

DO DIREITO PENAL DE CLASSES AO DIREITO PENAL DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Jacson Luiz Zilio²

RESUMO: O presente trabalho busca esclarecer que o único saber penal que decorre do Estado social e democrático de Direito é de caráter minimalista, que parte da concepção de ato e não de autor. Desse modelo de Estado saem os postulados necessários para o desenvolvimento dum direito penal mínimo de conteúdo preventivo, que contribui tanto para a proteção de bens jurídicos mais relevantes, como para reduzir significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. A investigação percorre, para tanto, as bases do direito penal de classes retratadas na oposição política entre amigo e inimigo de CARL SCHMITT, na oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) de que fala AGAMBEN e no controle e dominação burguesa do projeto neoliberal. A partir dessa identificação da deslegitimação do saber penal, busca-se fundar um direito penal mínimo, de ato e decorrente da ética universal dos direitos humanos, que estrutura o Estado social e democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal de classes; amigo e inimigo; vida nua e vida qualificada; dominação e projeto neoliberal; saber penal; direito penal mínimo; legitimação e deslegitimação; Estado social e democrático de Direito; dogmática penal; política criminal.

FROM A CRIMINAL LAW OF CLASSES TO A CRIMINAL LAW OF THE SOCIAL AND DEMOCRATICAL STATE OF LAW

ABSTRACT: This research aims to clarify that the only knowledge of criminal Law from the social and democratic state of Law is minimal, that it starts from the concept of act, and not from the concept of actor. From this model of State the necessary postulates for a development of a minimal criminal preventive Law starts, bringing a contribution to the protection of the most relevant juridical wealth, as to reduce in a significant level the social violence that the criminal system creates and keeps encapsulated. The investigation goes through the classes criminal Law basis, related friend and enemy of Carl Schmitt, opposing this theory

¹ O presente texto contém partes das ideias discutidas e apresentadas no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no dia 8 de outubro de 2010. Agradeço, desde já, o convite feito pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, especialmente ao Procurador de Justiça e sempre solícito amigo, Jacson Rafael Campomizzi, inclusive pela sugestão do tema.

² Promotor de Justiça do Estado do Paraná e doutor em “Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología”, pela “Universidad Pablo de Olavide”, de Sevilha, Espanha.

to the Homo Sacer (the naked life) and political existence (the qualified life) that Agamben discusses, and also, control and domination of the bourgeoisie on the neoliberal Project. From this identification of deslegitimation of the criminal knowledge, the study focus on a minimal criminal Law, of acts and descending of the universal ethics of human rights, that bases the Social and Democratic State of Law.

KEYWORDS: Classes criminal Law; Friend and Enemy; Naked and qualified life; Domination and Neoliberal Project; Criminal knowledge; Minimal criminal Law; legitimation and deslegitimation; Social and democratical State of Law; Criminal dogmatic; Criminal politics.

1 UM SABER PENAL DESLEGITIMADO: AS TEORIAS POLÍTICAS OCULTADAS PELO DIREITO PENAL DE CLASSES

O direito penal tradicional pretende legitimar-se -e legitimar a pena de prisão- entre outros princípios, por meio da defesa do princípio da igualdade: o direito penal protege todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais e todos os cidadãos que violam as normas jurídicas penais são sancionados. Entretanto, a realidade mostra que o *direito penal é odireito desigual por excelência*, porque o sistema penal é a reprodução do sistema social. O direito penal não defende os bens essenciais de todos os cidadãos e o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual. O grau de tutela dos bens jurídicos penais depende de fatores típicos da “sociedade dividida” e da *vulnerabilidade* do cidadão. A distribuição do *status* de criminoso também responde ao padrão da sociedade de classes, porque o processo de seleção se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas, em virtude da contradição nas relações de produção e distribuição capitalista. Esses interesses do poder de punir, não declarados pelo saber penal que o legitima, podem ser resumidos nos seguintes:

1.1 A oposição política entre amigo e inimigo de CARL SCHMITT

“Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Esta conhecida definição de soberania que inaugura a obra *Teologia política* de CARL SCHMITT também marca o desenvolvimento da teoria política baseada

no significado autônomo da decisão.³ O soberano, para SCHMITT, é quem “decide se existe um caso de exceção extrema e também o que se deve fazer para remediá-lo. Está fora da ordem jurídica normal e forma parte dela, porque lhe corresponde a decisão sobre se a Constituição pode suspender-se *in toto*”.⁴

A ideia central do pensamento de SCHMITT não contém maiores complicações e nem grandes dificuldades de compreensão. Segundo afirma SCHMITT, a ordem jurídica não pode regulamentar o conteúdo da necessidade extrema que dá causa à declaração do estado de exceção. O estatuto normativo e o Estado de Direito podem instaurar um controle da decisão *a posteriori*, mas não podem regulamentar o conteúdo das faculdades excepcionais. A decisão de regulamentação do conteúdo se outorga ao poder soberano, que é a fonte jurídica que, definitivamente, *realiza politicamente* o Direito, sem responsabilidade ou controle. Significa reconhecer que há situações de extrema necessidade e de perigo para sobrevivência do Estado que não podem ser decididas *a priori* pelo Direito, mas sim por uma *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito, como sistema ordenado de normas, está estruturado não somente por normas jurídicas, mas também e principalmente por *decisões* que essencialmente são *expressões de soberania*, ou seja, *expressões do poder do soberano* de decidir o conflito entorno do Direito. Trata-se, como afirma o próprio SCHMITT, de um legislador extraordinário *ratione necessitatis*, porque as “ficções e nebulosidades normativas” somente valem para situações normais e a normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu “valer”.⁵

SCHMITT assevera que a ordem legal se origina de uma decisão e não de uma norma. Toda ordem, inclusive no estado de exceção -que não é uma ordem jurídica, mas tampouco é uma anarquia ou caos- repousa em uma decisão e não em uma norma. Nesse sentido, mais importante que a validade do sistema jurídico é sua eficácia em uma situação concreta. Por isso mesmo é que no “estado de exceção”, em que há uma situação anormal

³SCHMITT, Carl, *Teología política*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

⁴*Ibidem*, p. 24.

⁵ SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *op. cit.*, p. 313.

(*extremus necessitatis casus*), não há norma para aplicar, mas sim uma decisão do soberano que “se libera de toda atadura normativa e chega a ser neste sentido absoluta”.

Assim, pois, é a decisão do soberano que *cria a ordem jurídica*. O soberano é, em suma, a “autêntica jurisdição” e “o juiz supremo do povo”, imune ao controle *a posteriori*, já que o ato é judicial e está fundamentado no “princípio da primazia da direção política”.⁶ Daí advém a tese nodal de SCHMITT de que o conceito de soberania -o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção- é um *conceito limite de conteúdo político*.

Há um exemplo esclarecedor. No caso da antiga República de Weimar, o art. 48 definia o Presidente como autoridade soberana para poder “tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública”, inclusive suspendendo total ou parcialmente os direitos fundamentais. Assim, pois, em estado de exceção passaram-se os últimos anos da República de Weimar, antes da tomada do poder pelo partido nazista, em 1933.

A partir daí, então, SCHMITT começa a escrever sobre a legalidade dos atos praticados pelo *Führer*, fundamentados no “princípio da primazia da direção política”, já que ele possuía o direito de atuar como “juiz supremo do povo” e guardião da Constituição, determinando o conteúdo e a extensão. Desse modo, além de criticar abertamente e de forma dura o liberalismo e o parlamentarismo anteriores, SCHMITT promove racionalmente uma quebra do princípio da separação de poderes, para propor uma justificação legal para o nascimento do novo estado totalitário, baseado no povo e na raça.

Tanto é assim, que dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, a chamada “Nacht der langen Messer”, ou “Noite das Facas Longas”, em que, por sua própria ordem, foram assassinados e arrestados os principais dirigentes das “Sturmabteilung” (SA), o corpo paramilitar do partido nazista criado em 1921, SCHMITT publica o artigo “O “Führer” defende o direito. O discurso de Hitler perante o Reichstag em

⁶SCHMITT, Carl, *El “Führer” defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 89.

13 de julho de 1934", no qual defende os assassinatos e as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do estado de exceção, mas sim como jurisdição autêntica, sem controle jurisdicional.⁷

No referido estudo, SCHMITT ataca fortemente a antiga "postura individualista liberal" do sistema de Weimar, qualificada ali como "cegueira do pensamento jurídico liberal", em uma "época enferma e decrépita". Inclusive, segundo argumenta SCHMITT, a "*magna carta*" do criminoso de FRANZ VON LISZT significou deixar o Estado e o Povo "atados sem remédio por uma legalidade supostamente desprovida de resquícios".⁸

Mas antes disso, já em 1927, no livro "*O conceito de Político*", quicã para esclarecer as características de *status* e *povo*, SCHMITT define a essência do que é político como o *enfrentamento entre amigo e inimigo*. Escreve que "a distinção política específica, aquela que pode reconduzir-se todas as ações e motivos políticos, é a distinção de *amigo* e *inimigo*".⁹ A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do que é político e, segundo o pensamento de SCHMITT, chega a oferecer uma definição conceitual e um critério que permite se referir as ações e aos motivos políticos. Assim assinalou SCHMITT: "O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o extremo grau de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou de uma dissolução; ela pode subsistir teórica e praticamente sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo".¹⁰

De acordo com SCHMITT, o inimigo aqui não é moralmente mal, nem esteticamente feio, mas sim que é o outro, o hostil, o público, isto é, o conjunto de homens que se opõe a outro conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha em um sentido particularmente intensivo.¹¹ O inimigo, definitivamente, é aquele que ameaça a vida e frente a isso não há neutralidade.

⁷Vid. MORESO, Josep Joan, *Poder y Derecho*, em GARCIA SEGURA, Caterina, RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 162.

⁸ SCHMITT, Carl, *El "Führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934*, em ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 89.

⁹ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1998, p. 56.

¹⁰*Ibidem*, p. 57.

¹¹*Ibidem*.

Consequentemente, se o fenômeno político deriva da inimizade potencial e do conflito, então a guerra representa, em SCHMITT, a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim “natural” é sempre a guerra, seja externa ou interna. Somente mediante a guerra, dado seu forte sentido político e de decisão, alguém pode desgarrar-se dos valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutral.

SCHMITT argumenta que “os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu sentido real pelo fato de que estão e se mantêm em conexão com a possibilidade real de matar fisicamente. A guerra procede da inimizade, já que esta é a negação ôntica de um ser distinto. A guerra não é nada mais que a realização extrema da inimizade”.¹² Nesse sentido, o conceito do que seja político consiste exatamente na distinção entre amigo e inimigos públicos (políticos). Não se trata, portanto, de uma definição “belicista, nem militarista, nem imperialista, nem pacifista”, apenas corresponde a “existência prévia de decisão política acerca de quem é o inimigo”.¹³

De toda maneira, a lógica do amigo, inimigo e luta, põe em destaque que o fundamento reside na imposição voluntarista da política, por decisão do poder soberano, no marco do estado de exceção, que define os amigos e os inimigos de forma negativa, junto com a exaltação da força bélica, para *garantir a tranquilidade, a segurança e a ordem por meio da destruição total dos inimigos*, assim como para alcançar uma integração e uma unidade política organizada. A guerra, dessa forma, está clara na concepção do que é político e somente mantém um significado enquanto a distinção entre amigo e inimigo subsiste.

Em outro ponto sobre a unidade política proveniente da guerra, SCHMITT aclara: “O Estado, na sua condição de unidade essencialmente política, lhe é atribuição inerente o *ius belli*, isto é, a possibilidade real de, chegado o caso, determinar por própria decisão quem é o inimigo e combatê-

¹²*Ibidem*, p. 63.

¹³*Ibidem*.

lo”.¹⁴ Daí porque o “*ius belli* implica a capacidade de disposição: significa a dupla possibilidade de requerer por parte dos membros do próprio povo a disponibilidade para matar e ser mortos, e por outra de matar as pessoas que se encontram do lado do inimigo”.¹⁵

Tudo isso permite extrair que a *essência do que é político reside na possibilidade de dar morte ao inimigo*, em função do perigo interno e externo. Permite compreender, por outro lado, que existe, na doutrina de SCHMITT, uma clara aversão a *neutralidade* e a *despolitização* da vida nua, figuras representativas da democracia liberal. Pois não é por outra melhor razão que SCHMITT exalta o pensamento do filósofo reacionário DONOSO CORTÉS, para quem mais vale uma *decisão* de defesa de uma ditadura política que uma indecisão liberal e anarquista (como de PROUDHON e BAKUNIN, por exemplo).¹⁶

Trata-se, ademais, de uma teoria política baseada no *decisionismo* do poder soberano e, portanto, é absolutamente contrária ao liberalismo e ao parlamentarismo, isto é, é contrária a democracia liberal individualista. Definitivamente, é uma doutrina belicista que define a essência do político na possibilidade de luta e morte com o inimigo. Uma doutrina que, em suma, reflexa na decisão do poder soberano -o poder de morte consistente na definição dos amigos e dos inimigos- a essência da jurisdição.

De todo modo, a teoria política de SCHMITT está relacionada diretamente com as origens do totalitarismo, tanto nos escritos de antes, durante e depois do nazismo. O passado nazista de SCHMITT é clarividente e não se trata somente de mero oportunismo. Tanto é assim que dois textos de SCHMITT demonstram a tentativa de justificação das três leis de

¹⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵ *Ibidem*, p. 75.

