



LIBERDADE E SEGURANÇA EM DIREITO PENAL.

O problema da expansão da intervenção penal

Fabio Roberto D'Ávila

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Frankfurt am Main, Advogado Criminal.

Área de Direito
Penal

RESUMO

Uma ciência penal subserviente à política criminal presta um desserviço em tempos difíceis como os de hoje. É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança. Limites, porém, que nada mais são do que a concretização dos custos desses mesmos direitos e dessas mesmas garantias. E que, somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer tergiversação, será possível, a partir do direito penal, avançar no sentido da recondução do Estado de Direito às razões que lhe dão fundamento.

PALAVRAS-CHAVE

Política-Criminal. Dogmática Penal. Expansão do Direito Penal. Limites de Legitimidade do Direito Penal. Liberdade e Segurança.

ABSTRACT

A penal science subservient to a criminal policy does a disservice in difficult times, such as those in which we find ourselves today. It is vital to be clear that the recognition and defense of fundamental rights and guarantees necessarily imply limits to public security policies. These limits, however, are no more than the implementation costs of these very rights and guarantees. democratic criminal law, that is, a return to a State of Law.

KEYWORDS

Criminal Policy. Criminal Law. Expansion of Penal Law. Limits of the Legitimacy of Penal Law. Liberty and Security.

RESUMEN

Una subordinada ciencia penal a la política criminal hace un flaco favor en tiempos difíciles como el de hoy. Debe quedar claro que el reconocimiento y la protección de los derechos y garantías fundamentales implican necesariamente límites a las políticas de seguridad pública. Los límites, sin embargo, que no son más que los costos de implementación de estos derechos y las mismas garantías. Y que sólo cuando estos límites precisos que se tomen en serio, sin prevaricación, es posible, del derecho penal, avanzar hacia la renovación del estado de derecho a las razones que dan fundamento.

Palabras-clave

Política Criminal. Dogmática Penal. Expansión del Derecho Penal. Límites de la legitimidad del Derecho Penal. Libertad y Seguridad.

Sumário

1. Tempos de “Liminaridade”. 2. A Expansão do Direito Penal (Mais Direito Penal). 3. Um Direito Penal de Novas Características (Qual Direito Penal). 4. Tempos de Política Criminal: tempos de “eficiência” e “segurança”. 5. O Silêncio do Direito Penal. 6. O Direito Penal como Legado de Liberdade: o lugar e o papel do Direito Penal no nosso tempo. 7. Conclusão.

1. TEMPOS DE “LIMINARIDADE”.

Não há dúvida de que o mundo é feito de mudanças, de que o passar do tempo deixa a marca da mudança. Isso é um fato. Mas é igualmente certo que o tempo em que vivemos denota um conjunto incomum de transformações, muitas vezes caracterizado como sociedade do risco, sociedade do consumo, sociedade da informação, ou ainda, simplesmente, pós-modernidade ou modernidade tardia. Denominações que, todavia, ainda estão muito distantes de bem representar as inúmeras nuances através das quais se revela a sociedade contemporânea.

Em verdade, parece-me que estamos a viver um forte período de “liminaridade”, no sentido que lhe é dado pela antropologia. Por “liminaridade” entende-se um período de passagem, um período intermédio, um período entre “o dentro e o fora”, o qual pode ser representado pela metáfora da soleira de uma porta, pela imagem de um espaço neutro entre o dentro e o fora¹. Sabe-se que há um esgotamento do paradigma passado, mas ainda não se pode perceber com clareza o modelo que começa a surgir.

Em períodos como esse, dada a ausência de referenciais claros, recomenda-se fortemente a adoção de especial cautela não só na apreensão e compreensão de seus reais problemas, como, e principalmente, na proposição de soluções. Não é isso, todavia, o que hoje se observa. A cautela, infelizmente, não é uma característica do nosso tempo. E, no que aqui interessa, também não é uma característica do atual direito penal. Muito pelo contrário. As mudanças sociais têm se convertido em terreno fértil não apenas para a expansão do direito penal, mas, e principalmente, para o surgimento de um direito penal de traços não democráticos.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL (MAIS DIREITO PENAL).

