

DISCURSO JURÍDICO-PENAL: A LEGITIMIDADE HISTÓRICA DO PODER DE PUNIR NOS ESTADOS LATINO-AMERICANOS

Luan Carlos Pereira¹

Andrey Luciano Bieger²

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. O EQUÍVOCO NOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL. 3. A NORMA COMO FONTE DO PODER PUNITIVO. 4. O PAPEL DA DOGMÁTICA PENAL NA LIMITAÇÃO DO *POTESTA PUNIENDI*. 5. A CRIMINALIDADE COMO LEGITIMADOR DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL. 6. O DISCURSO JURÍDICO-PENAL EUROPEU. 7. A CRISE DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO NA AMÉRICA LATINA. 8. A INFLUÊNCIA POR TRÁS DO DIREITO PENAL LATINO-AMERICANO 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente ensaio visa a análise do discurso jurídico-penal latino-americano e suas raízes europeias, partindo da concepção histórica do Direito Penal até chegar a crise do moderno discurso jurídico-penal. Por muito tempo os discursos legitimantes do Direito Penal, basearam-se na oposição do Estado aos índices de criminalidade, com ampla influência no modelo europeu de combate ao “inimigo” social, o criminoso. Modelo esse que fundamentou os traços do sistema penal latino-americano, que ainda hoje encontra-se em vigor a vilipêndio do Estado Democrático de Direito. Dessarte, o compêndio que se apresenta, traçará as raízes históricas do discurso jurídico-penal latino-americano, por meio da análise – estudo bibliográfico – do discurso jurídico-penal e sua influência legitimadora.

Palavras-chave: Direito Penal. Fundamentos Históricos Penais. Discurso Jurídico-Penal. *Potesta Puniendi*. Criminalidade. Direito Latino-americano.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal e a história da humanidade sempre estiveram entrelaçados; apresentados em um único contexto, qual seja, o conflito entre os homens que deu origem ao Estado, sendo este o resultado do desenvolvimento cultural de determinado povo. O Direito Penal é, precipuamente, a individualização de um povo, traçado por sua cultura e valores³, adequando-se ao momento histórico, como o espelho *Ojesed*, que reflete à imagem que o povo deseja ver, mas não o que realmente deveriam perceber, isto é, à realidade por trás do espelho.

O *jus puniendi*, transpôs as barreiras de *Chronos*, legitimando-se século após século com o desenvolvimento das sociedades, instituindo à necessidade de um ramo do Direito voltado à segurança da comunidade, institucionalizando a vingança privada⁴. Impede-se, assim, por meio do contrato social, os riscos originado pela

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: lcpluanpereira@gmail.com

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. Mestre em Direito (UNOCHAPECÓ). E-mail: andrey@uceff.edu.br.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed, 2008.

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro Revan, 2009.

conduta humana e, principalmente, à guerra de todos contra todos, que poderiam dilacerar a ordem comunitária⁵.

Sob o manto da paz social, doutrinas e ideologias surgiram, desenvolvendo-se através dos séculos, por meio de um discurso jurídico-racional do Direito Penal, que buscava dá-lhe legitimidade⁶. Sucedeu-se do jusnaturalismo ao positivismo jurídico, e, principalmente na virada do século XIX para o século XX, enunciou-se a moderna teoria do Direito Penal, denominada de Dogmática⁷, que buscou legitimar com maior fervor o discurso jurídico-penal.

O formato penal moderno, tomou como fonte a ideologia liberal, qual, tendo abscôndito em seus ideais mais intrínsecos a cisão social, e, substancialmente, o domínio da classe hegemônica sobre as demais⁸. O refúgio dos desfavorecidos, tornou-se a arma que os elimina. O Direito Penal desvinculou-se de seus princípios basilares de impedir o arbítrio exacerbado do Estado⁹, assumindo a função de defensor do poder daqueles que o detêm.

