil. Afinal, se o fim para o qual os homens reuniram-se em uma comunidade política foi o gozo de sua liberdade – ainda que não mais absoluta como no estado de natureza –, fica implícito que, no âmbito da sociedade civil, devem gozar dela no máximo grau compatível com a manutenção do pacto social. Assim, "cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela [liberdade], isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto" (BECCARIA, 1764, II), de forma que qualquer restrição aos direitos e liberdade naturais dos cidadãos apenas se torna legítima na estrita medida necessária para a preservação da comunidade política e a garantia do gozo dos mesmos direitos e liberdade aos demais cidadãos.

Toda essa discussão acerca da legitimidade do poder político estatal teve grande repercussão no direito penal. A intervenção punitiva estatal foi pensada pelo liberalismo iluminista, tal qual a intervenção do poder político em geral, segundo o modelo do contrato social, tendo sido legitimada tão somente como meio para a preservação dos direitos e liberdade dos cidadãos e a manutenção do pacto social, devendo ser a mínima necessária para atingir esse objetivo. Para Beccaria (1764, II), o fundamento do direito de punir do Estado estaria na mínima parcela de liberdade posta à disposição pelos

homens para garantir a manutenção do pacto social, de modo que "todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça".

Partiu-se de uma teoria legitimadora da pena e do exercício do poder punitivo em termos racionais e utilitaristas, voltada para a prevenção geral negativa. Sua função seria "conter todos os cidadãos para que não cometam delitos, isto é, almeja *coagi-los psicologicamente*" (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2004, p. 256, grifo do autor), servindo como instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2009) pela perseguição de finalidades de prevenção geral dos delitos, tal qual o modelo da teoria psicológica da pena de Feuerbach.

Nesses moldes, em prol do objetivo de máxima preservação da liberdade e da esfera jurídica individuais que orientava o pensamento iluminista, desenvolveu-se "uma filosofia punitiva marcadamente liberal em que se postula uma **mínima intervenção** do Estado na sociedade civil e, consequentemente, na esfera individual dos cidadãos" (TORRÃO, 2008, p. 44-45, grifo do autor). A partir dessas premissas, os pensadores penais do Iluminismo, especialmente Beccaria e Feuerbach – aos quais se atribui a formação de uma escola clássica do direito Penal (ANDRADE, 2008) –, formularam um modelo de direito penal minimamente intervencionista e de forte matiz liberal, segundo o qual se limitam a criminalização e punição a condutas que causem os danos mais graves à sociedade – agindo, portanto, de forma subsidiária a todos os outros ramos jurídicos, como *ultima ratio* do direito –, dentro da estrita necessidade de manter a coesão do pacto social, não mais se compreendendo dentro da lógica liberal-contratualista a criminalização de condutas meramente imorais (SCHUNEMANN, 2005).

Essa noção contratualista-liberal do direito penal levou, de fato, a uma "autêntica revolução nos princípios fundamentais deste ramo do Direito" (TORRÃO, 2008, p. 49). Com efeito, a partir dessas premissas, erigiu-se um modelo de direito penal lastreado em um "conceito de crime que não está a disposição do legislador e que é definido através da ideia do dano social infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade" (SCHUNEMANN, 2005, p. 14), limitando a atuação proibitiva e repressiva do Estado a essa "noção material de crime, eminentemente **liberal**

e individualista [que] consagra, tal-qualmente, o princípio da **mínima intervenção penal** que marca a ruptura com os ciclos históricos anteriores" (TORRÃO, 2008, p. 48, grifo do autor). Como seu corolário, surgiram os princípios da materialidade, ofensividade e proporcionalidade, além da intervenção mínima e subsidiariedade (*ultima ratio*), como verdadeiras garantias da liberdade individual em face do arbítrio proibicionista estatal. Ínsita nessa compreensão material do delito e de sua ofensividade também está a relação de proporcionalidade que deve haver entre o dano e a pena, sendo o dano causado à sociedade a verdadeira medida dos delitos (BECCARIA, 1764).

Como consequência do efeito preventivo geral das penas, todas as proibições deveriam ser de conhecimento de todos, de modo que o direito penal liberal consagrou igualmente o princípio da legalidade, segundo o qual todas as proibições e penas deviam estar tipificados por lei formal, segundo a fórmula latina criada por Feuerbach: "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*" (TORRÃO, 2008, p. 50). Ainda, da concepção kantiana do homem como ser dotado de autonomia ética, vinculou-se a repressão penal à reprovação ou censura de um dano causado por um ser com liberdade de autodeterminação que optou por violar a ordem jurídica, assumindo a responsabilidade de sua escolha, isto é, alçando o princípio da culpabilidade como pressuposto para a punibilidade (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2004).

Foi erigido, então, um direito penal fulcrado na legalidade, que responde a um fato criminoso, que, de acordo com Zaffaroni, Alaja e Slokar (2000, p. 64):

> *[...] concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actuó).*

O modelo clássico de direito penal, mínimo e liberal, focou-se, então, na preservação máxima da seara do livre-arbítrio humano, legitimando-se

a responsabilidade penal do indivíduo apenas nos estritos limites do fato danoso que foi responsável (culpável) por causar (preconizando um direito penal do fato), punição esta proporcional ao desvio punível. Todos os princípios substanciais surgidos como consequência desse modelo servem como importantes mecanismos de contenção do arbítrio punitivo e de garantia da esfera de liberdade dos indivíduos, cumprindo o ideal iluminista de racionalização e limitação do poder político.

A partir de então, portanto, é possível falar da produção de uma ideologia legitimadora do poder punitivo baseada no garantismo (ANDRADE, 2008), gerando uma doutrina filosófico-jurídica do garantismo penal, iniciada pela escola clássica e forte no pensamento penal liberal até os dias atuais. Hodiernamente, um de seus grandes expoentes é o jurista italiano Luigi Ferrajoli, cuja doutrina merece referência. Para Ferrajoli (2001), o garantismo penal apresenta-se, primeiramente, como doutrina filosófico-política utilitarista de justificação do ramo jurídico-penal a partir de um ponto axiológico externo, consistente na tutela dos direitos fundamentais de todos – isto é, legitimando-o como instrumento hábil a perseguir o fim de redução da violência na sociedade, não só advinda dos delitos como das penas, de modo a tutelar os direitos dos cidadãos e funcionar como lei do mais débil. Como consequência, perfaz-se também como uma teoria jurídico-normativa das garantias penais e processuais, fundando um modelo de direito penal mínimo, voltado para a tutela dos direitos fundamentais.

Sem embargo, para o jurista, garantismo penal como teoria normativa e direito penal mínimo não apenas têm a mesma ideia inspiradora – de racionalização e limitação do poder punitivo com vistas a assegurar a liberdade e os direitos fundamentais dos cidadãos –, como são mesmo sinônimos, designando "*un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva – tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial – sometiéndola a estrictos limites impuestos para tutelar los derechos de la persona*" (FERRAJOLI, 2001, p. 165-166).

Na visão de Luigi Ferrajoli (2010, p. 38), a teoria normativa do garantismo penal consiste, essencialmente, em "um esquema epistemológico de identificação do desvio penal orientado a assegurar [...] o máximo grau

de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade". Tal esquema é constituído por dois elementos: "um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível" (p. 38), os quais "correspondem a singulares conjuntos de garantias – as garantias penais e as garantias processuais – do sistema punitivo que fundamentam" (p. 38). Com esse modelo, preservam-se ao máximo a liberdade individual e os direitos fundamentais, no plano das garantias substanciais, contra proibições estatais arbitrárias e abusivas e punições desproporcionais e, no das garantias processuais, contra abusos na persecução penal.