O surgimento de novas áreas de interesse social, como o meio ambiente, a genética, a informática e a economia, muitas vezes associados ao fenômeno da globalização e da transnacionalização dos fatos sociais, inaugurou novos espaços de regulação jurídica, para os quais o Estado se vale também do direito penal como instrumento de solução de conflitos. E, neste contexto, há uma natural expansão do Direito Penal.

Todavia, os principais problemas da ciência penal contemporânea não decorrem do simples aumento da área de regulação jurídico-penal, isto é, do simples fato de haver “mais direito penal”, mas sim da forma como se dá, em termos qualitativos, esta regulação, quer sob uma perspectiva dogmática, quer sob uma perspectiva político-criminal. Em outras palavras, o que mais importa não é tanto uma questão de quantidade (mais direito penal), mas uma questão de qualidade (qual direito penal).

3. UM DIREITO PENAL DE NOVAS CARACTERÍSTICAS (QUAL DIREITO PENAL).

Sob uma perspectiva dogmática, é preciso reconhecer que houve um forte aumento da complexidade da matéria de incriminação não só no âmbito do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*), como no âmbito do denominado direito penal clássico, em decorrência direta do aumento da complexidade das relações sociais. Conceitos tradicionais como vida e morte tornam-se hoje problemáticos, em razão dos avanços que a tecnologia tem propiciado à medicina. Ao mesmo tempo em que a regulação penal de matérias como, *v.g.*, o meio ambiente apresenta os mais

variados problemas, o que, aliás, bem ilustra as dificuldades de delimitação de categorias tradicionais como sujeito ativo, sujeito passivo, resultado, causalidade, bem jurídico, lugar do crime, entre tantos outros².

Este aumento da complexidade da matéria de incriminação tem, por sua vez, repercussão direta na escolha e no desenvolvimento de determinadas técnicas de tutela. Se, em termos ideais, o tipo penal deve descrever, da forma mais fiel e objetiva possível, o conteúdo material do ilícito, é evidente que, quanto mais complexa for a matéria a ser tipificada, mais difícil será o cumprimento de tal tarefa. As dificuldades enfrentadas na descrição de matérias de maior complexidade levam, por sua vez, à preferência por técnicas de tutela de caráter formal, normalmente estabelecida na violação de um dever de natureza administrativa ou no exclusivo desvalor da ação.

Como consequência, percebe-se um forte distanciamento do tipo em relação ao conteúdo material do ilícito, o qual, na prática, não raramente, se perde por completo, acabando por não exercer qualquer papel em âmbito hermenêutico, nem mesmo para fins de delimitação do âmbito do tipo. É como se o “fragmento de realidade” que se quer proibir, após dar origem ao tipo, não mais importasse: o tipo alcançaria autonomia em relação ao seu fundamento material ao ponto de poder ser aplicado independente da sua efetiva existência, na linha de orientações neopositivistas. O que, evidentemente, não se dá sem a violação ou até mesmo abandono de princípios fundamentais de direito penal.

Esta constatação, por si só, já é grave. Contudo, é quando se considera o atual contexto político-criminal que ela se torna ainda mais preocupante.

4. TEMPOS DE POLÍTICA CRIMINAL: TEMPOS DE “EFICIÊNCIA” E “SEGURANÇA”.

Vive-se hoje o tempo da política criminal. Diferente do proposto por Liszt no final do século XIX, o direito penal (*das Strafrecht*) já não é mais “a barreira infranqueável da política criminal” (*die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*).³ Muito pelo contrário. É comum, em âmbito científico, a defesa de um direito penal não só orientado politicamente-criminalmente, mas até mesmo “cunhado” pela política criminal.⁴ Enquanto que, na prática, a política criminal assume uma posição hegemônica, muito embora com características bem diversas daquelas idealizadas pelas respectivas elaborações doutrinárias.