2. O EQUÍVOCO NOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL

Os fundamentos históricos do Direito Penal são tão antigos quanto os do Estado; por assim ser, a maioria dos manuais e ensaios sobre essa ramificação do Direito, partem da dicotomia Direito-Sociedade. Nos traços de suas obras, emitem a imprescindibilidade de normas jurídicas para regular o convívio em sociedade¹⁰, pois o Direito Penal está para a sociedade, como a soberania para o Estado.

⁵ CASTILHO, R. **Filosofia geral e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1899.

⁷ BITENCOURT, C. R. **Tratado De Direito Penal – Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

⁹ “Veio o Estado, última forma do desenvolvimento da vida colectiva, e as suas instituições incompatíveis com a estrutura e as instituições das tribus, dos aggregados de character gentilicio, não podiam deixar de acarretar a ruina destas ultimas. Os institutos da vingança do sangue e da composição foram dos que resistiram com maior tenacidade, mas, feridos de irremediável declínio, porque tinham perdido toda a sua razão de ser, tambem os levou a força oriunda das novas circunstancias e relações sociaes. O poder publico, que começou por ser arbitro, acabou por fazer-se juiz ; só elle tem o direito de punir por amor da paz interna, pax regis, e a pena individua-Bsou-se, recahindo afinal somente sobre o culpado.” [SIC] (VON LISZT, 1899, & LIV, prefácio.)

¹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro Revan, 2009.

Certamente não há desacerto nenhum dos autores, há a necessidade de regulamentos para manter a harmonia social¹¹. A história nos traz, bem como a filosofia, os motivos pelos quais o homem se organiza em sociedade por meio de um Estado que detém o *potesta puniendi*. “O homem precisou de leis para disciplinar a própria selvageria e para domar os seus próprios instintos”¹².

Nesse diapasão, Bitencourt¹³ instrui que falar de Direito Penal é falar indiretamente de violência, visto que a criminalidade, hodiernamente, é um fato social ínsito da sociedade. O delito é a consequência do enfraquecimento dos controles sociais, não ocorrendo somente em sociedades subdesenvolvidas ou, mesmo, estipular-se espécies de crimes para uma ou outra sociedade. Em menor ou maior habitualidade, o delito é praticado em todas as sociedades, pois onde existe ser humano, haverá o crime¹⁴.

É indubitável a influência do homem como um ser atávico, que ocupa livros e discursos políticos, pondo o Estado como centro de neutralização dos conflitos sociais e, máxime, do inimigo ôntico¹⁵. Por meio disso, legitima-se o *jus puniendi* estatal e seu discurso jurídico-penal, tornando o Estado como único legitimado para impor sobre o homem a punição por seus atos¹⁶.

Ensina Zaffaroni¹⁷ que, “o Estado é uma arena política, na qual lutam as pulsões do direito humano para conter aqueles do direito inumano, ambas com suas respectivas tendências à redução e à expansão do poder punitivo e de sua seletividade”. Assim sendo, os dogmas penais variam no tempo e no lugar que se encontram, influenciados pelo discurso jurídico-penal dominante, tendendo a exacerbação do punitivismo, por meio da (re)legitimação no sistema punitivo influído pelos fundamentos históricos – equivocados, muitas vezes – penais e da “necessidade” de um direito sancionador para a paz em sociedade.

À vista disso, anota Batista¹⁸ à necessidade de “questionar imediatamente as

¹¹ Ibidem.

¹² CASTILHO, R. **Filosofia geral e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 268.

¹³ BITENCOURT, C. R. **Tratado De Direito Penal – Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁴ DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 (Texto originalmente publicado em 1895).

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO?**. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Año 3, Nº 6; Agosto 2015. p. 32.

¹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro Revan,

formas de aparição histórica do direito, para contornar riscos idealistas [...]” que possam persuadir os operadores do Direito e, inclusive, o desdobramento das teorias penais¹⁹.

À vista disso, equivocam-se os que reputam o marco histórico do Direito Penal, à violência entre os homens em seu convívio social. O Direito Penal tem sua gênese na busca de limitar o poder estatal, vale dizer, impedir que o Estado ao assumir a função de estabelecer punições, possa, ao seu livre arbítrio, ultrapassar os limites do que seria justo, ou, até mesmo, usá-las como forma de manutenção de poder.