Em síntese, o sistema de garantias penais e processuais fundamentais estabelece os alicerces normativos do modelo penal garantista liberal, isto é, "as regras do jogo fundamental do direito penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 91), tornando tal modelo um importante paradigma de racionalização e limitação do poder punitivo estatal, com vistas à tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, em especial, do penalmente imputado.

2.2 O ESTADO DE DIREITO E A CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO COMO REALIZAÇÃO DA SUA NORMATIVIDADE PRINCIPIOLÓGICA NA SEARA DA CONFLITIVIDADE PENAL

Não obstante existam ascendências anteriores do conceito – como na contraposição platônica-aristotélica entre "governo das leis" e "governo dos homens" e na doutrina medieval que perseguia o fundamento jurídico da soberania (FERRAJOLI, 2009) –, "a fórmula 'Estado de Direito' congloba diversos elementos reportáveis a um pensamento jurídico-político que, basicamente, se veio a desenvolver desde o século XVI" (TORRÃO, 2008, p. 52-54), sendo edificada como corolário do contratualismo e do postulado da autonomia ética individual, "com a preocupação fundamental de limitar juridicamente a intervenção do Estado face à esfera individual dos cidadãos, assumindo, portanto, um jaez marcadamente liberal" (p. 52-54).

Sem embargo, a inclinação da filosofia política iluminista-liberal pelo resguardo do indivíduo, seus direitos naturais e liberdade contra ingerências externas apontava para a necessidade de existir contenção do poder político estatal com vistas a assegurar sua legitimidade, de modo a que tal potestade ilimitada não viesse a violar – como sistematicamente fazia durante o período absolutista – a esfera de direitos e liberdade dos cidadãos. Tal premência levou à idealização do Estado de Direito, como um modelo de organização da comunidade política, em cujo âmbito as estruturas do poder político e a organização da sociedade estão conformadas segundo a medida do direito (CANOTILHO, 2003). De acordo com Torrão (2008, p. 55), a fórmula do Estado de Direito corresponde "à exequível realização prática do pensamento liberal", traduzida em Estados subordinados à lei (expressão da razão) e respeitadores dos direitos naturais, em rejeição ao absolutismo do Estado de polícia.

O modelo do Estado de Direito surge, fruto da filosofia liberal, como paradigma de racionalização, contenção e vinculação jurídico-normativa do poder político, objetivando garantir a esfera de direitos e liberdade individuais contra a eventual ingerência opressora e arbitrária do Estado na busca de seus fins políticos. Implica a submissão do Estado e todos os seus órgãos políticos ao direito, isto é, a um "meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada" (CANOTILHO, 2003, p. 243), o qual articula medidas ou regras materiais – exprimindo valores de justiça – com formas e procedimentos – instituindo garantias jurídico-formais para cumprir seu programa axiológico –, com vistas a perfazer-se como "medida material e forma da vida coletiva" (p. 244).

Não obstante a ideologia que o inspirou, o Estado de Direito real, surgido após as revoluções liberais, não cumpriu a função para a qual havia sido teorizado, de limitação do poder político em sua totalidade. Isso decorreu do fato de ter-se posto em prática uma concepção de democracia puramente formal, alçando o Poder Legislativo, extremamente prestigiado, à posição de poder soberano ilimitado. Segundo Mendes (2012, p. 58), "a supremacia do Parlamento não era, portanto, passível de contraste" e o que este decidia "externava a vontade do povo e não tinha como ser censurado".

Tal fenômeno é compreensível do ponto de vista histórico-sociológico, pois a classe burguesa, instigadora dos pensamentos liberais iluministas que formularam a construção filosófica da ideia de Estado de Direito, ocupando os Parlamentos e exercendo por si mesma o poder político legislativo, já não tinha por que temer os abusos à liberdade e aos direitos desse poder, que ela mesma controlava, não sendo necessário impor-lhe vínculos jurídicos limitadores. Portanto, o Estado de Direito liberal historicamente existente não foi completo em sua ideologia limitadora, pois, a despeito de ter vinculado juridicamente os Poderes Executivo e Jurídico ao império da lei, eximiu-se de vincular e limitar jurídico-materialmente a própria produção do direito, função por excelência do Poder Legislativo, por meio de uma Constituição dotada de supremacia normativa, limitando-se a estabelecer as formas e procedimentos que deviam ser observados para o exercício do poder de legislar, o que ensejou um poder de criação jurídica ilimitado e soberano quanto ao conteúdo de suas decisões.

Nesse passo, somente após os abusos legislativos que ocorreram durante os regimes totalitários atentou-se para a necessidade de limitar jurídica, formal e materialmente também o poder de produção jurídica. Em outras palavras, percebeu-se a importância de controlar não só a forma do exercício desse poder, mas também o conteúdo de suas decisões, por meio de um diploma normativo fundamental (Constituição) dotado de supremacia e força normativa vinculante em face do Poder Legislativo, associando a produção jurídica estatal a uma pauta ético-axiológica comprometida com o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, como corolário inafastável para a concretização da proposta limitadora e garantista dos direitos e liberdade atrelada ao conceito de Estado de Direito. Nessa linha, normas protetivas de direitos fundamentais foram dotadas de supremacia normativa na grande maioria das Constituições ocidentais[1]. Resgata-se, então, com o constitucionalismo pós-guerra, "as características históricas básicas da ideia de Estado de Direito que se reflectem não só na juridicização e controlo do

1 Como, por exemplo, na Constituição Portuguesa (art. 18, 1) e na Lei Fundamental de Bonn (art. 1º, 3).

poder estatal, mas também no programa delimitador das finalidades desse mesmo poder" (TORRÃO, 2008, p. 55-56).

De acordo com Canotilho (2003, p. 245, grifo do autor), o Estado de Direito deve ser, por sua essência de instrumento limitador e vinculador do poder político, um Estado Constitucional, pois "pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma **ordem jurídico-normativa fundamental** vinculativa de todos os poderes públicos", conferindo "à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma" (p. 245), isto é, juridicamente vinculando-os formal e materialmente. Ademais, essa ordenação normativa fundamental deve ser dotada de supremacia em face de todos os atos normativos emanados dos poderes constituídos, pois tal preeminência é pressuposto para a realização de sua função ordenadora e vinculadora de todos os poderes políticos, imprescindível, assim, para a realização da teleologia orientadora da construção teórica do Estado de Direito, consagrada na ideia de primado do direito.

É o que se observa também na filosofia jurídica de Ferrajoli (2009), que, inspirada em Bobbio, concebe o conceito de Estado de Direito com suas bases assentadas em um governo *sub leges*, submetido às leis, e *per leges*, exercido mediante leis gerais e abstratas. Pela amplitude da noção de governo *sub leges*, o catedrático assume, assim como o professor português, que a própria ideia de Estado de Direito implica limitações e vinculações jurídicas (princípio da legalidade) dirigidas a todos os poderes políticos, não apenas formais, como também materiais. Destarte, "*cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos*" (p. 856), e "*cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos*" (p. 856).

Por esse raciocínio, o autor italiano adota, igualmente, uma concepção constitucionalista do Estado de Direito e do princípio da legalidade. Partindo também de um raciocínio de caráter liberal-contratualista de que a função legitimadora do Estado e de seu ordenamento jurídico é a garantia dos direitos dos indivíduos, concebe como função primordial do direito a garantia de direitos (FERRAJOLI, 2004) frente às intervenções externas – tanto do Estado quanto dos demais indivíduos. Para cumprir essa função garantista

legitimadora, o ordenamento jurídico do Estado de Direito deve limitá-lo, também e especialmente no que tange ao seu próprio poder de produção jurídica, isto é, o direito deve limitar-se a si mesmo. Com isso, há uma mudança na natureza da legalidade positiva no seio do Estado Constitucional de Direito, de forma que esta "*no és sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales*" (p. 19); tais vínculos insertos nesse sistema de legalidade positivo-constitucional fazem com que o próprio direito programe não apenas suas formas de produção, por normas procedimentais, como seus conteúdos substanciais, "*vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituiciones*" (p. 20), inegavelmente remetentes à proteção da dignidade humana e garantia dos direitos fundamentais.