Tanto na América Latina, quanto na Europa, multiplicam-se práticas político-criminais populistas, de caráter fortemente pragmático e utilitarista, as quais, sob o pretexto da segurança e do combate à criminalidade, apresentam-se dispostas a assumir custos extremamente elevados. Em contextos como este, em regra, há pouco espaço para ponderações de caráter científico⁵ e, normalmente, os princípios e garantias fundamentais de direito penal passam a ser vistos como meros entraves para o combate à criminalidade. Abrem-se inúmeros espaços de conflito entre a pretensão político-criminal de segurança e a manutenção dos direitos e garantias fundamentais, nos quais, com frequência, a liberdade costuma ceder em prol da otimização dos fins de prevenção geral.

O resultado prático é por todos conhecido. Por um lado, há um enfraquecimento das garantias processuais acompanhado de medidas de vigilância altamente invasivas⁶. Por outro, uma expansão do direito penal que, associada aos problemas técnicos já supra referidos, encontra concretização não mais em um “campo de proteção antecipado” (*Vorfeldschutz*), mas em um campo de proteção

ainda anterior a esta proteção já antecipada (*Vorvorfeldschutz*), no qual se propagam, de forma endêmica, ilícitos de mera violação de dever e a punição de atos meramente preparatórios.⁷ Mas tudo, certamente, sob o pretexto de uma “boa causa”, tudo para garantir o “bem de todos”, tudo para garantir a segurança.⁸

5. O SILÊNCIO DO DIREITO PENAL.

É evidente que este quadro jurídico-político é bastante sério. Contudo, o mais inquietante ainda não se encontra na constatação de um grande desequilíbrio no conflito entre segurança e liberdade, agravado pela “liminaridade” do contexto histórico-social. O maior problema está, isso sim, na forma como a ciência penal tem reagido a esta realidade ou, mais precisamente, na forma como princípios e garantias penais têm sido tão facilmente descartados, sob o simples argumento de otimizar o combate à criminalidade.⁹ E principalmente quando isso ocorre não no âmbito de Estados totalitários – como é de se esperar –, mas no seio de Estados democráticos de Direito e em que pese o atual estágio de desenvolvimento dos princípios e direitos fundamentais.

A perda de capacidade crítica da dogmática penal apresenta-se manifesta. E se, em alguns momentos, ela ainda consegue demonstrar alguma força na defesa de princípios fundamentais, a “luta contra o terrorismo”, como uma espécie de fundamento mágico, coloca por terra toda e qualquer resistência. A denominada “luta contra o terrorismo” parece justificar qualquer custo, por mais alto que seja e ainda que isso implique o descarte de compromissos democráticos históricos, como bem ilustra a surpreendente, e já amplamente debatida, proposta de ruptura do conceito de pessoa no direito penal do inimigo.¹⁰ Pode-se dizer, em tom de ironia, que o antigo princípio, “melhor dez culpados livres a um inocente condenado” converte-se hoje em “mais vale 10 inocentes presos a um terrorista solto”. Uma lógica bizarra, absurda, que muito lembra as justificativas do crime de Raskólnikov (de Dostoiévski), mas que, com alguma habilidade argumentativa, torna-se, nos dias de hoje, assustadoramente sedutora.

Diante disso tudo resta saber qual papel compete à ciência penal neste problemático cenário sócio-político.

6. O DIREITO PENAL COMO LEGADO DE LIBERDADE: O LUGAR E O PAPEL DO DIREITO PENAL NO NOSSO TEMPO.

A questão acerca do papel da ciência penal é, certamente, antes de qualquer coisa, uma questão acerca da nossa forma de perceber e compreender o direito penal. Uma questão que, dado o *Zeitgeist*, é muitas vezes reconduzida, equivocadamente, a uma singela questão de utilidade. Mas que, todavia, não pode ser pensada nem respondida adequadamente em termos tão estreitos.

O direito penal não é, definitivamente, apenas um instrumento de solução de conflitos. Ele é muito mais do que isso. O direito penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi no âmbito do direito penal e por meio dele que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo. Estas conquistas, que custaram a vida de muitos, representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a

sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional.