¹⁶ A crítica de SCHMITT contra a democracia liberal parece derivar da crença de que a História tem determinado a submissão espiritual a partir da compreensão legal do inimigo no destino da Alemanha. Veja-se SCHMITT, Carl, *Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich. La Lógica de la Sumisión Espiritual*, Madrid, Reus, 2006, p. 100: “Em sua continuidade se desenvolve uma consciente lei: primeiramente, a submissão espiritual na política interior do Estado prussiano do soldado, a partir dos conceitos de direito do Estado constitucional e de direito burguês; logo a submissão a partir da meta de guerra espiritual do inimigo, unido ao empenho subalterno, de dar um boa impressão no estrangeiro e tranquilizar o inimigo por meio de transigir e “objetividades”; e, finalmente, a submissão por traição e alta, aberta a partir dos ideais do direito e Estado de um inimigo, que por isso é vitorioso e sem piedade. A lógica da submissão espiritual se termina na servidão política, em um estado de desarme e sem resistência”.

Nuremberg de 15 de setembro de 1935, sobre bandeira, cidadania e sangue.¹⁷

No primeiro artigo, “*A Constituição de liberdade*”, de 1º de outubro de 1935, SCHMITT defende que as três leis antes mencionadas “são a Constituição da liberdade” e “o núcleo” do Direito alemão. Novamente afirma que as “liberdades liberais” foram a arma dos inimigos e parasitas

¹⁷ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 2001, p. 422, parece não reconhecer a influência da elite intelectual no totalitarismo: “Por outra parte, para ser completamente justos com aqueles membros da elite que, em um momento ou outro, se deixaram seduzir pelos movimentos totalitários e que as vezes, em razão de sua capacidade intelectual, chegaram a ser inclusive acusados de haver inspirado o totalitarismo, é preciso declarar que o que estes homens desesperados do século XX fizeram ou não fizeram não teve influência alguma em nenhum totalitarismo, ainda que desempenharam certo papel nos primeiros e afortunados intentos dos movimentos por obrigar ao mundo exterior a levar a sério suas doutrinas. Ali onde os movimentos totalitários conquistaram o poder, todo este grupo de simpatizantes se desfez inclusive muito antes que os regimes começassem a cometer seus maiores crimes”. Na nota número 65, ARENDT destaca a necessidade de estudar “detalhadamente as carreiras de aqueles estudiosos alemães, comparativamente escassos, que foram mais longe da mera cooperação e ofereceram seus serviços porque eram nazistas convencidos”. E acrescenta, como exemplo, o próprio SCHMITT, “cujas muitas engenhosas teorias acerca do final da democracia e do governo legal ainda constituem uma leitura interessante”. Assim também é MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 31, para quem “Schmitt nunca foi “nazificado” e é certo que os seus textos anti-semitas e panfletários, do período de 1933 até 1936, representam mais o oportunismo político de um intelectual que seduzido pelas falsas avaliações sobre seu poder de influência num Estado Total cujos fundamentos auxiliara a elaborar”. A razão talvez derive do conteúdo do informe ou ditame consultivo elaborado por SCHMITT, por volta de 1945, intitulado “*El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*”. Em tal texto SCHMITT aprova o caráter punível dos crimes de lesa humanidade e das atrocidades praticadas pelos nazistas membros do estrato dirigente (Hitler e seus colaboradores), mas nega a possibilidade de penalizar a indivíduos pelo delito de guerra de agressão internacional, entre outros motivos por conta da aplicação do princípio de que não há crime sem pena e sem lei prévia. Aduziu o seguinte: “Essencialmente distinto é o segundo tipo de crime de guerra que tem que ser distinguido. São as *atrocities*, em um sentido específico, matanças planificadas e crueldades inumanas, cujas vítimas foram seres humanos indefensos. Estas crueldades não são ações militares, mas estão em uma determinada conexão com a guerra de 1939, porque foram cometidas na preparação ou durante esta guerra e porque são expressões características de uma determinada mentalidade inumana, que culminou finalmente na Guerra Mundial de 1939. A brutalidade e a bestialidade de estes crimes transcendem a normal capacidade humana de compreensão. Elas são componentes e fenômenos de um monstruoso “*scelus infandum*”, no pleno sentido desta palavra. Elas rompem o marco de todas as medidas consuetudinárias em vigor, do direito internacional e do direito penal. Tais crimes prescrevem que o autor em todo sentido, pondo-o fora do direito e convertendo-o em um *outlaw*”. Cf. essapassagemem SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 23-84. Depois, na página 35, em relação à analogia em direito penal, declarada admissível pelo regime nacional-socialista, SCHMITT diz que “a causa era esta, que, então, em 1938, as pessoas já haviam se acostumado a ver no regime de Hitler todas as normas jurídicas de anormalidade, fora do mundo civilizado”. De qualquer maneira, oportunista ou não, o certo é que SCHMITT era completamente nazista, tanto que justificou juridicamente o nazismo e a ideologia racista, em defesa das leis de Nuremberg, que se inscreviam

da Alemanha, como “típicas formas camufladas de dominação estrangeiras”.¹⁸

Nesse texto SCHMITT assevera:

Hoje o povo alemão volta a ser povo alemão também no âmbito do Direito. Depois das leis de 15 de setembro, o sangue e a honra alemães são outra vez novos conceitos fundamentais do nosso Direito. O Estado, agora, é um instrumento de força e de unidade populares. O Império alemão tem apenas uma bandeira, a bandeira do movimento nacional-socialista, e esta compõe-se não somente de cores, mas também de um símbolo grande e verdadeiro, um símbolo que conjura o povo: a cruz gamada.¹⁹

No segundo escrito, “*A legislação nacional-socialista e a reserva de “ordre public” no Direito Internacional Privado*”, de 28 de novembro de 1935, SCHMITT sustenta que as questões do direito privado internacional devem ser resolvidas a partir da legislação racial nacional-socialista. Analisa, em tal trabalho, o limite da reserva de *ordre public*, principalmente para evitar

em um programa de “purificação do sangue alemão”. Um exemplo evidente do passado nazista é o discurso de SCHMITT proferido no Congresso de professores universitários da Federação nacional-socialista dos defensores do direito, que se celebrou nos dias 3 e 4 de outubro de 1936, intitulado “*La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío*”, em que consta: “Um autor judeu para nós, no caso de que se lhe cite, um autor judeu. Acrescentar a palavra e a denominação “judeu” não é uma questão de aparência, mas sim de algo essencial, pois ao fim e ao cabo não podemos evitar que o autor judeu se utilize da língua alemã”. E mais: “O judaísmo é, como disse o *Führer* no seu livro *Minha luta*, não somente inimigo de todo o que é inimigo do judeu, mas sim também inimigo íntimo de toda produtividade autêntica de qualquer outro povo”. E conclui sem deixar dúvidas: “Não nos ocupamos do judeu por ele mesmo. O que buscamos, e aquilo pelo que lutamos, é nossa própria natureza não adulterada, a pureza intacta do povo alemão. “Ao defender-me do judeu”, disse nosso *Führer* Adolf Hitler, “luto pela obra do Senhor””. Cf. SCHMITT, Carl, *La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacional-socialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936*, em ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 102. Por isso, com razão ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 18, quando assinala: “A adesão de Schmitt ao nazismo foi tão consciente e profunda, que não é possível estudar seus textos jurídico-políticos, inclusive aqueles que foram escritos antes ou depois do nazismo, pondo entre parêntesis seu compromisso a favor dos princípios nazistas e o crédito que acrescentou as piores leis do regime de Hitler. Desde logo, um intelectual pode equivocar-se, um professor universitário pode perder-se durante um tempo ou um jurista deixar-se embriagar pela ascendência ao poder de um homem ou de um partido sem que se tenha que considerar o conjunto do que escreveu como devendo, sem embargo, ser interpretado em função desse período. Não obstante, há que se levar em consideração o fato de que Schmitt nunca criticou suas opções do período nazista e que, ao contrário, trabalhou para proporcionar uma justificação *a posteriori*”.

¹⁸SCHMITT, Carl, *La Constitución de la libertad*, em ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹*Ibidem*, p. 63.

conflito com as normas raciais do regime nacional-socialista. Assim, pois, argumenta SCHMITT que a reserva de *ordre public* compreende-se como um instrumento de resolução de questões conflituosas e que deve ser ativada sempre e quando uma lei estrangeira violar os “fundamentos do próprio ordenamento”. Quer dizer, em suma, sempre que atacar as leis Nuremberg de proteção do sangue e da honra alemãs.²⁰

Essas provas da vinculação de SCHMITT com o regime autoritário nacional-socialista são importantes para destacar o autoritarismo das concepções de oposição entre amigo e inimigo que hoje ressurgem, como novidade, no direito penal do século XXI. Como se sabe, nos últimos tempos a doutrina penal mais especializada e qualificada -que tem tratado seriamente de analisar criticamente os pressupostos e os fundamentos do atual discurso do inimigo, que é defendido, por exemplo, pelo penalista alemão GUNTHER JAKOBS- sustenta que há aí uma luz reflexa das ideias de CARL SCHMITT. Há um reflexo no essencial e nas consequências de dita proposta de política criminal apresentada, sobretudo em relação à necessidade política de tomar uma atitude de *associar e defender aos amigos e de desagregar e combater aos inimigos*, num maniqueísmo evidente: *homem pecador-mau-inimigo* em oposição ao *homem virtuoso-santo-amigo*.²¹

²⁰SCHMITT, Carl, *La legislación nacionalsocialista y la reserva del “ordre public” en el Derecho Internacional Privado*, em ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 86.

²¹A vinculação entre as ideias de SCHMITT e JAKOBS aparecem em diversos trabalhos publicados em CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal delenemigo. El discurso de la exclusión*, Buenos Aires/Montevidéo, Editorial BdeF, 2006. A semelhança entre o pensamento de JAKOBS e SCHMITT também é destacada por MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre elDerecho penal delenemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 141: “Mas tampouco faltou ao longo da História construções teóricas que tenham dado e dão legitimação e fundamento a este tipo de normas de caráter excepcional. Uma delas, e talvez a mais representativa, foi a do famoso teórico do direito nazista CARL SCHMITT, quem com sua famosa distinção entre FreundundFeind, “amigo e inimigo”, criou as bases para o desenvolvimento de uma construção jurídica que permitiria distinguir o Direito para o normal cidadão, de um Direito muito mais duro e excludente que haveria que aplicar aos inimigos”. Recentemente veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco, *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*, trad. de Ana por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, em *Revista IBCCRIM*, n.º 83, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. E, finalmente, pelo menos nas consequências da lógica amigo-inimigo, veja-se também ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigoenelderecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 159: “Se bem – insistimos – a proposta de Jakobs, não parte nem se apóia na de Schmitt, insensivelmente cai na sua lógica. Quando se afirma que se trata de casos excepcionais em que o estado de direito deve cumprir sua função de proteção e que este está legitimado para isso em razão da *necessidade*, ou seja, que não pode opor-se a estes obstáculos derivados de um conceito

Sem embargo, o próprio JAKOBS rechaça tal vinculação com o pensamento de CARL SCHMITT. Em uma resposta pouco convincente, JAKOBS argumenta que o conceito de inimigo de SCHMITT é um conceito teológico e que não se refere especificamente a um delinquente, mas sim ao *hostil*, ao *outro*, quando há uma espécie de guerra civil. Ou seja, em outras palavras o que JAKOBS quer dizer definitivamente é que o inimigo de SCHMITT não é penal, mas simplesmente político, motivo pelo qual não se aplica a referida doutrina.²² O inimigo do direito penal do inimigo seria, portanto, o delinquente perigoso, um *inimicus*.

JAKOBS afirma:

Para Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que separa mais bem os que temem a Deus dos que não temem Deus aos oponentes políticos no sentido hoje habitual. O conceito de Schmitt não se refere a um delinquente, mas sim ao *hostil*, ao *outro*; dentro do Estado, somente quando se chega a uma guerra civil existe uma confrontação política no sentido de Schmitt. Ao contrario, o inimigo do Direito penal do inimigo é um delinquente de aquilo que cabe supor que são permanentemente perigosos, um *inimicus*. Não é *outro*, mas sim que deveria comportar-se como um igual e por isso se atribui culpabilidade jurídico-penal, diferente do *hostil* de Schmitt. Se nas minhas considerações houvesse feito referência a Carl SCHMITT, isso teria sido uma citação radicalmente falida”.²³

Nada obstante, a objeção levada a cabo por JAKOBS realmente não convence. Indubitavelmente, se é falso que, por um lado, os fundamentos de direito e políticos das duas doutrinas são exatamente iguais, é verdade,

abstrato de estado de direito (*abstraktenBegriff des Rechtsstaates*), se está pressupondo que *alguém deve julgar acerca da necessidade e que este não pode ser outro que o soberano*, em análogo sentido ao de Schmitt”.

²²Tal ideia não é compartilhada por MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre elDerecho penal delenemigo*, op. cit., p. 148: “É importante destacar isso, porque às vezes se quer entender o conceito de “inimigo” que utilizava SCHMITT como uma espécie de *hostes* no sentido bélico da palavra, referindo-se somente ao inimigo exterior cidadão de outro país com o que Alemanha esteve em guerra. Mas qualquer um que conheça os escritos de SCHMITT da época nazista e a atitude de furioso anti-semita que mostrou naquela época, reflexada na aprovação entusiasmada das Leis de Nuremberg e na organização de um Congresso para erradicar a influência dos juristas judeus da ciência jurídica alemã, pode negar qual era o verdadeiro sentido da expressão do pensamento de CARL SCHMITT”.