3. A NORMA COMO FONTE DO PODER PUNITIVO

As normas penais, previstas no Código Penal e Leis Extravagantes, são o conjunto de regras e princípios que tutelam os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade, bem como limitam o *potesta puniendi*. Nesses termos, “a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas”²⁰.

Nos ensinamentos de Juarez Cirino²¹, o “Código Penal, estatuto legal que define crimes e prevê penas e medidas de segurança, é o centro do programa de política penal do Estado para controle da criminalidade. As penas criminais constituem o instrumento principal da política penal do Estado [...]”. Esta formulada pelo Poder Legislativo, com o propósito de dar origem a um Direito Penal mais humanitário e desenvolvido, desvinculando-se das raízes do passado.

Entretanto, não é o que se tem visto. Os membros do legislativo, ignorando por completo a função limitadora do Direito Penal, “criam novas infrações penais, almejando, com isso, satisfazer os desejos da sociedade, que se deixa enganar pelo discurso repressor do Direito Penal”²². Discurso esse, que décadas atrás foi o

2009. p. 17

¹⁹ Para Batista, o “mais grave desses riscos e aquele que Mialle chama de ‘universalismo a-histórico’; na medida em que as idéias [SIC] constituíssem a matriz da realidade, a história do direito seria autônoma e destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito fora produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas.” (2009, p. 17-18)

²⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed, 2008. p. 4.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. Nota do Autor.

responsável por legitimar as barbáries nazistas, um verdadeiro Direito Penal do medo, sem nenhuma garantia²³.

Zaffaroni²⁴, lapida sua obra – Direito Penal humano ou Inumano – no mártir que viveu a sociedade durante o período que se legitimou o Direito de Punir do Estado por si mesmo – Direito Penal do Inimigo –, originando um arbítrio sem limite, junto ao terror social “cometido por agentes do poder punitivo estatal”²⁵ autorizado por Leis legitimadoras. Um Estado sem o limite do Direito Penal ou que o desvirtue, torna-se mais perverso que a fantasia do mais cruel assassino. Os mais trágicos e cruéis ataques a dignidade humana, foram proporcionados por Estados que se diziam protetores da sociedade, e um Direito Penal de discurso jurídico-penal repressor.

Nesse diapasão, para o professor de Munique, “a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo”²⁶. Vale ressaltar, a simples descrição de uma conduta, considerada pelo legislador como típica, não pode ter a presunção *juris et de jure*, de legalidade e constitucionalidade. Por assim ser, o bem jurídico deve servir como limitador à interpretação do tipo penal, impedindo que se legitime um discurso jurídico-penal desvinculado da ordem de um Estado Democrático de Direito²⁷.

Diante de tal panorama, é imprescindível uma nova visão sobre o *potesta puniendi*, máxime em relação a descrição das condutas consideradas delituosas que, historicamente, vem passando por uma série de (re)investigações, sobre quais condutas o Direito Penal deve vincular. “O penoso avanço da contenção do poder punitivo na forma de direito penal de garantias não se desenvolveu historicamente por maturação e reflexão, mas como resultado do pânico gerado pelos massacres”²⁸. O Direito Penal de garantias, deve atuar, principalmente, no âmbito da delimitação das

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO?**. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Año 3, Nº 6; Agosto 2015;

²⁵ Ibidem. p. 27.

²⁶ ROXIN, Claus. **Estudios de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 36.

²⁷ Segundo o professor, os bens jurídicos limitadores da tipificação de uma conduta, ou, mesmo, aqueles que legitimam a criação de um tipo, devem ser palpáveis, isto é, possíveis de serem atingidos **concretamente**. (Cf. ROXIN, p. 50-52.)

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO?**. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Año 3, Nº 6; Agosto 2015. p. 29.

Leis, impedindo que condutas não lesivas possam ser alocadas no âmbito do tipo penal.