Nessa linha, reconhece-se a importância dos direitos fundamentais no Estado Constitucional de Direito como a tradução dos vínculos jurídicos substanciais de que se falou, aos quais está adstrita toda a produção normativa estatal, visto que "*condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado esse moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho*" (FERRAJOLI, 2004, p. 22).

Em síntese, com apoio em Ferrajoli (2009, p. 856-857), pode-se dizer que a construção teórica do Estado de Direito:

> *[...] designa no simplesmente un 'estado legal' o 'regulado por la ley', sino um modelo de estado nacido com las moderna Constituiciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, em virtude del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo – está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo y independientes [...] b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constituición de los deberes* públicos *correspondientes*.

Desse modo, o ideal de Estado de Direito – como proposta de organização de uma comunidade política no âmbito de que o exercício do poder está submetido a uma ordem regulativo-normativa inafastavelmente formal e material – pressupõe a vinculação e limitação do poder estatal como meio para assegurar que este persiga a pauta valorativa mais cara à comunidade, principalmente no que tange à preservação e tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, legitimando seu exercício em função desse fim primordial.

Com efeito, sua própria ideia principiológica, tal qual formulada e desenvolvida filosoficamente na história – com raízes liberal-contratualistas dos pensadores do Iluminismo –, como se expôs, remete à necessidade de limitação e vinculação constitucional (isto é, por uma ordem jurídico-normativa dotada de supremacia e rigidez) dos poderes públicos, com o fim de garantir a tutela dos direitos dos cidadãos, isto é, remete, impreterivelmente, a um modelo de organização política de Estado Constitucional axiológica e teleologicamente orientado para a proteção da dignidade humana e garantia dos direitos fundamentais, sendo esse objetivo a sua própria razão de existir legitimamente. A garantia dos direitos fundamentais é, destarte, o verdadeiro reduto antropológico do Estado de Direito (CANOTILHO, 2003). Não é por menos que as Constituições modernas edificam como seu princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e afirmam a imposição jurídico-normativa da tutela dos direitos fundamentais aos poderes públicos, tanto negativa quanto positivamente, sendo tal estruturação simples corolário da adoção, por elas, do modelo político do Estado de Direito.

O princípio do Estado de Direito nada mais é, portanto, que o reflexo normativo, positivado constitucionalmente, dessa opção organizacional adotada pela quase totalidade das comunidades políticas ocidentais hodiernas. Inspirado por tal ideologia limitadora e garantista, pode-se afirmar, com espeque em Canotilho (2003, p. 243), que a materialidade subjacente a esse princípio espelha-se na juridicidade, constitucionalidade, respeito e garantia dos direitos fundamentais e visa a "dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado", determinando-o segundo essas pautas. Nesses moldes, a normatividade do princípio do Estado de Direito determina uma organização do poder político na forma discutida

anteriormente, isto é, vinculado e limitado, em todas as suas expressões, pelo direito e orientado, por meio de uma pauta axiológico-normativa formal e material dotada de supremacia constitucional, ao fim de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Refletindo isso no âmbito penal, faz-se clara a ligação entre as missões de racionalização e de limitação do poder punitivo estatal – tanto no que toca à previsão legislativa quanto à decisão da jurisdição penal –, visando à tutela dos direitos fundamentais, a que se propõe a teoria normativo-jurídica do garantismo penal e do direito penal mínimo com o princípio do Estado de Direito. Isso porque tais propostas político-criminais traduzem, no âmbito da conflitividade penal, a própria ideologia inspiradora e subjacente à construção teórica do Estado de Direito. Fica claro, pelo exposto, que a normatividade afeta ao princípio do Estado de Direito manifesta-se no âmbito do direito penal pelas vinculações e limitações oriundas da normatividade dos princípios penais e processuais supradiscutidos.

Não por menos, tais princípios garantistas penais e processuais hoje encontram guarida nas Constituições dos Estados de Direito modernos, com normatividade impositiva sobre os poderes públicos e supremacia no ordenamento jurídico. Para exemplificação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê, no seu art. 5º, importantes garantias penais e processuais penais, como as da legalidade e taxatividade penais (inciso XXXIX), da irretroatividade da lei penal (inciso XL), da responsabilidade penal pessoal (inciso XLV), do devido processo legal (inciso LIV), da presunção da inocência (inciso LVII), entre outras.

É preciso concordar com Ferrajoli (2001, p. 171) quando estabelece que o garantismo, como "*un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a* éstos *para garantia de los derechos consagrados en las constituiciones*", é "*sinónimo de 'estado constitucional de derecho*'". De fato, o Estado Constitucional de Direito só pode admitir um modelo penal garantista e mínimo-liberal, consubstanciado em forma de lei do mais débil, tendo em vista que somente por esse modelo de direito penal é possível realizar sua finalidade orientadora voltada para a máxima tutela dos direitos também na seara da conflitividade

penal, de modo a reduzir ao máximo a violência e os danos aos direitos fundamentais tanto da vítima do delito quanto do imputado. Somente por meio da construção de um adequado sistema jurídico-penal garantista, orientado pelos princípios substanciais e processuais já discutidos, o Estado de Direito será capaz de limitar o poder punitivo fático e bem cumprir sua função de respeito à dignidade humana e tutela dos direitos fundamentais.

De tudo quanto dito, conclui-se que o garantismo penal é não apenas a filosofia política racionalizadora e legitimadora do exercício do poder punitivo afeta aos fins do Estado Constitucional de Direito, como também o próprio modelo jurídico-normativo – integrado por um direito penal mínimo principiologicamente orientado pelas garantias substanciais e processuais abordadas –, regulador dessa potestade, assumido e imposto pela normatividade regente do princípio do Estado de Direito.

3 PAINEL ATUAL DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NOS PAÍSES OCIDENTAIS: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Como se disse na introdução do presente escrito, é essencial vislumbrar as atuais tendências expansionistas do direito penal, por meio de políticas criminais punitivistas e simbólicas, sob a perspectiva da sociedade de riscos em que se vive.

Como assenta Moraes (2011, p. 331):

> A sociedade moderna é caracterizada pelo individualismo de massas, pela mudança do sistema de organização e de comunicação, assim como pela globalização, traços preponderantemente responsáveis pela formatação da 'sociedade de riscos', onde a sensação de insegurança coletiva convive com novos bens jurídicos alçados à tutela do Direito (como os interesses difusos), desencadeando a descodificação do Direito, a hipertrofia e irracionalidade legislativa.

A consequência mais elementar da presença cada vez maior de riscos no seio social é o incremento da insegurança da população. Exige-se,

portanto, respostas do Estado frente aos perigos aos quais constantemente estão expostos os cidadãos, sendo o setor mais sensível a essas exigências o direito penal. Diante da crescente criminalidade que se observa a cada dia, resultado inexorável que é da progressiva exclusão social e intensificação das necessidades consumeristas das sociedades hodiernas, reputa-se como função do sistema penal estatal contê-la e resolvê-la, com fins a promover a segurança tão almejada pelos cidadãos.