²³ JAKOBS, Günther, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, em *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 50.

por outro lado, a afirmação de que a consequência final da proposta é idêntica: consiste na exclusão e eliminação completa, social e jurídica, do ser humano, como objeto sem valor, mediante a definição da qualidade de inimigo por parte do poder soberano.

Em primeiro lugar, não desentoam os dois pensamentos na medida em que a decisão político-criminal é sempre uma decisão materialmente política, independentemente da pessoa ou instituição que detenha o poder de definição ou concentração. Ora, falar de Direito é sempre e, sobretudo, falar de política e violência, máxime quando o ramo do ordenamento é o direito penal. Pense-se na aplicação da pena privativa de liberdade, na existência da prisão, na forma de luta contra o delito, na exclusão que, de uma maneira ou outra, sempre é provocada pelo sistema penal. Afinal, afirmar a separação de amigos e inimigos é sempre uma *decisão política* que independe da pessoa do autor (jurista, filósofo, político, etc.), pois o direito penal é o reflexo da política criminal e esta, por sua vez, da política geral.

Em segundo lugar, o *decisionismo* das duas correntes de pensamento é evidente por um único e grande motivo: um direito penal fundamentado a partir da oposição entre amigo e inimigo sempre instala um direito penal de exceção, de luta e de guerra, no qual o ordenamento jurídico, principalmente na parte dos direitos fundamentais, para os inimigos, é suspenso. O *decisionismo* consiste justamente em subordinar a normatividade a uma decisão que cria a ordem jurídica. Um decisionismo que, *grosso modo*, *cria e mantém* a violência institucionalizada.

A presença do decisionismo no pensamento funcionalista de JAKOBS, inclusive em relação ao direito penal do cidadão, também parece ser a conclusão que chega SCHÜNEMANN: "Uma formação de conceitos puramente normativos, ou seja, livre de empirismo no sentido de JAKOBS, deve trabalhar forçosamente com conceitos vazios, que em realidade não resolvem o problema jurídico, mas sim somente o interpretam com outras palavras e, por isso, os atos posteriores são novamente cheios de conteúdo de modo puramente decisionista".²⁴

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, trad. de Mariana Sacher, en *Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la*

Definitivamente, trata-se de uma teoria em que se destaca uma clarividente *centralização do poder na autoridade soberana* para a definição dos valores dominantes. Por outro lado, observa-se nitidamente a *imposição de situações de exceção* como anormalidade do estado de emergência que, lamentavelmente, converte-se em regra. A *suspensão do ordenamento jurídico* -principalmente dos direitos e garantias individuais dos inimigos- mantém a unidade nacional e a coesão política, instalando, assim mesmo, um estado de exceção penal que se converte também em regra.

Além do mais, se no ponto de partida o pensamento decisionista de SCHMITT não corresponde ao discurso de JAKOBS ou a qualquer outro discurso de corte classista, de exclusão e autoritário, não resta dúvida que nas consequências, ou seja, no resultado final e prático da teoria, não é possível negar a igualdade de posições teóricas, pelo menos em um ponto central: justifica a morte ou neutralização do inimigo do poder estabelecido, como estratégia normal e final de toda guerra (justa ou injusta, se é que alguma guerra pode ser justa).

Evidentemente, a ideia central da proposta do direito penal de exceção -o direito penal busca uma pacificação e identidade normativa da sociedade, no caso dos delitos praticados pelos cidadãos, mas em outros casos, como dos inimigos, necessita de força pura para combater fontes de perigo- reporta-se ao pensamento schmittiano, pois no centro está o pensamento de que “toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter vigência numa situação totalmente anômala com referencia a ela”. Aliás, também nas principais consequências, derivadas do fato de que o poder “está capacitado para determinar por si mesmo também o “inimigo interno”, ou seja, “formas de proscrição, desterro, ostracismo, de colocar fora da lei”.²⁵ Afinal, um repasso histórico comprova que sempre que o direito penal parte, para buscar a proteção do bem jurídico ou de qualquer outra finalidade legal, de uma lógica imposta pela separação entre amigos e

criminología, Madrid, UNED, 2001, p. 649. O decisionismo está também no critério da oposição amigo e inimigo, segundo afirma KERVÉGAN, Jean-François, *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, Barueri, Manole, 2006, p. 347: “A definição, mais exatamente, a caracterização do político com o auxílio do simples critério que é a discriminação entre amigo e inimigo é, não sem razão, aliás, a expressão do decisionismo schmittiano, o qual por vezes até tentou-se reduzir a essa fórmula; ela não se esgota, entretanto, o seu sentido”.

²⁵ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, op. cit., p. 75.

inimigos, coincide, independentemente da época ou vontade do teórico, na fundamentação política sustentada por SCHMITT. Pior: será similar a teoria que, juntamente com outros motivos significativos mais além de jurídicos, foi parte responsável ou talvez de legitimação da matança planificada e legalizada de milhões de seres humanos, como aconteceu no regime do nacional-socialista.

Enfim, esses argumentos permitem dizer que na lógica e na consequência -que são declaradas expressamente por SCHMITT e que somente nesta última parte são assumidas pelo moderno discurso penal de exceção- são absolutamente iguais. Mais ainda: uma rápida leitura dos escritos dos dois autores mencionados, sem muitos detalhes específicos, pode inclusive confundir o leitor, pois fica impossível definir, sem notas posteriores esclarecedoras, quem é ou não o autor do discurso. A mescla dos dois pensamentos pode ser extraída das palavras de SCHMITT, que poderiam muito bem ser utilizada pelo penalista alemão JAKOBS.

Veja-se:

Segundo seja o comportamento de quem há sido declarado inimigo do Estado, tal declaração será um sinal de guerra civil, isto é, da dissolução do Estado como unidade política organizada, internamente apaziguada, territorialmente cerrada sobre si e impermeável para estranhos. A guerra civil decidirá então sobre o destino ulterior dessa unidade. E a despeito de todas as ataduras constitucionais que vinculam o Estado de direito burguês constitucional, tal coisa vale para ele na mesma medida, senão em medida ainda maior, que para qualquer outro Estado. Pois, seguindo uma expressão de Lorenz von Stein, “no Estado constitucional” a constituição é “a expressão da ordem social, a existência mesma da sociedade cidadã. Mas quando é atacada, a luta então deve ser decidida fora da constituição e do direito, em consequência *pela força das armas*”.²⁶

De qualquer maneira, o político está no conteúdo da oposição amigo e inimigo, concretizado pela possibilidade de morte real. O político está na definição do inimigo, ou seja, o político está tanto na lógica de SCHMITT como em qualquer discurso penal que tenha a pretensão de fundamentar um sistema a partir de uma divisão, exclusão ou luta.

²⁶*Ibidem*, pp. 75-76.

O pensamento schmittiano derivado do enfrentamento amigo e inimigo -que possibilita ao Estado definir amigos e inimigos e, depois, dispor da vida humana- está contido, ainda que de forma aberta ou oculta, em todo e qualquer discurso de luta, de exceção, numa sociedade marcada pela divisão social. Desde aí surge o problema atual que diz respeito à compatibilidade dessa lógica amigo-inimigo dentro do moderno Estado de Direito: o direito penal do Estado social e democrático de Direito tem a função de neutralizar o político e não de legitimar a função autoritária traduzida na separação de amigos e inimigos. Como é sabido, desde os tempos da Ilustração, embora não raras vezes se esqueçam, os ideais humanitários e pacifistas do direito penal existem para a contenção da criminalização do inimigo e não para legitimar as atrocidades cometidas pelo poder punitivo. Qualquer direito penal que tenha como missão algo distinto da função de contenção do poder punitivo é um direito penal eminentemente autoritário, de clara característica antiliberal e, portanto, sempre incompatível com os avançados sistemas constitucionais adotados pelo ideal modelo de Estado social e democrático de Direito.

1.2 A oposição entre “*homo sacer*” (a vida nua) e existência política (vida qualificada): a tese crítica de GIORGIO AGAMBEN

Muito mais original que a antiga oposição schmittiana entre amigo e inimigo, que marca definitivamente a tendência da política criminal contemporânea, a relação entre o *homo sacer* (a vida nua, a existência livre de valor político) e a existência política (a vida qualificada) revela como atua a ideologia dentro de qualquer sistema político.

De fato, o ingresso do simples fato de viver (vida natural) na vida qualificada, em outras palavras, a politização total da vida nua, realmente parece ser, como mostra a tese de GIORGIO AGAMBEN, o fenômeno decisivo da modernidade, inclusive no que diz respeito ao sistema penal.

A politização da vida nua, segundo afirma AGAMBEN, constitui o acontecimento decisivo da modernidade porque marca uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico, pois

somente quando se questiona a relação entre a nua vida e política, que rege de forma encoberta as ideologias da modernidade, é possível sacar a política de sua ocultação e restituir o pensamento a sua vocação prática.²⁷

Na verdade, nos últimos anos uma nova análise mostra que vida nua começa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder. A partir daí, a política se transforma em biopolítica, cuja consequência principal é a *animalização do homem*, mediante técnicas políticas refinadas, tais como os dois modelos tradicionais nos quais o poder penetra no corpo dos sujeitos, como argumenta corretamente AGAMBEN, seguindo MICHAEL FOUCAULT. Por uma parte, por *técnicas políticas* (como a ciência de policiamento) por meio das quais o Estado assume e integra no seu interior o cuidado da vida natural dos indivíduos; e, por outra parte, por *tecnologias do eu*, mediante as quais se efetua o processo de subjetivação que conduz o indivíduo a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, ao mesmo tempo, ao poder de controle exterior.²⁸

A antiga ideia de politização da vida nua, cuja consequência como visto é o próprio processo de animalização do homem, foi descrita por AGAMBEN em uma enigmática figura do arcaico direito romano: “Homem sagrado é, sem embargo, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunícia se adverte que “se alguém mata aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”.²⁹ Assim, pois, a figura do direito romano do *homo sacer* (homem sacro), que é sacro, mas que se pode sacrificar impunemente, é um exemplo claro da vida nua que se pode dar morte de maneira lícita (antes do sacrifício, antes da pena, por exemplo), porque está numa “zona originária de indiferença” e sujeita, por isso mesmo, ao poder punitivo do soberano, sem qualquer controle. É uma vida sacrificável, uma “vida exposta à morte e, portanto, objeto de uma violência que excede a esfera do direito e do sacrifício”.³⁰ Em outras palavras, a vida natural é sempre objeto de cálculos e previsões do poder

²⁷ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 2006, p. 13.

²⁸*Ibidem*, p. 14.

²⁹*Ibidem*, p. 94.

³⁰*Ibidem*, p. 112.

estatal e, por isso, ingressa progressivamente no espaço público, como exclusão e inclusão.

De outro lado, a zona de indiferença pode ser caracterizada como um espaço biopolítico, no qual a vida nua é o campo de atuação do poder soberano, sem limites ou compromissos de resistência, já que aí repousa o fundamento oculto de todo sistema político e, inclusive, do sistema penal. Trata-se de um estado de natureza, de um estado de exceção, de um espaço biopolítico no qual o poder estatal administra a liberdade e a vida nua, excluindo-as. Enfim, é um espaço biopolítico porquanto o soberano tem o poder e a faculdade de dispor da vida nua, seja para suprimir-la, seja para deixar-la fora do Direito, sem responsabilidade.

Deste modo, pode-se dizer que o poder soberano -hoje definitivamente o poder imperialista- faz da vida natural, da vida nua, uma estrutura fundamental de referência, para suprimir-la ou deixar-la fora do ordenamento jurídico, sem responsabilidade de qualquer espécie ou natureza. Daí porque se diz, desde as lições de FOUCAULT, que se trata de um biopoder.

WALTER BENJAMIN define esta dialética da violência: “toda violência é, como meio, poder que funda ou conserva o direito”.³¹ Tanto é assim, que a violência que estabelece o direito -a licitude de um ato que de outra forma seria ilícito- conjuntamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é a conservação do antigo. Assim, a guerra ilegítima se converte em legítima, de modo que em essa nova guerra legal se conserva a mesma violência da antiga. Com efeito, o poder estará garantido pela violência criadora do direito.³² A partir disso, BENJAMIN parece encontrar então o significado da problemática, que é a origem do dogma da sacralidade da vida, especialmente a relação entre a sacralidade da vida e o poder do direito, entre o caráter sacro da vida e o poder soberano.

Em AGAMBEN, a dialética da dupla violência é um pouco diferente, em que pese partir dos mesmos fundamentos, porque a violência do estado de exceção -essa terra de ninguém e esse espaço biopolítico do poder soberano- não subtrai a regra, mas sim é a regra que, suspendendo-se, dá

³¹ BENJAMIN, Walter, *Para uma crítica de la violencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1995, p. 27.

³² *Ibidem*.

lugar a exceção e, somente de este modo, se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela.³³ Sem dúvida, disse AGAMBEN, “a violência que se exerce no estado de exceção não conserva nem tampouco estabelece simplesmente o direito, apenas que o conserva suspendendo-se e o estabelece excluindo-se dele”.³⁴ Ou seja, “a violência não estabelece nem conserva o direito, apenas o revoga”.³⁵ Dessa maneira, a estrutura descrita do poder soberano cria um espaço de natureza e de exceção em que é possível dar morte de forma impune, semelhante à situação do *homo sacer*. O soberano é o poder de matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, enquanto que sagrada (exposta ao poder de morte, mas não sacrificável) é a vida que está abarcada nesta esfera.³⁶

Por outro lado, não somente a morte da vida nua do *homo sacer* é importante, mas também a separação do bando da cidade cumpre uma função capital. Afinal, isso não é apenas a vida natural exposta à morte, mas também a vida privada de direitos. O abandono caracteriza-se pela indiferença e pela relação de exceção que se instala entre a vida nua e a vida qualificada.