O direito penal não pode ser pensado ou conformado nos limites da denominada “razão instrumental” (*Zweckrationalität*)¹¹ ou de um simples “pensamento que calcula” (*rechenendes Denken*)¹². O direito penal deve ser, em primeira mão, a expressão de uma “racionalidade estabelecida em valores” (*Wertrationalität*) ou do por Heidegger denominado “pensamento que medita” (*besinnliches Denken*), ou seja, “um pensamento que reflete sobre o sentido que reina em tudo o que existe”¹³. Pois apenas assim o direito penal alcança o seu verdadeiro sentido e, a partir dele, obtém a sua autonomia e a sua identidade.

Em termos práticos, isso significa dizer que a prioridade deve ser dada não à eficiência, mas à legitimidade. O direito penal, nestes termos, é construído em oposição às denominadas teorias funcionais. Na perspectiva que aqui se defende – no seguimento de Castanheira Neves –, a pergunta fundamental do direito jamais será “o direito para que serve?”, mas sim “o direito o que é?”¹⁴. No lugar da estrita racionalidade instrumental, propõe-se a axiologia; e no lugar da eficiência, propõe-se a validade¹⁵.

Isso não significa, logicamente, que a idéia de eficiência não deva ter um papel importante no direito penal. Como também não significa que a política criminal deva exercer um papel secundário no âmbito da denominada “ciência conjunta do direito penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*). Em realidade, a discussão acerca da hegemonia entre política criminal e dogmática penal é absolutamente equivocada. Dogmática penal e política criminal não podem concorrer entre si, na medida em que não guardam identidade entre fundamento e função. Trata-se de dimensões de análise distintas, com uma área de atuação igualmente diversa. O que, aliás, bem ilustra o próprio espaço de atuação da política criminal que é, evidentemente, mais amplo e mais rico do que aquele a que está limitado o direito penal.¹⁶

O que se pretende destacar é que, antes de se questionar acerca da utilidade político-criminal de determinadas medidas de natureza penal, deve-se questionar acerca da sua legitimidade/validade jurídico-penal e jurídico-constitucional. E aqui não importa o peso do interesse político-criminal em questão, seja ele a simples otimização de funções administrativas, seja o combate ao terror. Todo e qualquer interesse só pode ser perseguido por meio de leis penais se estiver nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional.¹⁷ E neste ponto, isto é, no que diz respeito ao uso do direito penal pela política criminal, não há dúvida de que *das Strafrecht* volta a ser “a barreira infranqueável da política criminal” (*die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*).¹⁸

Contudo, dois aspectos devem ficar claros:

Primeiro, que esta compreensão não reestabelece uma relação entre direito penal e política criminal a partir de uma lógica de tensão, a qual foi objeto de conhecida crítica por parte de Roxin.¹⁹ Ela apenas deixa claro que o direito penal e a política criminal correspondem a campos diversos, com autonomia suficiente para, em alguns momentos, admitir a ocorrência de conflito entre eles.

Segundo, que é absolutamente equivocada a idéia de que o direito penal necessita da política criminal para encontrar referenciais axiológicos. Em verdade, isso é um equívoco metodológico de algumas concepções funcionalistas, na medida em que pressupõe justamente o que pretende superar, ou seja, pressupõe uma dogmática penal desprovida de referenciais valorativos, restrita a um sistema silógico-formal²⁰.

No estado atual da ciência, não se pode mais pensar o direito penal como um mero sistema silógico-formal, nos limites estreitos de uma perspectiva positivista.²¹ Não se pode pensar que princípios como o *nullum crimen sine lege*, o *nullum crimen sine culpa*, o *nullum crimen sine iniuria*, bem como os critérios axiológicos gerais de exclusão da ilicitude e culpabilidade, entre tantos outros, estão fora do direito penal. Estes valores, originalmente de política criminal, concretizaram-se, ao longo da história, em normas penais e constitucionais. Eles são hoje princípios e regras constituintes da própria dogmática penal e constitucional.²² Aliás, eles não só constituem a dogmática penal, como conferem identidade e autonomia, em termos de orientação axiológica, ao próprio direito penal.