Nesse quadro, diante das cobranças populares, insufladas ainda pelo espetáculo criminalístico difundido nos meios midiáticos massivos, a reação populista dos políticos traduz-se em políticas criminais punitivistas e puramente simbólicas (respostas ao clamor popular, sem efetividade solucionadora dos problemas da conflitividade criminal), com o especial fim de mostrar à população que o Estado não está inerte diante do "combate à criminalidade". Edifica-se um convincente discurso de que a criminalidade organizada, vislumbrada com maior incidência e temor na criminalidade profissional, econômica, no tráfico de drogas, armas e pessoas e no terrorismo, é uma ameaça capital para os cidadãos e para a própria manutenção da ordem social, devendo-se reprimi-la a qualquer custo (emergência).

Aqui se encontra a gênese de uma verdadeira legislação penal de exceção, a qual vulnera e flexibiliza os princípios garantistas do direito penal mínimo e liberal abordados na primeira seção, justificada em face da emergência que se torna, aos olhos do senso comum, a criminalidade organizada – principalmente quanto às organizações terroristas e de tráfico de entorpecentes e armas –, e da urgente necessidade em contê-la e prevenir a sociedade contra seus males. Inobstante os mais modernos avanços do pensamento sociológico e criminológico atestem a clara ineficácia do direito penal e sua resposta prisional para resolver o problema da crescente criminalidade[2], toma-se este, em seu viés de exacerbação punitivista, como autêntica panaceia para a prevenção e contenção da violência urbana moderna.

Quanto à legislação penal de exceção na atualidade, Guillamondegui (2007) afirma que esta se funda a partir da existência de uma reivindicação da opinião pública em reação a um fato novo extraordinário. Tal reivindicação,

2 Vide, no Brasil, Bitencourt (2004).

por sua vez, origina uma disciplina penal com regras diferentes das tradicionais afetas ao direito penal liberal e que almeja efeitos visando apenas ao "caso concreto", de forma a tão somente proporcionar à sociedade uma sensação de resolução do problema sem erradicá-lo, isto é, mostrando-se puramente simbólica. Assim, incumbindo-se o poder punitivo de função eminentemente preventiva, responsável pela garantia da segurança dos cidadãos, procura-se antecipar a repressão ao próprio ato criminoso lesivo, expandindo-se exageradamente as condutas puníveis, com abuso de tipificações indeterminadas, de atos preparatórios, de mera conduta (sem materialidade) e de crimes de perigo abstrato. Tal hipertrofia da legislação penal, visando à rápida resposta penal e prevenção de delitos, com o fim de conter os danos sociais gerados pela criminalidade, constrói o que Silva Sánchez (2013, p. 193, grifo do autor) denomina terceira velocidade do direito penal, "na qual o **Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais**".

Pelas mesmas razões simbólicas, procede o legislador penal a um incremento desproporcional das sanções penais, cominando penas exorbitantes para os ramos criminosos que se tornam alvos prioritários do "combate ao crime". Ademais, tal orientação político-criminal, exatamente por se fundamentar em circunstâncias de exceção – ou até mesmo de guerra, como reconhece Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2005) –, esmorece as garantias penais, processuais e de execução dos cidadãos frente ao poder estatal, de valor jurídico-constitucional e limitadoras da atuação punitiva do Estado, que ficam escanteadas diante do imperativo da "segurança pública".

Conforme síntese de Cancio Meliá (apud MORAES, 2011), as características principais dessa política criminal praticada nos últimos tempos, de expansão do direito penal, são: a) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); b) instrumentalização do direito penal; c) inoperatividade, seletividade e simbolismo; d) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); e) descodificação; f) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e execucionais); g) prisionalização (explosão carcerária). Tal tendência forma um direito penal do risco, no âmbito de que "se

sacrificam garantias fundamentais em nome de uma pretendida luta efetiva contra a criminalidade" (MORAES, 2011, p. 179).

É de se consignar, ainda, a correlação da técnica de punição antecipada e indeterminada de atos preparatórios e de perigo abstrato com um modelo preventivo que visa mais à identificação e punição de certos tipos de autor de delitos do que, propriamente, a promover a retribuição a fatos lesivos ao corpo social. Isso porque essas condutas (como, por exemplo, petrechos para falsificação de moeda – art. 291 do Código Penal – e para tráfico ilícito de drogas – art. 34 da Lei nº 11.343/2006), inobstante, em si, não representem quaisquer danos a bens jurídicos, indicam a probabilidade de seu autor vir a cometer ofensas futuramente.

Com uma legislação especialmente repressiva a quaisquer atos – mesmo que, em si, não danosos à sociedade – vinculados à prática de algumas formas de criminalidade organizada e habitual, o sistema busca uma persecução seletiva e antecipada (ao dano) de determinados tipos de indivíduo, taxados como perigosos (terroristas, traficantes, falsificadores, integrantes de quadrilhas, criminosos habituais etc.), buscando sua neutralização. Tal legislação adquire, destarte, conformações de um direito penal do autor (contenção de sujeitos ameaçadores antes que venham a consumar o provável dano), assemelhando-se às vetustas construções teóricas do positivismo criminológico, em detrimento do igualitário, racional e liberal direito penal do fato (repressão após a consumação do fato ofensivo culpável). Nessa linha, dirige-se o foco mais aos sujeitos perigosos do que aos fatos lesivos, punindo-se – e com rigor –, de forma seletiva, condutas que indiquem que o autor amolda-se às características de "inimigo" da sociedade. Com efeito, "este novo perfil do Direito Penal – simbólico e punitivista – não só identifica um determinado 'fato', mas, sobretudo, um tipo específico de 'autor', definido não como igual, mas como outro, como o 'inimigo do pacto social" (MORAES, 2011, p. 180). Exatamente por operar seletivamente, elencando "inimigos do pacto social", tal modelo punitivista moderno foi, provocativamente, denominado "direito penal do inimigo" pelo penalista alemão Gunther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2005).

Em resumo, pode-se dizer que as tendências político-criminais da atualidade, calcadas no prevencionismo e na severidade penal, sob os ideais de punitivismo e simbolismo (resposta do Estado às exigências da população) e com o rótulo de legislações de "guerra" ou de "combate" à criminalidade, identificam-se por:

1. crescente tipificação de novas condutas delituosas, proibindo, em especial, ações indeterminadas e ausentes de lesividade individualmente, por serem preliminares ou indicativas de condutas danosas ou concretamente perigosas para a sociedade (atos preparatórios e de perigo abstrato), com clara finalidade de punir (neutralizar) determinados tipos criminosos de sujeito taxados como perigosos (terroristas, traficantes, criminosos habituais etc.), operando seletivamente, conforme ditames de um direito penal do autor;
2. majorar desproporcionalmente as penas em geral, com vistas à contenção física dos "sujeitos perigosos" – punindo-se, ainda, atos preparatórios e de perigo abstrato tão severamente quanto os atos materialmente lesivos, com clara desproporcionalidade;
3. flexibilizar o garantismo penal (princípios da intervenção mínima, ofensividade, culpabilidade e proporcionalidade das penas, como se afere das características anteriores) e processual (aumentando o poder investigatório dos órgãos acusatórios, em detrimento dos direitos fundamentais dos acusados, utilizando de forma excessiva as prisões cautelares, mitigando a presunção de inocência, como nas prisões sem condenação e execução provisória da sentença na pendência de recursos); no caso deste, institucionalizando um processo que importa muito das tradições inquisitivas medievais, em via oposta ao princípio liberal acusatório ao qual se reportou previamente, tendo por maior escopo a punição dos indivíduos perigosos à sociedade, e não a persecução da justiça.