Na História, o processo de animalização do homem remete ao antigo direito germânico e anglo-saxão, numa aproximação do *homo sacer* com a figura do *wargus* (homem lobo) e o *Friedlos* (“sem paz”). Isso vem fundamentado, principalmente, no conceito de paz (*Fried*) e na correspondente exclusão da comunidade do delinquente habitual, que se convertia, por isso, em *Friedlos*, de modo que qualquer um poderia dar morte sem cometer homicídio.³⁷ Assim, pois, ficava no inconsciente coletivo como um monstro híbrido, entre homem e animal, dividido entre a selva e a cidade, como figura *banida*, desterrada comunidade. A vida do *banido* -como a do homem sacro- está no umbral da indiferença e se encontra no caminho entre o animal e o homem, a exclusão e a inclusão, uma figura que “habita de forma paradoxal ambos os mundos sem pertencer a nenhum deles”.³⁸

³³ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, p. 31.

³⁴ *Ibidem*, p. 86.

³⁵ *Ibidem*, p. 85.

³⁶ *Ibidem*, p. 109.

³⁷ *Ibidem*, p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 137.

No caso do direito penal, o processo de animalização do homem e de desterro é ainda mais evidente quando se analisa, separadamente, a debatida proposta de existência de uma dupla política criminal, para os cidadãos e para os inimigos, assim como num direito penal de classes típico de sociedade de marcada desigualdade social. Um direito penal assim posto, de maneira paralela, na parte de luta contra inimigos ou de classes, redundaria em uma completa animalização do homem mediante a politização completa da vida nua. Mais além de definir cidadãos e estrangeiros, define também amigos e inimigos, ricos e pobres, homens e animais. Daí porque a suspensão ou exclusão da norma jurídica constitucional de igualdade já é suficiente para que a vida nua ingresse automaticamente no espaço de exceção.

Com efeito, o estado de natureza em que vivem os afetados por uma política criminal de tamanha envergadura transmuda-se a uma situação de exceção, um espaço biopolítico, em que a vida natural, a liberdade e a dignidade podem desaparecer de forma impune.

A exposição de um programa criminal com essas características - infelizmente é a realidade nos casos de imigração clandestina, drogas e o terrorismo- suscita outros inconvenientes graves e perigosos para o Estado social e democrático de Direito.

Em primeiro lugar, o estado de exceção, se é verdade que se constitui como uma estrutura política fundamentalmente livre e juridicamente vazia, então tende sempre a converter-se em regra geral.³⁹ Isso agora parece que estar claro quando se sabe que as situações provisórias de emergência, expressadas pelo poder para justificar a ausência de direito, geram confusão com a própria norma e, definitivamente, convergência em regra. Ora, pois, um bom exemplo que atualmente prova de isso pode ser estudar a política estadunidense de luta contra o terrorismo internacional, contida nas conhecidas “leis patrióticas”. Ali, não somente o estado de emergência permanente foi e é uma criação voluntária, injusta e mentirosa do poder, senão também se pode visualizar a instauração de um verdadeiro estado de exceção. Pior: um estado de exceção que se converte em regra geral, como se pode ver na “*indefinite detention*” e nos processos penais perante

³⁹*Ibidem*, pp. 32-33.

as denominadas “*military commissions*”, dirigidos contra milhares de não cidadãos (*homo sacer*) suspeitosos de praticarem atos terroristas.

De todo modo, é interessante observar como o estado de exceção e o estado de direito mesclam-se e, finalmente, quando a exceção tende a converte-se em regra, aparecem sem distinção. A princípio, o estado de natureza e o estado de direito são diferentes. Depois, o estado de direito e o estado de exceção estão um dentro do outro. Por fim, a exceção tende a converter-se em regra, sem nenhum tipo de distinção, como afirma AGAMBEN: “O estado de exceção não é, pois, tanto uma suspensão do espaço temporal, quanto uma figura topológica complexa, na qual não somente a exceção é a regra, mas sim em que também o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro, transitam entre eles”.⁴⁰

Muito semelhante também parece ser o pensamento de ZAFFARONI, SLOKAR e ALAGIA, quando demonstram a eterna dialética entre o estado de direito e o estado de polícia:

O estado de direito é um produto da modernidade, que se estendeu por uma parte limitada do planeta, mas que não fez desaparecer o poder exercido conforme o modelo do estado de polícia. A luta entre o modelo de estado de direito e estado de polícia continua em todo o mundo, mas não somente frente aos autoritarismos instalados, mas sim também dentro das democracias. O estado de direito *ideal* é justamente *ideal*, ou seja, que *não há estados de direito perfeitos na realidade*, mas sim que todos os estados reais de direito (por óbvio que também os estados latino-americanos) são de direito até certo grau de perfeição.⁴¹

Isso explica também o motivo pelo qual a teorização do novo discurso contra o inimigo, de luta e de exceção, que caracteriza o discurso de classe, advém de países centrais e imperialistas, muitos dos quais são de razoável tradição democrática (interna) e considerados sólidos estados de direito. Naturalmente, o estado de direito não é estático e sempre haverá uma dialética entre o estado de polícia e o próprio estado de direito. O coração do estado de polícia, entendido como governo submetido a comando dos que mandam e sem igualdade perante a lei, como é o caso do estado de

⁴⁰*Ibidem*, p. 55.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 21.

exceção, sempre pulsa dentro do estado de direito.

Em segundo lugar, a situação de emergência determinada pelo poder estatal, que cria voluntariamente o estado de exceção e que acaba infelizmente convertendo-se em regra geral, tampouco é objeto de delimitação constitucional. Não se trata mais que um “*état de siège*” ou de um “*martial law*” devidamente regulamentados por normas constitucionais e com responsabilidade por excessos na defesa de um estado de necessidade. Ao contrário, há uma situação jurídica de normalidade e um combate aos conflitos sociais naturais da sociedade capitalista de maneira anormal. A guerra, agora, como modelo típico do estado de exceção e procedimento dirigido a necessidade de alcançar determinados objetivos, converte-se na *prima ratio* da política da modernidade, sem possibilidade jurídica de contenção e de responsabilidade.

Como consequência, o direito penal -quando não se confunde com a guerra mesma- converte-se também na *prima ratio* da política, ainda que exista consenso doutrinal, em todos os países civilizados, sobre a existência do princípio de intervenção mínima.

A questão remete, indubitavelmente, à natureza jurídica do estado de exceção. Por um lado, parte da doutrina que tem se dedicado ao tema entende que o estado de exceção é parte integrante do direito positivo e, portanto, fundamenta-se na necessidade delimitada e controlada juridicamente, de maneira autônoma. Por outro lado, outros autores sustentam que o estado de exceção é esclarecido pela teoria subjetiva do poder estatal, de conteúdo político que, para definir as situações de necessidades úteis para preservar da própria existência, importaria na análise de dados extrajurídicos, sem controle.

Em AGAMBEN, por exemplo, o estado de exceção parece constituir algo mesmo fora do direito: “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem inteiro ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica”.⁴²

⁴² AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004, p. 39.

No direito público, segundo a conhecida doutrina de SCHMITT, a linha de rechaço concentra-se na possibilidade de disciplinar juridicamente o estado de exceção, porque a existência da suspensão do direito ou do não-direito seria uma situação política incontrollável, inclusive no que tange à legitimidade. Assim, então, se a norma está suspensa e não pode ser aplicada adequadamente à situação anormal, é sinal de que a relevância reside na decisão, porque há que se diferenciar normas de direito e normas de realização do direito, norma e decisão. Por isso, é possível compreender que na teoria o soberano é aquele a quem a ordem jurídica reconhece o poder de proclamar o estado de exceção. Daí também o paradoxo da soberania, porquanto o soberano, ao suspender a validade da lei, situa-se legalmente fora dela, ainda que, ao mesmo tempo, declare que não há alguém fora da lei.⁴³ Em suma, estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer à estrutura do estado de exceção.

Por outro lado, AGAMBEN recorda que o instituto do direito romano conhecido como *iustitium*, como modelo original da moderna concepção de estado de exceção, capaz de explicar as dificuldades teóricas enfrentadas pelo direito público no geral. Assim, o *iustitium*, como suspensão e interrupção do direito, traduz-se bem em um espaço juridicamente vazio e, portanto, como um paradigma do moderno estado de exceção. O estado de exceção não aparece como uma ditadura, mas sim como um espaço vazio, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas.⁴⁴ O estado de necessidade, por isso, não é uma situação de direito, mas apenas um espaço sem direito.

LUIGI FERRAJOLI sustenta a incompatibilidade entre o princípio da razão de estado, que legitima o estado de exceção, e, no direito penal da legislação de emergência, com a essência da jurisdição e do estado de direito. Apoiado na doutrina de HOBBS, afirma que a ruptura das regras do jogo, ditadas pela necessidade, somente cabe no caso do estado de guerra.⁴⁵ Assim, pois, FERRAJOLI admite que pouca importância tem a existência do estado de exceção no estado de guerra, seja interna ou externa.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, op. cit., p. 27.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, op. cit., p. 78.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, p. 929.

Mas, particularmente, agrega que a guerra interna “não é nunca justificável pela existência de qualquer ameaça a segurança do governo ou das formas de poder estabelecidas, apenas que somente por um perigo para a sobrevivência do estado e de suas leis fundamentais não afrontáveis de outro modo”.⁴⁶ Daí porque esclarece que, caso se considere o terrorismo, por exemplo, como um fenômeno de guerra, por atacar o fundamento do estado, então as práticas de emergência são politicamente legítimas e não são matéria de direito penal. Afinal, trata-se de um “*não-direito*, ou seja, de defesa de fato, justificada então pela necessidade, ainda que hoje injustificada por haver terminado o terrorismo”.⁴⁷ Ao contrário, caso se trate de um fenômeno criminal que não ataca os fundamentos das instituições democráticas, então realmente as práticas de emergência são politicamente ilegítimas e se pode falar de um direito *ilegítimo*.⁴⁸

A verdade é que uma zona vazia de direito ou um *não-direito* caracteriza-se pela prevalência da *razão de estado* (que conhece amigos e inimigos, ricos e pobres) em detrimento do *estado de direito* (que, no âmbito penal, somente conhece culpáveis e inocentes). Como assinalou FERRAJOLI, enquanto a *razão de estado* subordina os meios a consecução de fins políticos cuja formulação se confia, realista ou historicamente, a pessoa do soberano, o *estado de direito* subordina tais fins políticos ao emprego de meios juridicamente pré-estabelecidos, isto é, não abertos nem indeterminados, mas sim vinculados a lei.⁴⁹ No estado de direito nunca há espaço sem direito que exclua de responsabilidade e de compromisso jurídico com o poder que politiza a vida nua. Isso se deve ao fato de que, mais além dos direitos fundamentais inscritos nas normas constitucionais, as convenções de direitos humanos e outras regulamentações internacionais proíbem e não fazem nenhuma exceção para o caso da defesa ante um perigo. Por tal motivo, a posição de FERRAJOLI parece equivocada, como afirma corretamente o penalista italiano MASSIMO DONINI:

⁴⁶*Ibidem*, p. 829.

⁴⁷*Ibidem*, p. 830.

⁴⁸*Ibidem*, p. 830.

⁴⁹*Ibidem*, p. 814.

Desde logo, também o pensamento de Ferrajoli parece-me que é um pouco extremista ali onde, em branco e negro, olha em cada exceção uma exceção de princípios constitucionais, como se a Constituição não admitisse emergências e como se os princípios atuassem sempre e somente de uma maneira, quase que deduzindo da Constituição apenas um Código Penal e um único Código conforme os princípios. Que possam existir disciplinas diferentes, evidentemente, responde a essência do direito e da justiça, tanto que tampouco o ilustre filósofo poderia contestar o objetivo mas novo que é de definir os limites, temporais, estruturais, do ordenamento, de regras especiais constitucionalmente compatíveis, não de rechaçar dito empenho por uma presumível e talvez real ilegitimidade constitucional. Pois se trata de atuar para verificar a constitucionalidade e não se subtrair a ela.⁵⁰

Especificamente em relação ao pensamento de AGAMBEN sobre o espaço livre de direito derivado do estado de exceção, também há que destacar a crítica levantada por DONINI:

Não se comparte aqui, por outra parte, o pensamento que vê no Estado de exceção um espaço livre de direito (e paradigma, entre outros, da mesma soberania). É, muito mais que isso, uma forma jurídica particular, onde se realiza, entre outras coisas, a tentativa de liberar de responsabilidade jurídica os atores que o gestionam. Posto que o estado de exceção existe verdadeiramente, sucede que está juridicamente sujeito a disciplina e limites. Negar tal tarefa ao direito (como parece afirmar AGAMBEN) significa dar realmente espaço aos Estados de exceção juridicamente isentos.⁵¹

E mais:

Mas agora se trata de direito, não de fato: não eram as torturas de Guantánamo Bay que se analisavam, porque neste caso simplesmente se poderia tratar por uma lei de criminalização. Mas se admitimos que se trata de direito, devemos estabelecer quais são os percursos jurídicos que produzem a invalidez, no lugar de descrever como assunto “fora de lei”. Então, uma posição que produza “espaço sem direito”, sem embargo, deixa livre o poder político de seguir a proclamação, com Schmitt, que se a lei e a Constituição se completam de política, o salvador não pode ser a jurisdição, por meio de uma Corte Constitucional. O direito superior não

⁵⁰ DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico*, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDI, Renzo, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 19-73.