4. O PAPEL DA DOGMÁTICA PENAL NA LIMITAÇÃO DO *POTESTA PUNIENDI*

A dogmática penal é a ciência que tem como função o estudo sistematizado do ordenamento criminal, a interpretação e sistematização das leis. Nas palavras de Tavares²⁹, é “uma ciência que pretende estratificar, em conceitos sistemáticos e coerentes, os fundamentos da ordem jurídica dentro de uma determinada ordem social.” Tem por objetivo a segurança jurídica na interpretação e desenvolvimento do ordenamento, permitindo, dessa maneira, uma aplicação justa e equitativa da lei. Traça limites e define conceitos, impedindo, assim, a aplicação arbitrária e irracional da norma penal, atuando como limitadora – por vezes legitimadora – do “*jus puniendi*”³⁰.

Indubitavelmente, a dogmática “não é, por certo, uma leitura pontilhada da lei; sua técnica procura reconstruir os variados elementos que integram a lei, organizando-os como um sistema”³¹. Por sistema entende-se uma justaposição sequencial de regras e princípios jurídicos, que se harmonizam entre si, regulamentando uma determinada área do direito, mas sem perder a inter-relação com os demais ramos do direito, principalmente, o Constitucional.

Não obstante, hodiernamente, a tendência que segue a dogmática é de uma política intervencionista, levada a efeito sob o discurso do combate à criminalidade e à redução da violência. Política criminal voltada ao endurecimento das medidas contra o crime – e aos que se contrapõe a ela –, legitimada por uma sociedade amedrontada pela mídia e os casos “bárbaros” por ela noticiada, reforçando o “*jus puniendi*” e, por consequência, (re)vivendo o Estado Policial de outrora³². Estado esse que, durante décadas, retirou toda a liberdade do homem em prol da “defesa da nação”, por meio da política criminal intitulada de “política de segurança nacional”, um

²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro Marcial Pons, 2013. p. 273.

³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro Revan, 2009.

³¹ Ibidem. p. 118.

³² TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro Marcial Pons, 2013. p. 273.

discurso jurídico-penal legitimado na década de sessenta (60), que anos depois voltou-se contra o próprio cidadão.

5. A CRIMINALIDADE COMO LEGITIMADOR DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL

A criminalidade é um fenômeno social³³, que independe do nível de desenvolvimento da sociedade, ínsito ao ser humano, propagado como meio de manutenção poder³⁴. Uma sociedade com medo, é um conjunto de cidadãos que dão legitimidade ao atuar arbitrário do Estado, que empregará todo o poder dissuasivo do Direito Penal contra seus opositores.

Indubitavelmente, a criminalidade mistificada e propagada pelos meios de comunicação, dão origem a uma dogmática desinibida – quiçá um retorno a doutrina da segurança nacional –, que impõe ao Direito Penal a

função de eliminação dos inimigos, sejam naturais, declarados ou perdedores; sua tarefa de aniquilação concluirá no massacre desses menos humanos (ou não pessoas) que de fora ou de dentro procuram destruir a suposta ordem orgânica do grupo dos próprios.³⁵

O aumento da criminalidade “serve de pano de fundo para ocultar os fundamentos reais desse confronto”³⁶. Confronto que, representado pelo *potesta puniendi*, organiza-se sistematicamente para combater os “inimigos da comunidade”³⁷, que, na verdade, são inimigos do grupo que encontra-se no poder.

Nesse diapasão, Santos leciona que

os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidade dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.³⁸

³³ DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 (Texto originalmente publicado em 1895).

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010. p. 27-28.

³⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro Marcial Pons, 2013. p. 274.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 6º ed, Curitiba: ICPC, 2014. p. 7.

Destarte, impõe-se a Dogmática Penal o desenvolvimento dos traços contemporâneos da limitação do *potesta puniendi*, impedindo que o Direito Penal se torne uma arma na mão daqueles que detêm a competência para legislar³⁹, criminalizando condutas impelidos pelos meios de comunicação. Diante disso, O judiciário e o Direito Penal são a última fronteira entre o arbítrio e a impunidade, impedindo que condutas legítimas e socialmente aceitas, sejam criminalizadas, ou que condutas lesivas sejam descriminalizadas, sob o comando da classe dominante⁴⁰. Isto posto, o Poder Judiciário deve assumir a função de guiar o *potestas puniendi*, mas não o de executá-lo⁴¹.