4 LEGISLAÇÕES PENAIS EXPANSIONISTAS "DE TERCEIRA VELOCIDADE" PELO MUNDO

A tendência político-criminal expansionista que se discutiu anteriormente foi se tornando comum em fins do século XX e início do século XXI, com certo pioneirismo dos Estados Unidos, sendo especialmente incrementada nas legislações do mundo ocidental após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

Como atesta o penalista espanhol Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 217), "se levarmos em conta a evolução do Direito Penal espanhol, europeu e internacional, fica difícil questionar as teses básicas da Expansão: a saber, que há mais delitos, que as penas são mais graves e que as garantias tendem a relativizar-se". Adotando essa linha, pretende-se ilustrar o comentado com exemplos de legislações penais de cunho expansionista pelo mundo.

Começando pelos Estados Unidos, marcante nesse contexto foi a política criminal do Movimento *Law and Order*, que se tornou famosa e amplamente presente nos diplomas legislativos penais em todo o país na década de 1990 – continuando, de certa forma, até os dias presentes em alguns estados americanos –, sob o discurso fundamentador de que os altos níveis de criminalidade constatados deviam-se à baixa severidade das leis penais.

Os pontos que mais chamaram atenção no amplo movimento americano de repressão e severidade penal dizem respeito às teorias "Janela Quebrada" e "Tolerância Zero". Baseando-se em uma pesquisa sociológica empreendida pelos cientistas sociais George L. Kelling e Catherine Cole (1996), que provou que a falta de cuidado com as pequenas desorganizações (janela quebrada) gera uma depredação progressiva de todo o ambiente em seu entorno – dando origem à vadiagem, vandalismos e criminalidade –, começou a se tornar comum nos estados americanos a rigorosa política da "Tolerância Zero". De acordo com ela, inclusive os delitos mais insignificantes e de mínima ou nenhuma lesividade – "janelas quebradas", utilizando o termo de Kelling e Cole (1996) – deveriam ser severamente punidos, sob pena de se incentivar a vida criminosa e permitir um avanço da criminalidade. Desse modo, pequenas infrações (delitos e contravenções) como danos,

pequenos furtos, vadiagem, pichações, uso de drogas, entre vários outras, foram reprimidas pelas diversas novas leis penais promulgadas com severas penas de prisão, no que se procedeu a uma verdadeira higienização social dos pequenos delinquentes e marginalizados (perigosos para a sociedade).

Tal tendência higienizadora do Movimento *Law and Order* americano teve seu ponto culminante na famigerada lei californiana que instituiu a fórmula *three strikes and you are out*, impondo pena perpétua a quem tenha cometido três ou mais delitos, com o que, recorrendo a Zaffaroni (2007, p. 62, grifo do autor), "restabeleceu-se o desterro definitivo dos **indesejáveis ou inimigos**, uma medida violadora do princípio da proporcionalidade". A intenção legislativa de neutralizar definitivamente (prisão perpétua) os delinquentes habituais, considerando-os sujeitos perigosos para a sociedade que deviam ser contidos, é aparente em tal legislação penal, evidentemente violadora de garantias fundamentais e do "princípio dos princípios" em qualquer Estado de Direito, qual seja, a proporcionalidade.

Também na Espanha, observou-se a presença de legislações com objetivos neutralizantes da criminalidade habitual, a exemplo das sucessivas reformas empreendidas no Código Penal de 1995, ocorridas ao longo do ano de 2003, as quais o converteram no que, segundo Muñoz Conde (2005, p. 5), o próprio governo reconheceu como "Código penal da segurança", apostando na repressão severa da habitualidade e profissionalização criminosas, em moldes semelhantes aos da campanha de Lei e Ordem americana. Com espeque nas lições do professor espanhol, pode-se dizer que, para a resolução de um dos problemas que motivaram a reforma, a (in)segurança pública, "o critério de 'habitualidade' foi utilizado como elemento justificador de um enorme incremento da repressão punitiva dos delinqüentes mais desfavorecidos econômica e socialmente" (p. 6).

O legislador espanhol converteu em delito – e castigou com pena de prisão – o simples alcance de quatro faltas consecutivas contra a propriedade (mesmo que furtos simples), no período de um ano, visando a combater o que se denominou "delinquência profissionalizada". Tal legislação, com esteio no penalista espanhol, "constitui uma reação punitiva desproporcionada e uma forma de 'criminalização da pobreza' que raia nos limites do que foi

a Lei de periculosidade social franquista, que foi justamente derrogada pelo Código penal de 1995, por sua incompatibilidade com o Estado de Direito" (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 6). Ademais, essa mesma reforma do Código Penal espanhol exacerbou significativamente as penas a ser aplicadas aos reincidentes e delinquentes com "maus antecedentes", procedendo a uma maior reprimenda com único fundamento na periculosidade subjetiva do criminoso, com claras intenções de manter presos os indivíduos perigosos à sociedade. Permitiu-se, nos dizeres de Muñoz Conde (2005, p. 8), "que fosse imposta uma pena superior em graus àquela correspondente ao delito, sem outra razão que a de uma suposta maior periculosidade subjetiva do que já anteriormente tenha sido condenado por haver cometido o mesmo delito".

No contexto europeu, faz-se mister reportar, ainda, as difundidas leis antiterror, que se alastraram pela Europa Ocidental após 2001, principalmente após os atentados ocorridos na Espanha e Inglaterra. Representativa dessa tendência legislativa, a Lei Antiterrorista inglesa de 2001, que permitia a detenção administrativa, ilimitada, de estrangeiros suspeitos de integrar organizações terroristas, foi invalidada pela Câmara dos Lordes, em 2004, sob o argumento de violar, entre outros direitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[3], o direito à igualdade jurídica entre estrangeiros e cidadãos e ao devido processo e proteção judicial efetiva (MORAES, 2011).

Também na Inglaterra, causou extrema polêmica o conjunto de regras táticas adotadas pela polícia metropolitana londrina para lidar com a periculosidade de terroristas suicidas – que ficou conhecido como Operação Kratos –, dando permissão para que policiais disparem tiros fatais sem prévio aviso, o que culminou no trágico evento da morte do brasileiro Jean Charles de Menezes, em 2005[4]. Ainda nesse ínterim, o Tribunal Constitucional Alemão, na decisão 1BvR 357/05, declarou a inconstitucionalidade da Lei de Segurança Aérea alemã – a qual permitia, como último recurso, a derrubada de aviões suspeitos de estarem controlados por terroristas, para garantir a segurança e a vida dos cidadãos –, explicitando se tratar de uma legislação

3 Adotada pelo Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950, com o nome oficial de Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

4 Sobre a polêmica acerca das políticas da Operação Kratos, ver Casciani (2007).

de direito penal do inimigo, violadora do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2011).

Por fim, no panorama nacional, destaca-se a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na execução penal brasileira, pela Lei nº 10.792/2003, a qual impõe reclusão individual e em condições desumanas. Nesse diploma legal, prevê-se a submissão ao regime diferenciado de presos, provisórios ou condenados, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" (BRASIL, 2003, art. 52, §1º), assim como o preso "sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando" (BRASIL, 2003, art. 52, §2º). Vislumbra-se, em evidência, severidade da punição penal justificada tão somente pela periculosidade subjetiva, e não pelo fato delituoso, consubstanciando a intenção de excluir e neutralizar o delinquente perigoso, aferindo-se tal periculosidade, outrossim, sem o devido processo legal, visto que baseado em meras suspeitas e conceitos subjetivos e imprecisos de alto risco para a ordem e a segurança.

Neste ponto, percebe-se que a lei brasileira não trata esses indivíduos como cidadãos, senão como inimigos da ordem social, os quais estão sendo combatidos em uma guerra, restringindo-lhes garantias liberais penais (punição por mera periculosidade, sem fato ofensivo, e desproporcional) e processuais (responsabilidade penal sem o devido processo legal), recusando, enfim, a sua própria humanidade.