⁵¹ DONINI, Massimo, *El derecho penal frente al “enemigo”*, em *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, op. cit., p. 46.

controlará o poder público, mas sim que seguirá criando uma “norma” juridicamente imune.⁵²

Mas cuidado: quando AGAMBEN descreve o estado de exceção como um espaço neutro de atuação do biopoder, não significa que legitime ou que não objete a necessidade de responsabilidade ou controle. Ao contrário, trata-se aqui de reconhecer que a realidade demonstra que, infelizmente, quando o poder politiza a vida nua, atua de maneira impune, numa zona de indiferença. De todo modo, não há dúvida de que a declaração de estado de exceção deve ser limitada por normas constitucionais que disciplinem os limites temporais, as garantias e os principais efeitos. Afinal, a declaração nunca deve estar isenta de controle jurídico e sempre é suscetível de controle de constitucionalidade, inclusive porque *a suspensão do direito e das garantias fundamentais nunca é necessária para o restabelecimento da normalidade perdida*. Claro está, portanto, que no estado de direito não há nada e ninguém imune ao controle jurisdicional.

A existência do exercício do poder punitivo sem controle jurisdicional -uma desgraçada realidade- também se transforma realmente em um estado de exceção, mas aí somente *de facto* e nunca *de jure*. Isso significa que o poder punitivo instalado à margem do Direito, como um direito penal subterrâneo, paralelo e classista, iguala-se aos delitos graves praticados contra os bens mais importantes da comunidade, porque afeta a estrutura do estado de direito, que existe justamente para preservar os direitos e as garantias individuais.

O direito penal subterrâneo, paralelo e classista é incompatível com o estado de direito porque é puro poder punitivo típico de estado de exceção e, ainda que formalmente existente, nunca será materialmente legítimo e justificável, moral e politicamente. A experiência tem demonstrado que sempre que o poder punitivo atua mediante um direito penal dessa natureza, os direitos fundamentais de uma parcela da população são sacrificados. E, por óbvio, o estado de direito não pode dar espaço para a admissão de sacrifícios de vidas humanas, ainda que seja para a proteção de elementos

⁵² DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico*, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDI, Renzo, *op. cit.*, pp. 19-73.

básicos do Estado. Por tal motivo, a concepção de guerra, como expressão máxima do estado de exceção e definida como uso desregulado da força, está proibida pela Carta das Nações Unidas, quando disciplina as “ações coercitivas”.⁵³ *Ergo*, não há, no Estado social e democrático Direito, qualquer uma cláusula aberta de excepcionalidade que permita utilizar o poder de punir (guerra declarada ou oculta, interna ou externa) para cumprir finalidades distintas da proteção dos bens jurídicos mais relevantes da comunidade.

1.3 O controle e a dominação burguesa do projeto neoliberal

O desenvolvimento capitalista apresenta-se sempre numa relação direta e conflituosa com o direito penal. Por uma parte, o direito penal se vê ligado ao modelo de política criminal estatal porque caminha pela estrada traçada pelo legislador, ainda que possa resistir dentro do marco constitucional interpretativo. Por outra parte, também a política criminal é determinada pela política geral, na forma e no conteúdo, de modo que, em tal círculo vicioso, o direito penal acaba retratando, como um espelho, as ideologias políticas da sociedade. Tanto é assim que, como disse SANTIAGO MIR PUIG, “uma rápida olhada na História põe em destaque que a evolução das ideias penais é paralela as concepções políticas”.⁵⁴

Por tal motivo, desde que o projeto neoliberal conquistou o poder político (TATCHER, REAGAN e KÖHL) nos anos 70 e 80 do século passado em três importantes nações (Inglaterra, Estados Unidos da América e Alemanha), o mundo inteiro -mas principalmente os países periféricos dependentes do capital externo- tem sofrido direta ou indiretamente os efeitos da derrota do Estado social e democrático de Direito. Em tal contexto, a política criminal e o direito penal, por consequência, também experimentaram e experimentam a amargura da política neoliberal desenvolvida pela Escola de Chicago.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi, *La guerra y el futuro del derecho internacional*, em BIMBI, Linda, *No en mi nombre, Guerra y derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 214.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, em GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, BdeF/Edisofer, 2007, p. 5.

Apoiados teoricamente nos ensinamentos de FRIEDRICH HAYEK e MILTON FRIEDMAN, o projeto neoliberal -como reação teórica e política ao Estado Social- começa a desenvolver uma política econômica globalizada fundamentada na liberdade de mercado e no Estado Mínimo, na qual o direito penal torna-se um importante meio de repressão e de luta. Assim, pois, enquanto que o Estado *neoliberal* exerce o minimalismo na economia e no mercado (a ordem livre por excelência) e no desenvolvimento de políticas sociais fundamentais (saúde, educação, moradia, etc.), o direito penal segue um caminho absolutamente oposto: reforça e amplia-a intervenção, inclusive utilizando a pena de morte e a dureza da pena privativa de liberdade, segundo as metas dos novos “gestores da moral coletiva”, na feliz expressão de SILVA SÁNCHEZ.⁵⁵

A lucidez de MIR PUIG descreve a situação atual do direito penal derivada do poder neoliberal:

Junto com a exigência de um Estado mínimo na intervenção econômica, reclama-se uma intervenção cada vez mais intensa na luta do Estado contra o delito. Esta *assimetria* parte da aceitação expressa de uma distinta consideração por parte do Estado de cidadãos *honrados* e de delinquentes. Se deixa de lado o modelo ilustrado que parte de uma *imagem única de cidadão*, válida para todas as pessoas, que as confere iguais direitos e deveres. Os criminais já não estão entre os cidadãos em que se tem que retroceder a intervenção do Estado. A Justiça penal deixa de ser um sistema de proteção preferencial dos direitos do acusado (aquela *Magna Charta* do delinquente de que falava von Liszt), para converter-se em um meio de luta contra o delinquente e de proteção das vítimas. A tendência é desaparecer a simpatia pelo delinquente e a preocupação pelos condicionamentos sociais da conduta. Agora se admite que os delinquentes são “os outros”, que “nós” e “eles” não tem nada a ver. O Estado neoliberal não econômico é um Estado *não solidário* tanto com os perdedores do econômico como com os delinquentes.⁵⁶

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 66 e ss.

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, op. cit. p. 40. Essa ideia é compartilhada também por não penalistas, entre outros, na essência, por SANTOS, Boaventura de Souza, *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*, São Paulo, Boitempo, 2007, pp. 112-113: “Em relação ao Estado de Exceção, o fascismo social está eliminando os direitos sociais e econômicos, é o resultado do desmoronamento dos direitos sociais, e neste momento há também um ataque aos direitos civis e políticos. Já não são somente os sociais e econômicos, são todos. E nesse novo Estado de Exceção, tal como há política democrática e o fascismo social, não há suspensão das liberdades, a Constituição está em vigor, mas há um novo Estado de emergência que

Esse fenômeno complexo explica-se pela eterna relação de enfrentamento entre os valores de segurança e liberdade, onde há um maior sacrifício do valor liberdade (geralmente das pessoas do povo e desprovidas de propriedade) frente ao valor segurança (geralmente das pessoas da nova elite extraterritorial e possuidoras do poder do capital).

KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS já falavam da problemática que é esse conflito:

Somente dentro da comunidade, pois, é possível a liberdade pessoal. Nas outras comunidades, mais que verdadeiras comunidades, que existiram até agora -o Estado, etc.-, a liberdade pessoal não existia para ninguém salvo para os indivíduos que logravam alcançar a classe dominante e somente enquanto pertenciam a ela. Até o presente as comunidades em que se associavam os indivíduos, não tinham nada mais que aparências; se tornam independentes sempre dos indivíduos, chegando a serem entes distintos deles. Ademais, como era a associação de uma classe sobre outra, era para a classe dominante, não somente uma comunidade completamente ilusória, mas sim também uma nova forma de impedir o desenvolvimento humano. Na verdadeira comunidade, pelo contrário, os indivíduos, associando-se, conseguem ao mesmo tempo sua liberdade.⁵⁷

Na verdade, trata-se de conflito entre dois valores -liberdade e segurança- que se intensifica por conta das desigualdades sociais e da separação mundial de ricos e pobres (atualmente espacial e social). Como aduz ZAFFARONI: “o certo é que o “navio espacial Terra” leva passageiros de primeira e de segunda classe -e sem dúvida também de terceira e com “bilhete de cão””.⁵⁸ Isso converte a “comunidade sonhada” (espaço de livre desenvolvimento humano no marco da plena liberdade) em uma “comunidade realmente existente” (espaço de individualismo, rivalidade,

se assenta na ideias de que sua legitimidade se baseia hoje na governabilidade, ou seja, na possibilidade de governar sociedades que são cada vez mais ingovernáveis. Está se criando a ideia que o governo tem que se defender de atores hostis que estão fora e dentro do sistema, e podem ser cidadãos ou organizações – o que se chama de inimigo interno. Surge um direito penal do inimigo (já teorizado na Alemanha) totalmente distinto do direito penal dos cidadãos. Toda a legislação antiterrorista é parte desse processo de atuar contra o inimigo interno”. Veja-se também NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008, p. 69.

⁵⁷ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, Buenos Aires, Vida Nueva, 1958, pp. 144-145.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Themis, 1988, p. 42.

consumismo, etc.), agravando a violência e produzindo reiteradamente novas intervenções penais simbólicas. O problema agora é que a “segurança sacrificada em favor da liberdade tende a ser a segurança *de outra gente*; e a liberdade sacrificada em favor segurança tende a ser a liberdade *de outra gente*”.⁵⁹

Os legisladores parecem seguir quase sem crítica as propostas dos meios de comunicação que, dominados pelo poder econômico das grandes empresas e pela nova elite extraterritorial, ampliam, quando não inventam, a dimensão das desgraças e dos delitos, gerando uma sensação de insegurança e de vulnerabilidade coletiva. A difusão e manipulação dos sentimentos de incerteza e insegurança pela cultura *mass media* do neoliberalismo, leva ao mito do “paraíso perdido ou do paraíso que ainda se tem a esperança de encontrar”.⁶⁰ Isso permite, por outro lado, explicar o curioso fato de que a grande massa popular aceita sem resistência as medidas cada vez mais repressivas e racistas impostas contra ela mesma, inclusive nos países de democracia estável. Tudo isso provoca, por desgraça, um movimento popular de massa em sentido contrário ao esperado e, logo, uma nova legislação penal de emergência, implantada por governos conservadores e demagogos que, longe de soluções concretas, buscam benefícios individuais.

Nesse panorama pessimista da atualidade, de *subsunção real da sociedade ao capital*, o direito penal ordinário e o subsistema penal de exceção, tanto no direito interno como externamente por meio da guerra, realizam um dogma fundamental comum: empregam sem escrúpulos a violência dos meios ilegítimos a serviço de fins injustos. Tanto isso é uma verdade indiscutível que, no plano interno, basta citar como exemplos a nova enxurrada expansiva do poder punitivo, com regresso da pena de morte, da tortura e da dureza da pena privativa de liberdade. No plano externo, por sua vez, a situação parece ser ainda muito mais grave, como são significativos os novos exemplos de racismo neoliberal em tema como a imigração, o *lobby* político e econômico e parlamentar dos “petroleiros”

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI, 2003, p. 27.

⁶⁰*Ibidem*, p. 9.

nas guerras injustas e na reabilitação da guerra como instrumento de governo e de solução de problemas e controvérsias internacionais. Trata-se, na realidade, de uma parte essencial do processo de unificação dos objetivos do capital mundial neoliberal, a saber: a) definição de uma homogeneidade de valores dominantes por parte do poder soberano e imperialista, que permite separar cidadãos honestos de criminosos perigosos; b) predominância da ideia de especificidade sobre a de generalidade, mediante a atuação do velho e conhecido racismo; c) finalmente, uma aproximação ou confusão entre a teoria política da guerra e o direito penal de luta.

O equívoco -seguro que intencional- do pensamento neoliberal é tentar ressurgir a morta tese da homogeneidade de valores e interesses protegidos pelo direito, especialmente pelo direito penal, mesmo quando a *sociologia do conflito* tem afirmado que a sociedade capitalista reflexa as características de *câmbio*, *conflito* e *domínio*. Ademais, segundo a teoria materialista, os objetos de conflito na sociedade tardo-capitalista não são as relações *materiais* de propriedade, produção e distribuição, mas sim a *política* de domínio de alguns indivíduos sobre outros.⁶¹ Por isso mesmo, parece oportuno destacar que no pensamento de MARX e ENGELS a superestrutura estatal representa a força necessária para a repressão das classes proletárias, como meio coletivamente aceitado, somente por dois motivos. Por um lado, porque “as ideias dominantes de uma época são sempre e simplesmente as ideias da classe dominante”;⁶² e, por outro lado, porque o modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral.⁶³

No caso do direito penal seria suficiente recordar as lições de

⁶¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 127.

⁶² MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del Partido Comunista*, em *Fundamentos II*, vol. IV, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 295. Veja-se também MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, op. cit., pp. 82-83. Sobre os conflitos de classes, veja-se as sempre belas e claras palavras de MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del Partido Comunista*, op. cit., p. 280: “A história de toda sociedade é, até hoje, a história da luta de classes. Livres e escravos, patrícios e plebeus, barões e servos da gleba, maestros e oficiais dos grêmios, em uma palavra, opressores e oprimidos, sempre antagonicamente enfrentados uns aos outros, empenhados numa luta ininterrupta, ora oculta ora aberta, que conduz sempre a uma transformação revolucionária de toda sociedade ou a desaparecimento conjunta das classes combatentes”.