6. O DISCURSO JURÍDICO-PENAL EUROPEU

Os discursos de (re)legitimação do sistema penal, trazem como premissa à impossibilidade da existência de uma sociedade, sem o seu mecanismo repressor. A abolição do Direito Penal, pressuporia um controle da taxa de natalidade, dos mercados financeiros e, precipuamente, da utilização racional dos recursos disponíveis, que “eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência”⁴².

Nesse diapasão, segundo parte da doutrina, pensar em um Estado sem o Direito Penal para resguardá-lo, tão só vinculado ao controle social informal, é errôneo e inconcebível. As Reformas sociais e o controle comunitário pelas próprias concepções de justiça de um povo, não são capazes de reduzir a criminalidade, pois essa está arraigada nas sociedades compostas por homens⁴³.

³⁹ “(...) as leis exercem um papel de arbitragem importante, nem sempre mais democrático, porque, no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante” (SILVA, 2013, p. 132)

⁴⁰ Na idade média não existiram feiticeiras até que se começasse a falar e escrever sobre elas. Ideia essa, propagada pela fé cristã, legitimando a perseguição a diversas pessoas, quais eram consideradas inimigas de Deus, pois iam de encontro a fé. Um regime inquisitorial, donde os fortes prevalecem sobre os mais fracos. Será que é esse o caminho que queremos para o Estado? Qual usa do Direito Penal em “nome da sociedade” para legitimar todos os seus atos! (SPRENGER; KRAMER 2015)

⁴¹ A execução da pena deve ser exercido pelos órgãos policiais, servindo o judiciário como guia e intérprete da lei, aplicando-a nas conformidades dos princípios que a regem. Cabe destacar, que não é função do judiciário punir e, muito menos da legislação penal voltar-se para a punição. Ambos tem a finalidade de assegurar requisitos mínimos para que alguém seja punido pelos órgãos punitivos - este sim- responsáveis por executar a pena. Cf. CARVALHO, Salo. **PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

⁴² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

⁴³ Ibidem.

Uma das suas principais indagações (re)legitimadoras, é refutar a crítica daqueles que buscam deslegitimar o Direito Criminal, por meio do argumento de que a profetização futura do Direito Penal é algo complexo, qual requereria aceitá-lo como um mal necessário para o bem da comunidade. Para Roxin⁴⁴, tal argumento é errôneo, pois é possível a convivência pacífica com o Direito Penal, sem torná-lo um mal necessário.

Segundo o discurso jurídico-penal (re)legitimador, é inconcebível um Estado sem o Direito Penal para resguardá-lo, pois, “a situação do delinquente não melhoraria se o controle do crime fosse transferido para uma instituição arbitrária independente do Estado”⁴⁵. Passar o controle da criminalidade para os meios informais, é entregar nas mãos da sociedade a sanção do delinquente, e sem o “controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social”⁴⁶. A discriminação implantada pela sociedade, pode ser pior que o exercido pelo Estado, por isso a necessidade do Direito Penal.

Nas palavras do catedrático de Munique,

[...] quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade.⁴⁷

Isto posto, não importa o nível de desenvolvimento da sociedade ou às reformas sociais realizadas pelo Estado; a criminalidade estará presente de forma contundente. Por esse motivo, há a necessidade do desenvolvimento de um Direito Penal voltado a reduzir esses riscos, vinculados ao convívio social harmônico. O discurso jurídico-penal traz como premissa, à necessidade do Direito Penal para a exata regulação social, impedindo a sanção privada e, principalmente, a

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem. p. 4.

⁴⁶ Ibidem. p. 5

⁴⁷ Ibidem. p. 4.

impunidade⁴⁸.