A partir de tais premissas, fica claro que, em um Estado Democrático de Direito, a delimitação do espaço de legitimidade/validade do direito penal deve preceder a uma reflexão em termos de utilidade e conveniência por parte da política criminal. E que esta análise de legitimidade deve se dar no âmbito do próprio direito penal, tendo como referenciais a sua própria principiologia e seu próprio fundamento.

As conseqüências dessa orientação são inúmeras e atingem o sistema penal como um todo. Tem-se, por um lado, o resgate da importância do fundamento do direito penal, como decorrência da distinção entre fundamento e função. Por outro, o ilícito e a pena passam a buscar a sua justificação em critérios distintos. O ilícito, nessa perspectiva, não pode ser justificado pela simples “necessidade de pena” (*Pönalisierungsbedürftigkeit*). Deve-se analisar, primeiro, a existência de “dignidade de proibição penal” (*Strafverbotswürdigkeit*), para então, constatada a sua existência – e, portanto, a existência do ilícito –, verificar a “necessidade de pena” (*Pönalisierungsbedürftigkeit*).

Porém, ao consistir na mais aguda manifestação estatal restritiva de direitos, não há dúvida de que a proibição penal carece de especial justificação,²³ aquilo que Romagnosi já em 1791 chamava de *diritto più forte à podestà punitrice*.²⁴ E, logicamente, esta justificação não pode ser simplesmente pressuposta pela legitimidade democrática do legislador²⁵ ou pela “boa vontade” estatal na persecução de seus fins, ou, ainda, sequer encontrada na circularidade e no vazio de argumentos meramente formalistas ou funcionalistas. A legitimidade do ilícito deve ser buscada na sua dimensão material, no fragmento de realidade que lhe confere concretude. Dimensão esta que, por tudo que já foi aqui dito, não pode ser pensada em termos utilitaristas, mas deve ser reconhecida a partir da lógica atinente à *Wertrationalität*.

Há, nesse contexto, uma *renaissance* de temas tradicionais, como o conceito material de crime e, por conseqüência, da própria teoria do bem jurídico²⁶. Temas que devem ser, logicamente, renovados e aprimorados, como exige a própria espiral histórica. A categoria denominada pelos italianos de *offensività* (ofensividade)²⁷, por exemplo, entendida não só como lesão, mas também como pôr-em-perigo ao bem jurídico-penal, parece ser uma categoria-chave nesse âmbito. Aliás, acredito que o conceito de perigo, em particular, uma vez dogmaticamente desenvolvido, pode constituir a categoria central para a delimitação material do ilícito penal, do que decorreria a própria delimitação do conceito de crime. Isto é, um conceito de crime pensado a partir do ilícito, e não a partir da pena ou da necessidade de punição.

Entretanto, esses são apenas alguns desdobramentos dogmáticos da compreensão de direito penal que se pretendeu expor e que, por razões de tempo,

não podem encontrar aqui o necessário desenvolvimento.²⁸ Tem apenas o objetivo de dar um pouco de concretude dogmática a tudo o que aqui foi dito.

7. CONCLUSÃO.

Tenho convicção de que uma ciência penal subserviente à política criminal presta um desserviço em tempos difíceis como os de hoje. É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança. Limites, porém, que nada mais são do que a concretização dos custos desses mesmos direitos e dessas mesmas garantias. E que, somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer tergiversação, será possível, a partir do direito penal, avançar no sentido da recondução do Estado social às razões que lhe dão fundamento.²⁹

A idéia de segurança, por certo, só faz sentido se servir à liberdade e não se servir a si própria.

¹ Sobre o conceito de “liminaridade”, ver GENNEP, Arnold van, *Os ritos de passagem*, tradução de Mariano Ferreira e apresentação de Roberto da Matta, Petrópolis : Vozes, 1978, p.34 ss.; TURNER, Victor W., *O processo ritual. Estrutura e antiestrutura*, tradução de Nancy Campi de Castro, Petrópolis : Vozes, 1974, p.201 ss.

² Ver RONZANI, Marco. *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1992, passim; DAXENBERGER, Matthias. *Kumulationseffekte. Grenzen der Erfolgzurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1997; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, passim.

³ LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 2, Berlin: Guttentag, 1905 (reimpr. por Walter de Gruyter, 1970) (publicação original de 1893), p.80. Ver também LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 1, Berlin: Guttentag, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970) (publicação original de 1889-1892), p.292.

⁴ Ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral, tomo 1, 1. ed. brasileira (2. portuguesa), São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Ed., 2007, p.33 s.; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol.1, 4. ed., München : Beck, 2006, p.227 ss..

⁵ Ver HASSEMER, Winfried, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit”, in: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick*, org. por Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt, München: Beck, 2000, p.41.

⁶ Hassemer assinala, inclusive, a existência de uma espécie de “processo oculto”, como resultado, dentre outros fatores, do uso, sistemático e por longos períodos, da tecnologia disponível, para fins de vigilância e controle (HASSEMER, Winfried. “El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidade”, in: *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, org. Hans Jörg Albrecht, Ulrich Sieber, Jean-Michel Simon, Felix Schwarz, Corrientes: Ed. del Puerto, 2009, p.18 s.).

⁷ Desde 2008, nas precisas palavras de Alberto Silva Franco, “fala-se, abertamente, na necessidade de antecipação da tutela penal na definição de condutas puníveis; na igual sanção tanto para os atos preparatórios como para a consumação delitiva; no afrouxamento ou na supressão de garantias processuais individuais” (FRANCO, Alberto Silva. “Na expectativa de um novo paradigma”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.338).

⁸ Pode-se dizer, na eloquente expressão de Hassemer, que “a nostalgia por justiça cede em face do desejo de segurança” (HASSEMER, Winfried. “El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidade”. Ob. cit., p.21).

⁹ A título de mera ilustração, pode-se mencionar o posicionamento de Mantovani acerca do denominado *principio di offensività*. Para este autor, o *principio di offensività* consiste no baricentro de uma ordem penal garantista e democrática, além de princípio recepcionado constitucionalmente. Contudo, admite o seu afastamento, para atender objetivos de política

criminal. Ver *Mantovani*, “Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale”, Riv. Ital. Dir. Proc. Penale, n.2 (1997), p.323 ss.; Diritto Penale. Parte generale, 4.ed., Padova: Cedam, 2001, p.196; “Il principio di offensività tra dogmática e política criminal”, in: Il diritto penale alla svolta di fine milenio, org. por *Stafano Canestrari*, Torino: Giappichelli, 1998, p. 251.

¹⁰ Ver, em especial, as conclusões de Jakobs, em: JAKOBS, Günther. “Terroristen als Personen im Recht?“, *ZStW*, 117 (2005), p.851. Para uma atenta consideração crítica ao direito penal do inimigo, ver AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid: Ed. Dykinson, 2007, p.79 ss.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, A.. «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», in: *Boletim da Faculdade de Direito* 74 (1998), Coimbra, p.24.

¹² HEIDEGGER, Martin. *Gelassenheit*, 12.ª ed., Stuttgart : Günther Neske, 2000, p.13.

¹³ HEIDEGGER, Martin. *Ob. cit.*, p.13.

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, A.. *Ob. cit.*, p. 25.

¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, A.. *Ob. cit.*, p.35. Esse modelo, desenvolvido por Castanheira Neves, parte da afirmação do homem-pessoa (em oposição ao *homo faber* e ao *homo ludens*) como ser comunitário e eticamente responsável. Expressa-se, normativamente, na exigência de fundamento, como argumento de validade. E a validade é aqui entendida na “manifestação de um sentido normativo (de um valor ou princípio) transindividual”. Tal concepção permitirá concluir que apenas haverá direito, verdadeiramente, “com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais” (CASTANHEIRA NEVES, A.. *Ob. cit.*, p.32 ss.).

¹⁶ Também assim FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. Introdução, 2. Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p.80 s..

¹⁷ Sobre a relação entre direito penal e constituição, ver nomeadamente LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996; do mesmo autor, «Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik», in: *Die Rechtsgutstheorie*, org. por Hefendehl, von Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 83 ss.; STÄCHELIN, Gregor, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, *passim*; APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998. Na literatura brasileira, ver, por todos, FELDENS, Luciano, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; e, do mesmo autor, *A Constituição penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁸ LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p.80.