⁶³ MARX, Karl, *Contribuição para a crítica da economia política*, Lisboa, Estampa, 1973, p. 28.

ANTONIO NEGRI no sentido de que o direito penal racionalmente desempenha um papel essencial nos “mecanismos de reprodução do despotismo capitalista sobre a sociedade – e, por isso, é cada vez mais irracional e inumano”, mais além de um *faux frais* (gastos adicionais do sistema).⁶⁴Tanto é assim que a história da pena também tem revelado a verdade da instrumentalização classista do direito penal. Como se sabe ou se deveria saber, antes da aparição do sistema de produção capitalista não existia a prisão como lugar de execução da pena privativa de liberdade. Somente quando o trabalho humano é convertido em tempo e, logo, em “riqueza social” (capitalismo), a prisão passa a ter o poder disciplinar necessário para o processo produtivo: se o trabalho assalariado produz uma riqueza social medida pelo tempo de exercício, então o tempo que o preso está na prisão tem um valor econômico negativo, representando uma pena *per se*. Desde aí, a prisão converte-se em um instrumento importante e necessário do poder capitalista para disciplinar *para a fábrica* e, por isso, o homem sem trabalho é um *inimigo de classe*, como destaca MASSIMO PAVARINI:

Somente com a aparição do novo sistema de produção a liberdade adquiriu um valor econômico: com efeito, somente quando todas as formas de riqueza social forem reconhecidas em um denominador comum de trabalho humano medido por tempo, ou seja, de trabalho assalariado, foi concebível uma pena que privasse o culpável de um quantum de liberdade, é dizer, de um quantum de trabalho assalariado. E desde este preciso momento a pena privativa de liberdade, ou seja, a prisão converte-se na sanção penal difundida, a penal por excelência, na sociedade produtora de mercadorias.⁶⁵

⁶⁴ NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003, p. 408.

⁶⁵ PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI, 1983, pp. 36-37. Veja-se, entre outros, RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, *Punição e estrutura social*, Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004; MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI, 1979; GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005, se bem parece confundir o aumento da quantidade de delito com a sensação de aumento do delito, o que é muito distinto. De todo modo, o tema ainda é atual, enquanto existir o modelo neoliberal. Por exemplo, segundo afirma WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres*, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 20, hoje cinco milhões de americanos (2,5 da população adulta) estão nas redes do sistema penal, enquanto que os gastos anuais para controle dos delitos nos EUA chegam a 210 bilhões de dólares. Cf. también sobre os EUA, CHRISTIE, Nils, *Un sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 171-175.

Já EUGENE B. PASUKANIS definia as teorias do direito penal a partir de um interesse coletivo como deformações da realidade, já que na sociedade somente existem classes com interesses opostos e contraditórios.⁶⁶ O objetivo ideológico do sistema punitivo, de “proteção da sociedade”, é uma “alegoria jurídica” que encobre o objetivo real de proteção de privilégios derivados da propriedade privada e dos meios de produção. A neutralidade e generalidade da declaração ocultam o objetivo classista de dominação da luta de classes, na qual o direito, por consequência, garante. O direito, como superestrutura, é um instrumento da classe dominante, racionalmente ajustado à produção e reprodução das relações sociais. A pena, por um determinado período de tempo, é uma forma específica pela qual o direito penal, burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente, isto é, a representação do homem abstrato e do trabalho valorado em tempo.⁶⁷

Na moderna criminologia, o fenômeno que oculta a ideologia de classe foi também descoberto. Por um lado, pelas indagações da teoria do *labeling approach* sobre os efeitos produzidos pela aplicação da etiqueta de criminoso (a dimensão do sujeito) e sobre a definição do desvio como qualidade atribuída pelas instâncias oficiais de controle de comportamentos e de pessoas (dimensão da definição e do poder de definição). Assim é que o crime, o criminoso e a criminalidade não aparecem como “entidades ontológicas-naturais” (positivismo), mas sim “realidades construídas” pela atuação das agências de controle social penal (construcionismo). O conhecido teorema proposto por W. I. THOMAS explicava bem: “se algumas situações são definidas como reais, então elas são reais nas consequências”. E também a modificação levada a cabo por SCHUR: “se tratamos como criminoso uma pessoa, é provável que ela se converta nisso mesmo”.

Por outro lado, pelas questões sobre os pontos de distribuição do poder de definição (a quem é conferido o poder de definição) e as formas de distribuição das possibilidades de encontrar-se etiquetado (a quem é conferido o *status* de criminoso). Assim, o delito aparece como um

⁶⁶PASUKANIS, Eugene B., *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1989, p. 150.

⁶⁷*Ibidem*, p. 158.

comportamento da maioria das pessoas da sociedade capitalista, enquanto que a criminalização se traduz num processo atribuído e concentrado apenas nos estratos vulneráveis, mormente quando estão em jogo interesses do poder dominante, ligados sempre a exploração, pelo capital, do trabalho assalariado. Por isso, o processo de criminalização deve ser objeto de estudo no contexto da sociedade capitalista moderna, da estrutura social e do contexto socioeconômico no qual se produz um conflito social.⁶⁸ A partir disso, a criminologia radical conseguiu comprovar que na sociedade capitalista a característica de fragmentariedade do direito penal, definido como idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para a criminalização, oculta a proteção de interesses de classes e de grupos sociais de poder econômico e político e a criminalização de condutas típicas das classes subalternas, especialmente quando marginadas do mercado de trabalho.⁶⁹

Em suma, significa que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e imunizar o processo de criminalização de comportamentos socialmente mais danosos, ligados funcionalmente a existência da acumulação capitalista, enquanto que, por outro lado, tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente em direção a formas de desvios típicas das classes subalternas, como afirmou BARATTA.⁷⁰

Partindo de outra perspectiva, fundamentada no poder disciplinar do direito penal, a genialidade de FOUCAULT afirmava o interesse econômico da burguesia, derivado de todos os mecanismos pelos quais o delinquente é controlado, perseguido, punido e reformado.⁷¹ A partir dessa

⁶⁸ BARATTA, Alessandro, *Che cosa è la criminologia critica?*, em *Dei Delitti e delle Pene*, n.º 3, 1985, p. 56.

⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A criminologia radical*, Curitiba, Lumen Juris/ICPC, 2008, p. 45/126: "O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a posição de classe do autor, a *variável independente* que determina a *imunidade* das elites de poder econômico e político e a *repressão* das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas *variáveis intervenientes* da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização – fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade".

⁷⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à sociología jurídico-penal*, op. cit., p. 172.

⁷¹ FOUCAULT, Michel, *É preciso defender a sociedade*, Lisboa, Livros do Brasil, 2006, p. 47.

noção definida como “economia de ilegalidades”, FOUCAULT pode esclarecer que o desenvolvimento da sociedade capitalista estruturou-se também a partir de um duplo direito penal: a “ilegalidade de bens” (o direito penal das classes baixas) e a “ilegalidade de direitos” (o direito penal das classes altas).⁷²

Seja qual seja a melhor razão, o certo é que o poder penal e a instituição do sequestro denominada prisão, como instrumentos e aparatos necessários para a manutenção do *status quo*, sempre facilitaram a exploração e o aniquilamento dos “ineficientes” ou supérfluos do mercado de trabalho (o conhecido exército industrial de reserva de que já muito antes de tudo isso falava o grande MARX), protegendo, ao contrário, os sentimentos egoístas e ambiciosos do capitalismo moderno e de elite daí advinda.

Por isso tudo, o maior erro do direito penal -e agora do subsistema penal de exceção mais classista ainda- é desconhecer ou não reconhecer que a realidade do sistema penal demonstra que o poder punitivo caminha sempre contra as classes subalternas, porque nelas encontra facilidades para detectar os estereótipos orientadores do processo de seleção, representados por deficiências de socialização que, por sua vez, apontam para o fracasso de qualquer tentativa de interiorizar normas jurídicas.⁷³

⁷² FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, Petrópolis, Vozes, 2006, p. 74: “Para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirmação a necessidade de vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens”. Assim também a descrição de CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *op. cit.*, pp. 74-75: “Na formação do capitalismo, a criminalidade é estruturada a nível de prática criminal, de definição legal e de repressão penal, pela *posição de classe* do autor: a) as *massas populares*, especialmente *lumpens*, circunscritas à criminalidade patrimonial, são submetidas a tribunais ordinários e castigos rigorosos; b) a *burguesia*, circulando nos espaços da lei, permeados de silêncios, omissões e tolerâncias, move-se no mundo protegido da “ilegalidade dos direitos”, composto de fraudes, evasões fiscais, comércio irregular etc. – na gênese histórica da futura criminalidade de “colarinho branco” -, com os privilégios de tribunais especiais, multas e transações que transformam essa criminalidade em investimento lucrativo”.

⁷³ Esse fracasso explica-se pela noção marxista de “alienação legal” que descreve muito bem GARGARELLA, Roberto, *Mano dura contra el castigo (I). Igualdad y comunidad*, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008, p. 27: “situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual sólo quedan ocupando el papel de víctimas”. Nessas situações de severa e sistemática desigualdade e privações, disse GARGARELLA, é que a cidadania obtém motivos para desconfiar da lei e começar a separar-se dela.

Esse reconhecimento se faz essencial para revelar a ideologia do poder punitivo, seja do atual direito penal ordinário, seja daquele que promove a guerra por meio do uso do subsistema penal de exceção. Trata-se, na realidade, de destacar uma vez mais que qualquer proposta de criação de um direito penal de exceção, fundamentado ou não de forma aberta na oposição entre amigo e inimigo, conduz sempre ao fim de utilização forte do direito penal como instrumento de dominação, disciplina e neutralização das classes excluídas do processo de produção capitalista. Isso também se deve a predominância de um direito penal específico sobre a generalidade e que, ao contrário de que se possa crer, somente unifica os objetivos do capital com a teoria política dos estados autoritários.⁷⁴

Hoje, *per se*, as prisões provam que o sistema penal é a imagem dos excluídos da economia global, o lumpemproletariado, isto é, esta putrefação passiva das capas mais baixas da velha sociedade,⁷⁵ que funciona como uma espécie de espelho invertido da sociedade capitalista e excludente: o direito penal é um reflexo invertido do espelho do sistema social desigual.⁷⁶

Essa realidade e essa tragédia, que marcam definitivamente a nova sociedade neoliberal vigente, estão muito bem retratadas nas palavras de BAUMAN: “As prisões são guetos com muros e os guetos são prisões sem muros”.⁷⁷ Nesse contexto neoliberal excludente, é possível concluir que o

⁷⁴Vid. CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *op. cit.*, p. 68-69: “A predominância da *especificidade* sobre a *generalidade* da forma legal, através de leis emergenciais, casuísticas e autoritárias, é parte do processo de unificação dos objetivos do capital monopolista com a política do Estado fascista, para o domínio totalitário do poder econômico sobre as classes trabalhadoras – reduzidas à escravidão social -, mediante um controle social terrorista: os campos de concentração são a forma massificada da prisão e o genocídio (judeus, negros, e outras “raças inferiores”) é a forma coletiva do extermínio. A ditadura terrorista do capital monopolista existe como repressão massificada da força de trabalho social: pela disciplina, pela força e pelo extermínio”.

⁷⁵MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto del Partido Comunista*, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁶Vid. HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Valencia, TirantloBlanch, 2001, pp. 134-135: “A crítica ao sistema social e aos processos de criminalização que fazem surgir dito sistema não é, portanto, como pensam e dizem alguns (provavelmente com ânimo de desacreditar-la), ociosa ou um simples panfleto político de revolucionários e descontentes; é algo mais profundo que tem destacado que, com base nos dados empíricos atualmente existentes acrescentados pelas diversas teorias criminológicas, a atual forma de definir e sancionar algumas formas de criminalidade não é mais que o reflexo das próprias injustiças sociais do sistema que produz e elabora a criminalidade como uma forma de controle e de perpetuação das atuais estruturas sociais”.

⁷⁷BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, p. 143.

direito penal é uma estratégia *excludente de cidadania e eficiente* de controle social de massas desfavorecidas, dentro de estados caracterizados pela *subsunção real da sociedade ao capital*, em que indivíduos relacionam-se sempre, agora mundialmente, como *proprietários de capital* e como *possuidores da força de trabalho* (incluindo aí, por evidente, também o trabalho cognitivo e não apenas o físico, como se pensava antes). Em outras palavras, a violência do sistema penal, segundo NEGRI, não representa mais que o complemento da ideia de mercado, “com o fim de garantir o correto funcionamento social e ampliar os términos do mercado”.⁷⁸

Mas pode existir uma luz: um direito penal afinado com os postulados do verdadeiro e real estado de direito -e, portanto, que não admite um direito penal de exceção- deve seguir uma teoria de libertação do homem e assumir realmente uma papel crítico do sistema penal total, mediante uma relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista) e as estruturas objetivas das relações econômico-política (enfoque materialista). Aí parece residir uma maneira de rechaçar um direito penal de exceção e tentar a construção de um direito penal igualitário compatível com o real Estado social e democrático de Direito. Afinal, a política criminal não deve olvidar a luta de classes existentes na sociedade capitalista, porque, como já escreveram MARX e ENGELS, todos os conflitos da história possuem origem no contraste entre as forças produtivas e o regime social vigente.⁷⁹ Portanto, o fenômeno do delito ou desvio, dentro do sistema capitalista, somente explica-se quando o foco de atenção do delito e do delinquente passa aos “mecanismos sociais e institucionais que definem, criam e sancionam a delinquência”.⁸⁰ Assim, pois, esclarecendo melhor os processos de criminalização, talvez se possa revelar a ideologia do direito penal e, dessa forma, intentar adequá-lo ao ideal do Estado democrático e social de Direito.