7. A CRISE DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

O Sistema Penal é formado por meio de um discurso jurídico-penal, que, há anos, passa por uma crise sem precedentes. E, como em qualquer crise, operam-se mecanismos de negação buscando demonstrar a segurança de outrora⁴⁹. Porém, a tentativa de (re)legitimar Direito Penal a partir de sua racionalidade, isto é, por meio do discurso jurídico-penal, nos últimos anos, tornou-se insustentável⁵⁰.

Como medida de recuperar a imperatividade do discurso, utiliza-se de mecanismos de persuasão, na tentativa de demonstrar a segurança transmitida pelo Direito Penal em tempos passados⁵¹. O aumento da pena é uma forma de negação a deslegitimação do Direito Penal, impondo-se o “deve ser” sobre o “ser”; mas esquece-se o legislador que, um não pode viver desvinculado do outro. É notório a busca para alcançar uma planificação do discurso de legitimação, para que ele retorne a racionalidade de outrora. Entretanto, sem observar os fatos (mundo do ser) e, principalmente, sua influência social, deslegitima-se o discurso Jurídico-penal, pois não mais funciona como impeditivo do arbítrio estatal, tendo se sucumbido a ele⁵².

O discurso jurídico-penal, ensinado ainda hoje nas Universidades de Direito – principalmente na América Latina –, teve entre seus influenciadores a Criminologia Positiva do século XIX. O foco positivista foi lapidar uma teoria voltada para estereotipar os delinquentes, considerados inferiores psicologicamente, ou subdesenvolvidos em relação a raça humana⁵³.

Para o discurso jurídico-penal positivista, o criminoso era um ser atávico, que não deveria possuir garantia alguma frente ao Direito penal. Esse discurso prevaleceu durante grande parte do século XX, e ainda hoje mostra-se como legitimador da

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte general**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. 2. ed. Diéto-Manuel Luzón Peña. Madri Thomson Civitas, 2006.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

⁵⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro Marcial Pons, 2013.

⁵¹ Ibidem.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **CRIMINOLOGIA**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

exacerbação punitiva, principalmente na América. Mas, esquecem-se os doutrinadores latino-americanos, que a “nossa própria região marginal é pintada como atávica, de acordo com a tradição do paradigma lombrosiano ou neocolonialista racista”⁵⁴.

Não obstante, o discurso que compõe e legitima o Sistema Penal latino-americano, provém da Europa e das doutrinas neocolonialistas de outrora. As prisões e as teorias punitivistas foram formuladas para manter a organização europeia, afastando-se das sociedades desenvolvidas “seres” capazes de perturbar a ordem, entre eles, os de cultura latino-americano⁵⁵.

Um sistema penal baseado no discurso jurídico-penal europeu, vem à América fadado ao insucesso. As agências punitivistas que, na Europa, voltam-se apenas contra aqueles que perturbaram os dogmas sociais dominantes, na América servem como fonte de ditaduras e genocídios, para eliminar os que se oponham ao regime dominante⁵⁶. Mas, mesmo assim, tais teorias são importadas para as nações neoamericanas, servindo como fonte de legitimação para o Direito Penal. Contudo, adaptar um discurso jurídico-penal desenvolvido em uma sociedade majoritariamente diferente é inconcebível.

8. A INFLUÊNCIA POR TRÁS DO DIREITO PENAL LATINO-AMERICANO

O Direito Penal transcende os murros acadêmicos, vinculando toda a sociedade de qual pertence. Contudo, muitas vezes, as prescrições contidas em leis e doutrinas, tornam-se apenas folhas de papéis ou ensinamentos desvirtuados, diante de um Estado Policial. Assim sendo, achar que os limites impostos na utilização dos discurso jurídico-penal ideal serão assegurados, é um equívoco⁵⁷.

O discurso jurídico-penal teve seu ápice no século passado, principalmente na Alemanha, desenvolvendo-se de tal maneira, que hoje aplicam-se as teorias alemãs

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010. p. 170.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

em todo Continente Latino-Americano⁵⁸. Muitas dessas teorias desenvolveram-se durante a República de Weimar, que mais tarde legitimaram o Nacional-Socialismo. Prova que, mesmo Teorias voltados à sociedade, tendem a serem manipuladas, para que futuramente sirvam em prol do punitivismo exacerbado⁵⁹.