5 CRÍTICAS AO PARADIGMA DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Seguindo o plano traçado, é forçoso proceder à análise das principais críticas ao paradigma de direito penal expansionista e, posteriormente, investigar acerca da compatibilidade deste com as premissas fundamentais que estruturam o modelo de Estado Constitucional de Direito hodierno. Passa-se para a discussão de tais temáticas.

5.1 PANORAMA DE CRÍTICAS À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

As legislações penais que seguem a tendência anteriormente exposta foram alvo de inúmeras e contundentes críticas por parte da doutrina penalista em todo o mundo. Na própria exposição das características comuns que a identificam, como se percebe, já foi possível apontar algumas dessas críticas doutrinárias ao *modus operandi* legislativo-penal em moda na atualidade, fundamentos os quais serão melhor aduzidos e sistematizados na presente seção.

O cerne da crítica ao modelo punitivista e simbólico de direito penal que se vê avançar nos dias atuais remete ao fato de que esse modelo, calcado na prevenção e na garantia da segurança pública pretensamente ameaçada pelas emergências, acaba por desconstruir os postulados garantistas do direito penal liberal consolidados nos Estados de Direito ocidentais, de valor constitucional, vulnerando os cidadãos em face do arbítrio estatal.

Para Cancio Meliá (JAKOBS; MELIÁ, 2003), esse modelo de direito penal, como resultado de seu simbolismo e punitivismo, inaugura um autêntico direito penal do autor, porquanto identifica não apenas um determinado fato, mas, sobretudo, um específico tipo de autor, a quem se define como desigual (o outro) e se demoniza, combatendo essas espécies autorais com punições exacerbadas. Segundo o penalista espanhol, essa espécie de regulação faz jus ao rótulo jakobiano de "direito penal do inimigo", por ter como princípio central a identificação, por tipificações de condutas indeterminadas e vinculadas a um modo de ser, de um grupo de sujeitos ("inimigos"), mais que a própria definição de fatos puníveis. Para Zaffaroni, Alagia e Slokar (2000, p. 64), trata-se de um novo direito penal do autor, em forma de direito penal do risco, o qual "*anticipa la tipicidad a actos preparatorios y de tentativa, lo que aumenta la relevancia de los elementos subjetivos y normativos de los tipos penales, con lo que se quiere controlar no sólo la conducta, sino la letalidad del sujeto al ordenamiento*". Também Jakobs (apud GRACIA MARTÍN, 2007, p. 86), aduz que, por tal via, o Estado já não mais dialoga com os cidadãos para manter a vigência da norma, mas combate seus inimigos, isto é, combate perigos, e, por isso, nele, "a pena se dirige à conservação em relação a fatos futuros, e não à sanção de fatos já perpetrados".

Comentando acerca das técnicas de antecipação da tutela penal e da tipificação de condutas indeterminadas, Jakobs (2003, p. 110) identifica a punição desses atos – não lesivos e, até mesmo, sem resultados externos, como nos crimes de mera conduta – como mero pretexto para perseguir determinados tipos de sujeito perigosos ou inimigos, visto que "quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos" e, assim, "despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada já não corresponde aí direito penal de cidadãos, e sim ao direito penal de inimigos" (p. 131). O autor nega, ainda, o caráter jurídico de tais disposições legislativas, por não atribuírem responsabilidade penal a pessoas que infringem normas, mas, sim, pura coação física ao ente perigoso (não pessoa), até chegar à guerra (GRACIA MARTÍN, 2007).

Ressuscita-se, destarte, um direito penal que toma por paradigma o autor de delitos (direito penal do autor) e não os fatos delituosos (direito penal do fato), punindo-se não o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta, sim, verdadeiramente delitiva (MORAES, 2011). Perde-se, portanto, o principal marco racionalizador do poder punitivo estatal e preservador da esfera de liberdade dos indivíduos, tanto no que toca à característica de pressuposto para a responsabilidade penal quanto para a aferição de sua medida, que é o fato danoso culpável e punível, tal qual formulado pelo direito penal liberal. Inevitável, nesse ponto, não se reportar à doutrina do jurista italiano Luigi Ferrajoli (2010, p. 758, grifo do autor):

> A primeira e mais relevante alteração do modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência consiste na **mutação substancial** – inferida pelo paradigma do inimigo – de todos os três momentos da técnica punitiva.
> Esta mutação golpeia, antes de tudo, a configuração da espécie fática punível. E se exprime em uma acentuada personalização do direito penal de emergência, que é frequentemente muito mais um direito penal **do réu** que um direito penal **do crime**. [...] O fato, nestas figuras normativas [indeterminadas], perpassa o curso da vida ou as colocações políticas ou ambientais do imputado, e como tal é pouco verificável pela acusação

> quanto pouco refutável pela defesa. E se configura tendentemente como um delito de *status*, [...], com valorações referidas à subjetividade reversiva ou substancialmente antijurídica do seu autor.

Importa aqui retratar o pensamento do penalista espanhol Silva Sánchez (2013), para quem a obsessão pela segurança levou a um paradigma de intervenção penal calcada na gestão administrativa do delito como risco social, isto é, não se repele um dano à comunidade com uma reprimenda proporcional, lógica inerente ao princípio da ofensividade, que rege o direito penal de base liberal, mas se procede a uma gestão prática dos riscos à comunidade advindos do fenômeno da criminalidade em seus vários âmbitos, típica de um direito penal "administrativizado", especialmente no que atine às tendências de antecipação da intervenção penal para punir crimes de perigo por acumulação ou presumido (não lesivos isoladamente) e neutralização dos sujeitos perigosos. Percebe-se, destarte, a banalização do direito penal como panaceia para a resolução dos grandes problemas e disfuncionalidades que afetam a sociedade moderna, tarefa que sempre foi assumida por outros ramos do direito, mormente pelo direito administrativo, inclusive em seu viés sancionatório próprio. Assim:

> O Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado' (p. 148).

Como resultado dessa forma de pensar a função da intervenção penal, consolida-se a pragmaticidade de sopesamentos entre custos e benefícios, de cunho utilitarista, sendo lícito sacrificar os direitos e a liberdade de indivíduos possivelmente nocivos à comunidade desproporcionalmente (ao dano material por eles causado a um bem jurídico) para pretensamente garantir a segurança e o bem-estar de todos. Nesse panorama, o autor suprarreferido denuncia a incompatibilidade do expansionismo penal da atualidade, com

sua flexibilização das garantias político-criminais e processuais e das regras de imputação da dogmática clássica, com o paradigma da pena privativa de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Deixa claro que, para que se atenda aos postulados fundamentais da proporcionalidade e da liberdade, a função que hoje se busca com o direito penal – de panaceia para resolução de todas as disfuncionalidades sociais – deveria ser assumida por um modelo diferenciado de direito penal, de "segunda velocidade", mais aproximado do direito administrativo sancionatório, que prescindisse da gravidade da pena privativa de liberdade e, com isso, pudesse exercer maior intervenção e controle social – com flexibilização de garantias – para sancionar fatos isoladamente não lesivos, como os hodiernamente tipificados delitos de antecipação, por acumulação ou de perigo abstrato ou presumido.

Dessa forma, afirma Silva Sánchez (2013), deveriam ser mantidas as duas "velocidades" do direito penal, como única forma de admitir uma expansão – nos moldes flexibilizadores comentados – racional do punitivismo estatal que se observa na atualidade: a "primeira velocidade" (ou núcleo do direito penal), nos moldes do direito penal tradicional, que interviesse apenas em última instância, com aplicação da pena de prisão e observadora de todos os pressupostos garantistas para a responsabilidade penal, aliada à segunda, que adquiriria um perfil mais intervencionista, em troca da supressão da reprimenda contra a liberdade por penas pecuniárias e privativas de direitos.