⁷⁸ NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana*, op. cit., p. 69.

⁷⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, op. cit., p. 143.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 151.

2 UM SABER PENAL LEGITIMADO: A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL A PARTIL DO MINIMALISMO PENAL

A função oculta desempenhada pelo sistema penal na sociedade capitalista e, conseqüentemente, o aumento da violência social daí decorrente, tanto pelas agências formais como pelas informais, impõe a obrigação de renovar o saber penal e a dogmática jurídico-penal. A ausência de legitimidade do direito penal abre dois apenas caminhos possíveis: um radical, que é a abolição do sistema penal; um moderado, que é a minimização do direito penal.

A opção abolicionista mostra-se coerente na causa e na consequência: se o sistema penal nunca pode legitimar-se, então é melhor que deixe de existir. Algo melhor que o direito penal é a desapareição do próprio direito penal. Contudo, essa proposta abolicionista esquece o fato de que a desapareição do direito penal não significa, necessariamente, a desapareição do poder punitivo. A destruição do saber penal imprime concomitantemente o fim do controle formal sobre o poder punitivo. A violência seguirá existindo independentemente da existência do direito penal, ainda que sua supressão possa diminuir-la em certa medida.

A outra opção menos utópica é o direito penal mínimo e consiste na redução do direito penal ao mínimo necessário para a proteção da sociedade. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade desenvolve-se num sistema gradual e dependente: o direito penal é a última forma (*ultima ratio*) de controle social da violência.⁸¹

⁸¹Em sentido contrário ao “direito penal mínimo”, GARGARELLA afirma que o objetivo do “republicanismo penal”, fundamentado nos princípios essenciais da inclusão, integração social e vida comunitária, não deveria ser a “minimização da violência ou retirada do Estado, mas sim contribuirá integração social e fortalecimento dos vínculos interpessoais” (p. 39). Assim, pois, a resposta do “direito penal mínimo” seria o mesmo que aceitar a aplicação de doses moderadas de direito contaminadas por “barbárica injustícia” (p. 42). Contudo, o pensamento de GARGARELLA, de forte influência liberal norte-americana, desvirtua a missão do direito penal e o confunde com os ideais políticos da sociedade, que sim são importantes para mudar a desigualdade social. Não é o direito penal que muda a opressão social existente na sociedade, mas sim a política como projeto de sociedade na qual o cidadão, não os políticos, são partes. Não a política como administração da realidade social, mas a política como projeto de sociedade (PIETRO BARCELLONA). Por isso, a tese do republicanismo penal padece de um paternalismo extremo incompatível com a ideia de limitação do poder. Cf. GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, pp. 39-42. Criticamente, ANITUA, Gabriel I., GAITÁN, Mariano, *¿Penas Republicanas?* em GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, pp. 309-320.

Mas por que somente o direito penal mínimo é suscetível de legitimação? Afinal de contas, qual é o significado da palavra *legitimidade*? Legitimidade quer dizer o mesmo que legalidade? Essas são questões cruciais para legitimar o discurso penal e legitimar a própria dogmática jurídico-penal.

A legitimidade do direito penal está estruturada na *racionalidade* do atuar do sistema penal. Legítimo é o exercício do poder planejado racionalmente quando existe *coerência interna* e um *grau de verdade na sua operatividade* (os fins declarados e reais devem ser coincidentes). ZAFFARONI aponta como características a existência de “coerência interna do discurso jurídico-penal” e “valor de verdade quanto à operatividade social”.⁸²

Com razão ZAFFARONI concreta a coerência interna do discurso jurídico-penal não só com a ausência de contradição ou lógica, mas precisamente com uma *fundamentação antropológica*: se o Direito serve ao homem, a planificação do exercício do poder do sistema penal deve pressupor uma antropologia filosófica básica.⁸³

Com efeito, a presença do ser humano no centro do Direito é uma premissa básica fundamental para legitimar o exercício do poder do sistema penal. *A contrario sensu*, a desconsideração do ser humano como *pessoa*, como faz atualmente o chamado “direito penal do inimigo” ou os postulados classistas do direito penal, por exemplo, nunca pode construir um saber legitimado.

Ademais, a legitimidade do poder do sistema penal depende do grau de verdade operacional. O discurso penal não pode elaborar-se mediante a declaração de fins que são impossíveis ou abstratos (sem contato com a realidade do ser). O direito penal é um eterno “dever ser” que encontra na realidade do ser a matéria necessária para a construção do delito. Portanto, a verdade operacional consiste na simetria de fato e norma, entre realidade e idealismo.

A legitimidade do saber exige então que o direito penal seja um *meio*

⁸²ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 20.

⁸³*Ibidem*, p. 21.

adequado para cumprir os fins propostos (a defesa dos bens jurídicos mais importantes da sociedade). Daí que o saber deve ser capaz de influenciar diretamente na realidade social. Por exemplo, se o direito penal quer proteger a saúde pública contra os males causados pelas drogas, sua legitimação existirá sempre que possa reduzir esses efeitos indesejados. Mas se a intervenção penal causa mais mortes que o próprio consumo de drogas, então é evidente que constitui um meio inadequado para tal fim, portanto, constitui um saber deslegitimado.

É equívoco confundir os vocábulos *legitimidade* e *legalidade*. A *legitimidade* depende do grau de coerência interna do discurso e da adequação para a obtenção dos fins propostos. Ao contrário, a *legalidade* exige apenas que o discurso penal obedeça o processo de produção de normas jurídicas, como determina o Estado de Direito. Mas o cumprimento das exigências formais do princípio de legalidade não implica necessariamente na afirmação da legitimidade. O exemplo da criminalização das drogas é claro: a política de luta contra as drogas cumpre a legalidade penal, mas há anos que está deslegitimada pela realidade dos fatos. Enfim, a legitimidade do poder do sistema penal requer a reconstrução do discurso penal a partir de uma ética “universal” dos direitos humanos e o único caminho possível nesse sentido é a proposta de minimização penal.

O direito penal mínimo está legitimado porque consiste num modelo de discurso penal que se estrutura numa dogmática jurídico-penal de alto grau de coerência interna e com grandes possibilidades de cumprir com as finalidades que expressamente declara. Internamente evita contradições lógicas porque está regido por princípios de limitação do poder: legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade e humanidade. Materialmente também legitima-se porque minimaliza a intervenção especificamente para a proteção da pessoa, evitando, portanto, os riscos das doutrinas organicistas ou funcionais extremas. Finalmente mostra-se como um modelo adequado porque é modesto nos fins para que propõe: quer defender os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e somente nos casos em que outras formas de controle social são insuficientes.

De mais a mais, também a legitimidade do modelo de direito penal mínimo deriva principalmente do duplo sentido já revelado por FERRAJOLI:

como sistema de limite da liberdade selvagem e como sistema de limite do poder punitivo exercido pelo próprio Estado.⁸⁴

O paradigma minimalista correto deve seguir uma teoria de liberação do homem e assumir realmente uma teoria crítica do sistema penal total, já seja desde o ponto de vista da relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista), já seja desde as estruturas objetivas das relações econômico-políticas (enfoque materialista). Porque efetivamente essa é a única maneira de rechaçar a existência de um direito penal deslegitimado e tentar a construção dum direito penal igualitário compatível com o Estado social e democrático de Direito.

Em tal contexto, a política criminal que reconhece a necessidade do direito penal mínimo não deve olvidar a luta de classes existente na sociedade capitalista, porque, como afirmam MARX e ENGELS, todos os conflitos das História têm sua origem, pois, “no contraste entre as forças produtivas eo regime social vigente”.⁸⁵ O fenômeno do delito ou desviu dentro do sistema capitalista apenas se explica quando se gira o foco de atenção do delito e do delinquente aos “mecanismos sociais e institucionais que definem, criam e sancionam a delinquência”.⁸⁶ Do contrário a legitimação necessária do direito penal torna-se uma meta dificilmente alcançável. É mais ainda: somente discernindo os processos de criminalização é possível revelar a ideologia do direito penal tradicional (a proteção de grupos hegemônicos) e tentar adequar-lo ao Estado social e democrático de Direito, em um modelo minimalista que controle a violência informal (toda forma de violência selvagem entre cidadãos) e a violência formal (toda violência seletiva que exercem as agências policiais institucionalizadas contra os vulneráveis).

⁸⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Editori Laterza, 2007, p. 356: “come sistema di limiti alla libertà selvaggia dei consociati, tramite la proibizione, l’accertamento e la punizione come reati delle offese ai diritti altrui o ad altri beni o interessi stipulati come fondamentali; e come sistema di limiti alla potestà punitiva dello Stato, tramite le garanzie penali e processuali, le quali precludono la proibizione delle azioni inoffensive o incolpevoli e la punizione di quelle offensive e colpevoli senza un loro corretto accertamento”.

⁸⁵ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideologia Alemana*, op. cit., p. 143.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 151.

3 AS VINCULAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO (DE ATO) E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Depois da traumatizante experiência da Segunda Grande Guerra Mundial, o direito penal do sistema continental europeu abandonou o positivismo jurídico e o modelo de sistema penal fundamentado na ideia de autor ou atitude interna. No campo filosófico, o caminho foi o retorno aos postulados naturalistas, como única barreira possível de limitação do poder punitivo estatal totalitário.⁸⁷ Por outro lado, dentro do espaço jurídico-penal dominante, o resgate da vinculação entre direito penal e teoria política impulsionou o desenvolvimento de um sistema baseado *principalmente na ação*.

Um exemplo desta reconstrução dogmática jurídico-penal ofereceu MUÑOZ CONDE já no ano de 1975, quando fundou e desenvolveu as primeiras noções do princípio de intervenção mínima.⁸⁸ E também MIR PUIG quando, em meados dos anos setenta, derivava dos fundamentos do Estado social e democrático de Direito um razoável número de limitações formais e materiais ao poder legislativo, ao poder judicial e ao poder de execução de penas.⁸⁹

Sem embargo dessas construções teóricas democráticas, os resquícios da política criminal totalitária parecem sobreviver protegidos por uma capa quase imperceptível inclusive dentro do Estado social e democrático de Direito. Porque essas sobras totalitárias ainda são derivadas da política criminal do Estado Social: por um lado, na seara penal, pela sobrevivência da escola positivista surgida na última terceira parte do século passado, que se baseava na ideia de que prevenção extrema para acabar com a ineficácia do sistema liberal; por outro lado, pela persistência de modelos de polícia totalitários, similares aos modelos antigos do século XX, ainda violentos, mas agora ocultos e silenciosos.

⁸⁷ Cf. RADBRUCH, Gustav, SCHMIDT, Eberhard, WELZEL, Hans, *Derecho injusto y Derecho nulo*, trad. de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguiar, 1971.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 58-97.

⁸⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1982. Veja-se, domesmo autor, o clássico de 1976, intitulado *Introducción a las bases del Derecho pena: Concepto y método*, 2ª ed., Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2007, pp. 108-148.

De toda forma, esses pedaços autoritários que ainda permeiam o núcleo do direito penal atual são cristalizados numa *concepção comum* que se conhece como “direito penal de autor”: a aplicação de uma pena vinculada à personalidade ou ao caráter antissocial do autor.⁹⁰

Mas por que o direito penal de autor é incompatível com o Estado social e democrático de Direito? Por que uma política criminal fundamentada na ideia de criminalizar o “ser” e não o “fazer ou não fazer do ser” é inconstitucional desde os postulados do Estado social e democrático de Direito? Afinal, se é eficaz para proteção preventiva de bens jurídicos não seria também legítima? Pois absolutamente, não. O direito penal que advém do Estado social e democrático de Direito é um direito penal que se vincula à natureza dessa concepção política. Este modelo de Estado imprime um modelo assentado em três alicerces: primeiro, o Estado Liberal -integrado pela ideia de Estado de Direito e, portanto, fundamentado também no princípio de legalidade, soberania popular, publicidade e separação de poderes- fixa uma orientação vinculante no sentido de que é *preciso defender os cidadãos contra os poderes do Estado*; segundo, o Estado Social, que agrupado com os postulados do Estado Liberal, deve impor ao direito penal um dever de atuação ativa nas relações sociais, para possibilitar que *todos os cidadãos possam participar do sistema social*; por fim, um Estado Democrático, em sentido formal, não como expressão da maioria popular, mas sim como *instrumento de proteção efetiva de direitos individuais fundamentais*.