¹⁹ Ver ROXIN, Claus, *Política criminal e sistema penal*, trad. por Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.20.

²⁰ Ver ROXIN, Claus, *Política criminal e sistema penal, passim*.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, «La relación entre sistema de derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada», *Revista de Estudos Criminais*, 27 (2007), Porto Alegre, p.38.

²² “Princípios” e “regras” que são aqui referidos no sentido que lhes é atribuído por ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden : Suhrkamp, 1994, p.71 ss. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5.ª ed., Coimbra : Almedina, 2002, p.1144 s..

²³ Sobre o problema da carência (ou não) de uma especial justificação para a intervenção jurídico-penal, a partir de argumentos constitucionais, ver LAGODNY, Otto. «Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik», in: *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p.83 ss.; BÖSE, Martin. «Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“», in: *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p.89 ss..

²⁴ ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale (1791)*, organizado por Robertino Ghiringhelli e prefácio de Ettore Albertoni, Milano: Giuffrè, 1996, p.203.

²⁵ Também assim, ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», in: *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Madrid: Marcial Pons, 2007, p.444.

²⁶ Ver WINFRIED, Hassemer. «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?» in: *die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos,

2003, p.64. Ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.^a ed., Coimbra : Coimbra Ed., 1993, p.151.

²⁷ A denominada “ofensividade” consiste em uma categoria penal que remonta ao conhecido princípio *nullum crimen sine iniuria*. Entretanto, em sua atual conformação, já não se encontra limitada a um simples e estrito princípio de lesão ou dano. O conceito de ofensividade, cujo desenvolvimento deve-se fundamentalmente à doutrina penal italiana, compreende tanto a lesão, como o perigo ao bem jurídico. A lesão ao bem jurídico e o perigo ao bem jurídico, entendidos como resultados prejudiciais ao bem jurídico produzidos pela ação descrita no tipo, são formas/espécies de ofensividade. Sobre o tema, ver MANES, Vittorio. “Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre”, *ZStW* 114 (2002), 722; do mesmo autor, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2005; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005; e, do mesmo autor, *Ofensividade em Direito Penal*, Porto Alegre, 2009, *passim*. Na literatura alemã, pode-se também encontrar algumas elaborações que se aproximam da idéia central, nomeadamente STÄCHELIN, Gregor, *Strafgesetzgebung*, *ob. cit.*, p.55 ss. e 90 ss.; do mesmo autor, “Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter”, in: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol.1, org. por Lüderssen, 1998, p.239 ss.; HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt a. M., 1991, p.139 ss.; SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland*, Frankfurt a. M., 2008, p.133 ss. (diss. de doutorado). E, por fim, algo semelhante pode também ser surpreendido na tradição anglo-saxônica, com o “princípio de dano ao outro” (*Harm principle to others*), o qual remete aos estudos de John Stuart Mill (MILL, John Stuart, *On Liberty and other essays*, org. por John Gray, Oxford: Oxford Univ. Press, 1998, p.5 ss.; HIRSCH, Andrew von, “Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“”, in: *Die Rechtsgutstheorie*, org. por Hefendehl, von Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p.13 ss.; do mesmo autor, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p.69 ss.).

²⁸ Para uma exposição mais detalhada, ver D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. *Ob. cit.*, *passim*; e, do mesmo autor, *Ofensividade em Direito Penal*. *Ob. cit.*, *passim*.

²⁹ Que se faça coro com os votos de Alberto Silva Franco, por um tempo em que “o direito penal não terá mais transbordamentos, que o façam sair de seus apropriados limites”. E ainda que tarde a chegar. Pois, nas belíssimas palavras do autor, “o tempo não tem comando, nem atende a expectativas. Embora tudo possa parecer, a esta altura, utópico demais, não resisto à tendência de crer no ser humano, de sonhar até às raias do impossível e de não pecar contra a esperança” (FRANCO, Alberto Silva. *Ob. cit.*, p.345).