Dito isso, pode-se resumir a crítica geral ao modelo penal expansionista da atualidade: essa política criminal baseia-se em um estado de emergência (criminalidade organizada e incontrolável, terrorismo, entre outros), que, por pretensamente ameaçar a segurança de todos e a própria integridade da comunidade, justifica a criação de uma legislação repressiva de exceção. Sendo de exceção a legislação, a razão primordial de garantir a segurança pública legitima o desrespeito de garantias fundamentais dos cidadãos pelo Estado, permitindo a expansão punitivista, em oposição aos princípios liberais constitucionais, a exemplo da intervenção mínima, da subsidiariedade, da ofensividade, da proporcionalidade, da materialidade, da culpabilidade e do devido processo legal.

Tal ordem de fatos torna-se palpável ao se observar que, com a antecipação, indeterminação e extensão excessivas das hipóteses de desvios puníveis, os limites à ação punitiva estatal tornam-se extremamente flexíveis – porquanto se ignora uma teoria do delito que fixe ofensas precisas a bens jurídicos, com fulcro nos postulados fundamentais da legalidade estrita e da ofensividade –, permitindo-se uma persecução penal seletiva e discriminatória, além de claramente desproporcional, em face do exacerbado aumento das penas e da sistemática limitação de garantias individuais. As legislações penais modernas, dessa forma, abrem espaço para que os órgãos punitivos do Estado persigam e neutralizem sujeitos perigosos com o fim de garantir a segurança exigida pela população, restringindo suas liberdades e direitos de forma acintosa, sem que tenham causado qualquer dano a bens jurídicos, em clara violação dos preceitos constitucionais que consubstanciam um direito penal liberal.

5.2 O MODERNO CONSTITUCIONALISMO E A INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO COM O PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

Como se destacou no início do trabalho, quando da abordagem acerca do Estado de Direito, o pensamento constitucional do pós-guerra foi responsável por formular o paradigma da normatividade e da supremacia das Constituições nos Estados de Direito, alçando direitos e garantias fundamentais à posição de cláusulas pétreas. Tal conjunto normativo consubstancia, como dito, um sistema de limites e vínculos jurídicos incidentes sobre todos os poderes estatais constituídos, regulando formal e materialmente a produção do direito, protegido por eficientes sistemas de controle de constitucionalidade. De fato, essa evolução histórica do constitucionalismo é a maior expressão da necessidade de o Estado moderno observar limites, preservando, até mesmo contramajoritariamente, esferas invioláveis dos indivíduos.

Nesse contexto, como se explicou na primeira seção deste escrito, é o modelo de direito penal liberal, de origem iluminista, que exerce a função

de proteger os cidadãos contra o arbítrio punitivo do Estado, racionalizando o *jus puniendi* estatal e preservando ao máximo as esferas de liberdade dos jurisdicionados. Tal qual explicado, a tradução da finalidade e principiologia do Estado de Direito na área penal está justamente na observância dessas "regras do jogo" (FERRAJOLI, 2010), pois, na medida em que o poder estatal deixa de observar limitações, as liberdades e os direitos de todos os cidadãos estão inegavelmente ameaçados.

É de se ver, assim, que na seara criminal os postulados político-criminais relativos ao direito penal liberal destacados – como a legalidade estrita, a subsidiariedade, a ofensividade, a proporcionalidade, a culpabilidade, o devido processo legal acusatório, entre tantos outros comentados no princípio do trabalho – representam exatamente os limites jurídico-constitucionais supremos aos quais está adstrito o poder punitivo estatal em qualquer Estado que seja regido por um ordenamento jurídico de supremacia constitucional, porquanto corolário de uma vasta gama de princípios e direitos positivados na totalidade das Constituições ocidentais, como os referentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade/vedação à discriminação, à proporcionalidade e ao devido processo legal.

Tem-se por certo que tais rígidas regras garantistas não podem estar desvinculadas da aplicação de um poder coercitivo tão incisivo e caro ao cidadão como é a pena privativa de liberdade, cujos pressupostos de aplicação foram erigidos pela doutrina penal clássica. A partir da força normativa de princípios jurídicos fundamentais, como a proporcionalidade e a liberdade, fica claro que a sanção característica do direito penal (privação de liberdade) só pode ter aplicação como *ultima ratio* no corpo social, como derradeira resposta à grave lesão de bens essenciais à comunidade organizada, e na sua exata medida.

Ao empreender tal raciocínio, rapidamente se conclui que quando o Estado, em qualquer de suas esferas de poder, viola tais axiomas constitucionais e aplica a sanção máxima do ordenamento jurídico em inobservância a tais postulados, está atuando além dos limites constitucionalmente prefixados – portanto, antijuridicamente –, o que fere a legalidade constitucional e, por conseguinte, o princípio do Estado de Direito e sua

expressão na seara da conflitividade punitiva, descambando para absolutismos e regimes ditatoriais.

No mais, é preciso deslegitimar a justificação emergencial utilizada para respaldar tal legislação de exceção. Isso porque as próprias Constituições modernas preveem, inclusive, as hipóteses taxativas em que podem ser instaurados regimes de exceção, única hipótese, dentro da legalidade constitucional, em que o Estado estará autorizado a suprimir certos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e afastar normas limitadoras do poder, em face da emergência vivenciada. Em outras palavras, o ordenamento jurídico-limitador do Estado de Direito também regula as estritas hipóteses em que pode ser flexibilizado pelo poder político e a exata medida dessa mitigação autorizada de barreiras jurídicas. No caso da CRFB/88, os estados de defesa e de sítio e suas restritas hipóteses ensejadoras são expressamente previstos (arts. 136 et seq.), sendo qualquer regime de exceção instaurado à revelia dessas previsões claramente inconstitucional e ilegítimo. A grande celeuma surge, então, quando o Estado busca instaurar regimes de exceção fora da racionalidade jurídica, com base em emergências não previstas nas estritas hipóteses constitucionais, desconsiderando direitos, garantias e limitações jurídicas sem autorização normativa para tanto, como se observa nas atuais legislações penais de exceção em comento.

Diante do que se expôs, é possível aferir que o moderno avanço expansionista e punitivista desmedido das legislações penais de exceção, nos moldes comentados, indica o prevalecimento da "razão de Estado" sobre a "razão de direito", o que é incompatível com um modelo de Estado que se supõe regulado e limitado por um ordenamento jurídico, atendendo ao princípio fundamental do Estado de Direito**.** Sob o discurso legitimador da emergência, representada pela ameaça à "segurança pública", o Estado passa a romper os limites jurídico-constitucionais aos quais está adstrito, justificando-se tal fissura pelo fato de estes traduzirem um empecilho ao alcance dos fins estatais, isto é, a garantia do "bem-estar geral" e a segurança. Como expõe Ferrajoli (2010), a razão de Estado, aliada ao discurso de exceção, caracteriza-se como princípio de legitimação histórica das ações estatais fora, e até mesmo contra, o direito. Continua o catedrático italiano, afirmando a

incompatibilidade da existência de resquícios de "razão de Estado" em um contexto de Estado de Direito.