Não bastasse isso, a própria noção de prevenção especial e geral da pena, nas vertentes positivas e negativas, demonstra que o direito penal do Estado social e democrático de Direito deve ser um direito penal de ato e não de autor. Não existe nenhuma função socializante da pena quando se criminaliza pelo ser e não pelo fazer ou não fazer. Um direito penal que pretenda fazer com que a pena cumpra uma função de reinserção social, não pode aceitar um sistema que idealisticamente seja seletivo e estigmatizante e, portanto, violador da dignidade da pessoa humana. Num

⁹⁰ Cf. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 176-177.

sistema democrático de proteção geral -inclusive de minorias contra maiorias- a política criminal deve adotar um caminho para fortalecer da integração social, o que somente é possível quando a pena realiza suas funções legítimas: uma, quando o condenado tem disponível um aparato destinado à interiorização de normas constitucionais ligados à qualidade de cidadão (pena como prevenção especial ou, pelo menos, como diria MUÑOZ CONDE, como não dessocialização);⁹¹ duas, quando a pena reforça a consciência jurídica geral dos valores constitucionais importantes para a vida numa sociedade democrática. Portanto, quando se cria uma política criminal baseada em critérios pessoais negativos, não retratados externamente numa ação típica, antijurídica e culpável, nunca se poderá cumprir as funções preventivas em sentido positivo da pena (reintegração e reafirmação do Direito). E quando não se realizam essas funções preventivas da pena, o direito penal não porta qualquer tipo de legitimidade, principalmente no marco do Estado social e democrático de Direito, pois esta concepção de Estado exige que qualquer restrição de direitos fundamentais -aqui, o direito de liberdade- respeite o (a) princípio de dignidade humana, seja (b) “socialmente útil”, (c) proporcional ao interesse que se pretende proteger e (d) absolutamente necessária para construir uma sociedade igualitária e justa.

Também há que consignar que, ainda fosse legítimo aplicar uma pena com finalidades de retribuição, mesmo assim esta ideia de pena se refere à culpabilidade da ação e não do autor. A retribuição da culpabilidade se funda na realização de um injusto penal, isto é, na ação ou omissão típica e antijurídica, mas não na existência do autor *per se*. De todo modo, este argumento é desnecessário, porque o Estado social e democrático de Direito é incompatível com a ideia de retribuição.⁹²

No Estado social e democrático de Direito, que é o acolhido pela Constituição brasileira de 1988, artigo 1º, a ideia de retribuição está descartada. Aqui, nesta concepção de Estado, o poder punitivo só pode ser exercido como *política social* posta a serviços de todos os cidadãos. O direito

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Bogotá, Temis, 2004, pp. 83-118.

⁹² Assim, entre nós, CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Curitiba, Lumen Juris/ICPC, 2008, p. 455.

penal somente pode atuar quando resultar absolutamente necessários para proteger os cidadãos. O direito penal não existe para impor ética, moral ou determinada concepção religiosa. Por isso, o direito penal que brota do Estado social e democrático de Direito é aquele que se reduz ao mínimo o exercício do poder de punir, como garantia individual intransponível. Ao mesmo tempo, protege apenas os bens mais valiosos da comunidade, vinculados diretamente ao cidadão, evitando o exercício de violência fora do Direito. As consequências desse direito penal democrático podem ser analisadas tanto na dogmática penal, na teoria da pena e inclusive no processo penal.

Na dogmática penal, o princípio de lesividade impede que o direito penal assuma discursos moralistas. Basta recordar que os princípios básicos do direito penal democráticos atuam no campo da sexualidade, por exemplo, impedindo a intervenção penal quando não se trata de ações cometidas contra menores. Deveria isso também repercutir mais forte nos casos de intervenções em âmbitos como da prostituição, incesto e inclusive nos casos de violência doméstica, porque o direito penal não deve ser prestar ao fundamentalismo de um feminismo radical. Também o direito penal mínimo de ato impede criminalizar atos distantes da verdadeira lesão ao bem jurídico, como acontece na proteção de bens jurídicos abstratos e sem vinculação direta à pessoa humana, pois não é função do direito penal prestar à tutela de complexos funcionais que não respondem aos interesses individuais dos cidadãos.

Na teoria da pena, a circunstância judicial da “retribuição”, prevista no artigo 59 do CP e utilizada para fixação da pena-base, deve considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, notadamente pelo modelo de Estado assumido no artigo 1º. Ao contrário da ideia de retribuição que só aparece em leis anteriores à redemocratização do Brasil, vários dispositivos constitucionais encartados na parte dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998 mostram que a política criminal do Estado brasileiro deve seguir um modelo preventivo limitado. Por exemplo, quando o inciso XLVI do art. 5º da CF adota o princípio da individualização da pena, nada mais pretende do que ajustar a pena à ação do autor, a fim de que, durante o cumprimento, seja realizada a função de reintegração, pois

seria impensável cumprir as propostas do art. 3º da CF mediante a vingança ou sofrimento. Daí também porque o inciso seguinte do art. 5º, XLVII, da CF, veda penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis. A razão é evidente: em todas estas penas se vê um ponto comum, que é a ideia de retribuição. Em suma: do artigo 59 do CP brasileiro não foram recepcionados nenhuma das circunstâncias vinculadas ao direito penal de autor, como antecedentes, conduta social, personalidade.

Na mesma linha, é evidentemente inconstitucional e aberrante violação do direito penal mínimo de ato, que provém do Estado social e democrático de Direito, o agravamento da pena pela reincidência ou mesmo o uso dessa herança maldita agravante -encravada na psique de operadores do direito- para impedir benefícios processuais ou de execução (suspensão do processo, fixação do regime de pena, progressões, etc.). Esse instituto arcaico e o uso de antecedentes penais são posturas autoritárias que não se vinculam ao ato, mas sim ao autor. Logo, não respondem ao padrão democrático que se espera do direito penal do Estado social e democrático de Direito. Vale reproduzir aqui as lições de FLETCHER:

Es fundamentalmente injusto condenar a alguien acusado de un delito por el hecho de que haya cometido otros en el pasado. Si la presunción de inocencia significa algo en el actual Derecho penal, es que debemos juzgar el acto delictivo que sea objeto de la acusación con abstracción de la experiencia que se tenga del acusado o del conocimiento de su conducta delictiva anterior. Además, la conducta delictiva no se basa en el quebrantamiento de un deber, sino en la violación de bien jurídico específicamente protegido (*Rechstgut*).⁹³

4 BREVES CONCLUSÕES

O drama social que provoca o exercício sem controle do poder punitivo deve impulsionar um novo pensar e atuar. A oposição política entre amigo e inimigo de SCHMITT, a oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) retratada por AGAMBEN e o

⁹³FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 236.

controle e dominação burguesa do projeto neoliberal revelam os reais objetivos do poder punitivo, que consiste, *grosso modo*, na exclusão e aniquilamento das classes subalternas. Entretanto, o Estado social e democrático de Direito oferece um dique de contenção do poder punitivo que se traduz na assunção dos postulados normativos do direito penal mínimo de conteúdo preventivo.

A legitimidade do direito penal na sociedade democrática depende de instrumentos normativos que protejam os bens jurídicos mais relevantes da comunidade e reduzam significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. Cabe aos operadores do direito fazer essa engrenagem rodar para o lado correto. Utilizando aquele famoso escrito que MARX redigiu na primavera de 1845, é hora de deixar de **interpretar** o mundo de forma diferente; trata-se porém de **modificá-lo**.⁹⁴

5 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**. El poder soberano y la nuda vida, Valencia, Pre-Textos, 2006.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo, Boitempo, 2004.

ANITUA, Gabriel I., GAITÁN, Mariano. **¿Penas Republicanas?** en GARGARELLA, Roberto, De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**, Madrid, Taurus, 2001.

BARATTA, Alessandro, **Criminología crítica y crítica del Derecho penal**: Introducción à sociología jurídico-penal, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.

_____. **Che cosa è la criminologia critica?** em Dei Delitti e delle Pene, n.º 3, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidad**. En busca de seguridad en un mundo hostil, Madrid, Siglo XXI, 2003.

⁹⁴ MARX, Karl, *Teses sobre Feuerbach*, em MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras escolhidas*, vol. 3, São Paulo, Editora Alfa-Omega, p. 210.

BENJAMIN, Walter, **Para una crítica de la violencia**, Buenos Aires, Leviatán, 1995.

BIMBI, Linda, No en mi nombre, **Guerra y derecho**, Madrid, Trotta, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, **Derecho penal del enemigo**. El discurso de la exclusión, Buenos Aires/Montevidéo, Editorial BdeF, 2006.

CHRISTIE, Nils, **Un sensata cantidad de delito**, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **A criminologia radical**, Curitiba, Lumen Juris/ICPC, 2008.

_____. **Direito Penal**, Parte Geral, 3ª ed., Curitiba, Lumen Juris/ICPC, 2008.

DONINI, Massimo, **El derecho penal frente al “enemigo”**, em CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, **Derecho penal Del enemigo**. El discurso de la exclusión, Buenos Aires/Montevidéo, Editorial BdeF, 2006.

_____, **Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico**, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDI, Renzo, **Contrasto al terrorismo interno e internazionale**, Torino, Giappichelli, 2006.

_____, **El derecho penal frente al “enemigo”**. em **Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 2000.

_____. **La guerra y el futuro del derecho internacional**, em BIMBI, Linda, No en mi nombre, **Guerra y derecho**, Madrid, Trotta, 2003.

_____. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia, Bari, Editori Laterza, 2007.

FLETCHER, George P., **Gramática Del Derecho penal**, trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

FOUCAULT, Michel, **É preciso defender a sociedade**, Lisboa, Livros do Brasil, 2006.

_____, **Vigiar e Punir**, Petrópolis, Vozes, 2006.

GARCIA SEGURA, Caterina, RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., **La seguridad comprometida**. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados, Madrid, Tecnos, 2008.

GARGARELLA, Roberto, **Mano dura contra el castigo (I)**. Igualdad y comunidad, en **De la injusticia penal a la justicia social**, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

GARLAND, David, **La cultura del control**. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.

HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, **Introducción a la Criminología**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther, **¿Derecho penal del enemigo?** Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, em Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Madrid, Thomson Civitas, 2008.

MACEDO JR., Ronaldo Porto, **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**, São Paulo, Max Limonad, 2001.

MARX, Karl, **Contribuição para a crítica da economia política**, Lisboa, Estampa, 1973.

_____, **Teses sobre Feuerbach**, em MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, Obras escolhidas, vol. 3, São Paulo, Editora Alfa-Omega.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, **Obras escolhidas**, vol. 3, São Paulo, Editora Alfa-Omega.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, **Manifiesto del Partido Comunista**, em Fundamentos II, vol. IV, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

_____, **Ideología Alemana**, Buenos Aires, Vida Nueva, 1958.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, **Cárcel y fábrica**. Los orígenes del sistema penitenciario, México, Siglo XXI, 1979.

MIR PUIG, Santiago, Constitución, **Derecho Penal y Globalización**, em GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), em Política Criminal y Reforma Penal, Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, BdeF/Edisofer, 2007.

_____, **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1982.

_____, **Introducción a las bases del Derecho pena: Concepto y método**, 2ª ed., Buenos Aires/Montevidéo, BdeF, 2007.

MORESO, Josep Joan, **Poder y Derecho**, em GARCIA SEGURA, Caterina, RODRIGO

HERNÁNDEZ, Ángel J., **La seguridad comprometida**. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados, Madrid, Tecnos, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo**, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

_____, **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**, trad. de Ana por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, em Revista IBCCRIM, n.º 83, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Introducción al Derecho penal**, Barcelona, Bosch, 1975.

_____, **Derecho penal y control social**, Bogotá, Temis, 2004.

NEGRI, Antonio, **La fábrica de porcelana**. Una nueva gramática de la política, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008.

_____, **La forma-Estado**, Madrid, Akal, 2003.

ORESTES AGUILAR, Héctor, **Carl Schmitt, teólogo de la política**, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

PASUKANIS, Eugene B., **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo, **Control y dominación**. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, México, Siglo XXI, 1983.

KERVÉGAN, Jean-François, Hegel, **Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**, Barueri, Manole, 2006.

RADBRUCH, Gustav, SCHMIDT, Eberhard, WELZEL, Hans, **Derecho injusto y Derecho nulo**, trad. de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguiar, 1971.

ROXIN, Claus, **Derecho penal**. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, **Punição e estrutura social**, Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza, **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**, São Paulo, Boitempo, 2007.

SCHMITT, Carl, Teología política, em ORESTES AGUILAR, Héctor, **Carl Schmitt, teólogo de la política**, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____, **Legalidad y legitimidad**, em ORESTES AGUILAR, Héctor, ORESTES AGUILAR, Héctor, Carl Schmitt, teólogo de la política, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____, **El "Führer" defiende el derecho**. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934, em ZARKA, Yves-Charles, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, Barcelona, Anthropos, 2007.

_____, **El concepto de lo político**, Madrid, Alianza, 1998.

_____, **Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich**. La Lógica de la Sumisión Espiritual, Madrid, Reus, 2006.

_____, **El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nullapoena sine lege”**, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

_____, **La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío**. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacionalsocialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936, em ZARKA, Yves-Charles, **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**, Barcelona, Anthropos, 2007.

_____, **La Constitución de la libertad**, em ZARKA, Yves-Charles, **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**, Barcelona, Anthropos, 2007.

_____, **La legislación nacionalsocialista y la reserva del “ordre public” en el Derecho Internacional Privado**, em ZARKA, Yves-Charles, **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**, Barcelona, Anthropos, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd, **La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal**, trad. de Mariana Sacher, en **Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología**, Madrid, UNED, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**, Madrid, Civitas, 2001.

WACQUANT, Loïc, **Punir os pobres**, Rio de Janeiro, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **El enemigo en el derecho penal**, Buenos Aires, Ediar, 2006.

_____, **Criminología. Aproximación desde un margen**, Bogotá, Themis, 1988.

_____, **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**, Buenos Aires, Ediar, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, **Manual de Derecho Penal**, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2005.

ZARKA, Yves-Charles, **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**, Barcelona, Anthropos, 2007.