É o que corrobora o pensamento de Muñoz Conde (2005), afirmando que tal discurso excepcional da "segurança nacional" sempre foi utilizado para legitimar as arbitrariedades cometidas por regimes ditatoriais de exceção. Com efeito, os direitos e garantias fundamentais do Estado de Direito – principalmente as de caráter penal e processual penal – são pressupostos irrenunciáveis de sua própria essência e, em se admitindo sua derrogação, ainda que em casos muito graves e pontuais, deve-se admitir também o desmantelamento do próprio Estado de Direito (MUÑOZ CONDE, 2007). Encontra-se a mesma ideia em Zaffaroni (2007, p. 192), que afirma que, ao se legitimar a seletividade do poder punitivo para, desrespeitando os direitos e garantias dos cidadãos, individualizar os inimigos, "concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos", de forma que se renuncia à função do direito penal do Estado de Direito de contenção e redução do poder punitivo em sua inevitável natureza expansionista (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000) e, portanto, contribui-se para a abolição do próprio Estado de Direito.

Pode-se concluir, assim, que há evidente incompatibilidade entre o hodierno modelo expansionista do direito penal – de "terceira velocidade" ou "do inimigo" – e o princípio do Estado de Direito, inerente aos Estados Constitucionais ocidentais da atualidade. Isso porque tal sistema penal baseia-se em emergências – que sempre são criadas e renovadas – para permitir que o poder punitivo passe por cima dos direitos e garantias dos cidadãos e do ordenamento jurídico, que o limitam. O exemplo histórico do Terceiro Reich alemão e suas atrocidades, todas respaldadas por legislações de exceção, demonstra que o Estado de pura legalidade, sem referência a valores materiais que o orientem, pode ser opressor e pernicioso.

Aceitando o incontrolável discurso de exceção e legitimando a ação estatal guiada pela razão de Estado referente à "garantia da segurança", com a extensão de sua força punitiva em contradição com os limites garantistas impostos pelo ordenamento jurídico-constitucional, estão postos os

ingredientes para a erosão do Estado Constitucional de Direito – axiológico-finalisticamente erigido, como se viu, com vistas à limitação do arbítrio estatal para a preservação dos cidadãos – e perpetuação de um Estado absoluto ou de polícia – ilimitado e desrespeitoso com as esferas invioláveis dos que se submetem ao seu poder.

6 CONCLUSÃO

O direito penal mínimo e o garantismo penal conformam um modelo político-criminal que, desde o Iluminismo, desponta como paradigma segundo o qual se construiu uma teoria liberal do direito penal. Nos moldes teorizados pela escola penal clássica, buscou-se erigir uma teoria do direito penal formada por um sistema de princípios e garantias que racionalizasse o exercício do poder de repressão estatal no que toca à restrição da liberdade dos cidadãos. Com o intuito de preservar ao máximo as liberdades individuais, esse modelo teórico intencionou limitar o poder punitivo do Estado e assegurar, nas searas penal, processual e de execução, proteções aos jurisdicionados contra o arbítrio punitivo soberano, atendendo à mesma principiologia de contenção que inspirou a construção teórica do Estado de Direito.

Nesse panorama, afigura-se preocupante a onda punitivista que se acompanha hodiernamente. Com fulcro em discursos emergenciais atinentes à segurança pública, tal tendência político-criminal trata a criminalidade como uma guerra e põe por terra o sistema de garantias penais, olvidando que os alvos da repressão desmedida não são inimigos externos e, sim, cidadãos, titulares de liberdades, direitos e garantias por imperativo constitucional. Ainda nesse contexto, demasiado alarmante é a atribuição – que se revela tão somente simbólica – ao direito penal de função apaziguadora de macroproblemas estruturais e conjunturais da sociedade, como a criminalidade organizada, o terrorismo e a criminalidade socioeconômica em geral. Os legisladores nacionais encaram hoje as leis criminais como resposta às crises mais profundas que afetam a comunidade política. Preterem-se, assim, as necessárias reformas de fundo, efetivamente solucionadoras dos problemas, para limitar-se à criação de novos diplomas repressores – muitas vezes

irracionais e desproporcionais –, com o único fito de gerar respostas rápidas e fáceis, puramente simbólicas, à intensa demanda social.

Tal atitude degenera o direito penal liberal e minimamente intervencionista, *ultima ratio* do sistema jurídico. Transformando o ordenamento jurídico-penal em ramo punitivo onipresente no controle social, torna-o incompatível, à luz dos princípios constitucionais, com a gravosa pena privativa de liberdade cuja aplicação habilita. Somente criando um direito penal que prescinda da prisão, como proposto por Silva Sánchez (2013), poder-se-ia razoavelmente atribuir tais funções comunicativas à legislação punitiva, pois assim se poderia preservar a essencial relação de proporcionalidade entre fato punível e reprimenda estatal.

O que se deve deixar claro, acima de tudo, é que nenhuma emergência fora das previsões da legalidade constitucional, em um contexto de Estado Constitucional de Direito, pode habilitar o funcionamento do Estado conforme a "razão de Estado", oprimindo seus jurisdicionados, em contrariedade ao ordenamento jurídico-constitucional que o limita. De fato, o fenômeno discutido é efetivamente constatado, e cada vez mais intensamente, em diversos países ocidentais, como demonstrado. O famigerado ato criminoso da polícia inglesa na execução do inocente brasileiro Jean Charles, legitimado, como visto, pela normativa antiterror do país, é apenas um exemplo do quão perigosa pode ser a expansão ilimitada do poder punitivo estatal ditada pelas emergências. Somam-se a essa tantas outras barbaridades cometidas por órgãos estatais com plena justificação advinda de legislações de exceção, tidas como necessárias à preservação do bem supremo da "segurança pública".

Pode-se concluir, portanto, que o modelo de direito penal que vem sendo construído na atualidade, de "terceira velocidade" ou segundo o paradigma do "inimigo", é em tudo incompatível com o princípio do Estado de Direito, basilar nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Em nome da preservação dos postulados fundamentais que estruturam, nos moldes da escola clássica e do garantismo penal, um direito penal liberal – limitador e racionalizador do poder punitivo do Estado, protetivo de esferas invioláveis dos cidadãos e da dignidade da pessoa humana, sendo expressão da própria concepção de Estado de Direito na seara criminal – deve rechaçar

veementemente as tendências político-criminais de expansão do punitivismo que vêm se consolidando hodiernamente, absolutamente incondizentes com toda a evolução histórica que erigiu o atual modelo de Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn: [s.n.], 1949.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, ano 28, n. 57, p. 237-260, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 1764.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 dez. 2003.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASCIANI, Dominic. Shoot-to-kill policy under debate. **BBC News**, 8 nov. 2007. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/7085244.stm>. Acesso em: 5 out. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Derechos y garantías**: la ley dél más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Garantías y derecho penal. **Jurídica:** Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n. 31, p. 165-172, 2001.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo. **Revista Pensamiento Penal**, n. 42, p. 1-17, 2007. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/discursos-emergencia-tendencia-hacia-derecho-penal-del-enemigo>. Acesso em: 27 nov. 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KELLING, George L.; COLE, Catherine. **Fixing broken windows**: restoring order and reducing crime in our communities. New York: Free Press, 1996.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. [S.l.: s.n.], 1690.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da "tolerância zero" ao "direito penal do inimigo". **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, n. 2, p. 1-37, 2005. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspcial-RECJ.02.01-05.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Estudios de Derecho Judicial**, n. 128, p. 9-50, 2007.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: [s.n.], 1976.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado

de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. **O paradigma liberal na era do (pós-moderno) "direito penal do risco"**: *societas delinquere potest*?. 2008. 917 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Correspondência | Correspondence:

Iago Oliveira Ferreira
Rua da Lagosta, 466, apto. 403-B, Ponta Negra, CEP 59.090-500. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 8109-4910.
Email: iagoliveira1994@hotmail.com

Recebido: 18/02/2014.
Aprovado: 10/11/2014.

Nota referencial:

FERREIRA, Iago Oliveira. A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 3, p. 149-188, set./dez. 2014. Quadrimestral.