Segundo Muñoz Conde, o

[...] Derecho penal en la época de la República de Weimar [...] repercutió luego en la actitud que muchos de los penalistas de la época adoptaron frente al régimen nacionalsocialista, al que no sólo miraron con simpatía, sino también abiertamente apoyaron con sus teorías y elucubraciones dogmáticas.⁶⁰

Indubitavelmente, por trás do discurso jurídico-penal “garantista”, guarda-se grande influência de teorias ditatoriais, mesmo em um Estado Social ou Democrático de Direito. Grandes penalistas da República de Weimar estiveram ao lado do regime Nazifascista, utilizando de suas doutrinas penais para legitimá-lo. Um exemplo marcante é Mezger, qual contribuiu para o regime nazista com suas teorias⁶¹. Teorias estas que, inclusive, ainda hoje influenciam a dogmática latino-americana e seu discurso legitimador⁶².

Os países latino-americanos, trouxeram para seus ordenamentos jurídicos as principais teorias da época do nacional-socialismo. A influência que o regime nazista exerceu sobre os jovens penalista da época, lapidou as concepções do Direito Penal

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

⁶⁰ Ibidem. p. 33

Tradução livre: O Direito Penal da época da República de Weimar repercutiu mais tarde na atitude que muito dos penalistas da época adotaram em relação ao regime do Nacional-Socialismo, qual não olhavam apenas com simpatia, mas também apoiavam abertamente com suas teorias e especulações dogmáticas.

⁶¹ “Un ejemplo representativo de esta actitud puede ser el caso de Edmund MEZGER, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, cuyo Tratado de Derecho penal (1.- ed. 1931) es una de las obras más acabadas de la Dogmática jurídicopenal de aquella época, acogiendo los postulados teóricos y filosóficos del neokantismo y de la más puras esencias de la Ciencia jurídica tradicional alemana, y que, sin embargo, posteriormente, en la época nazi no tuvo empacho, no sólo en colaborar con la reforma penal puesta en marcha por el régimen nacionalsocialista, sino en darle cobertura pretendidamente científica a leyes represivas de carácter racista y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza aria y la pureza de la sangre.” (MUÑOZ CONDE, 2003. p. 33-34)

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

que hoje vigem nos Estado Democráticos de Direito⁶³.

Dentre as teorias importadas, destaca-se a Teoria Finalista da Ação, concebida por Welzel na década de trinta (30)⁶⁴. Os estudos do sistema desenvolvido pelo finalismo, guarda semelhança com o Direito Penal da vontade, desenvolvido pela Escola de Kiel, uma das principais responsáveis por lapidar conceitos e doutrinas para legitimar a atuação nazista no Direito Penal⁶⁵. Apesar dos estudos de Welzel não influenciarem diretamente o regime, suas concepções teóricas do Direito Penal, relacionavam-se em alguns aspectos com as ideologias do nacional-socialismo⁶⁶.

Tanto as teorias de Mezger quanto as de Welzel chegaram aos Países Latino-Americanos, exercendo, ainda hoje, forte influência nos ordenamentos jurídicos. O discurso jurídico-penal latino-americano, é o resultado da junção do arbítrio estatal com os discursos punitivistas europeus.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico-penal latino-americano se volta para o punitivismo exacerbado, sob a premissa histórica da imprescindibilidade do Direito Penal como elemento nuclear da organização social. Assim, o sistema penal – latino-americano – é considerado como recurso ínsito ao Estado, necessário para a manutenção da Lei e da ordem.

Discurso que entrou em decadência no pós-guerra, que demonstrou a ilegitimidade do Direito Penal como órgão limitador do *potesta puniendi*, servindo como fonte de legitimação contra os inimigos da comunidade, por meio de normas penais iníquas. Entretanto, esses discursos jurídicos – que legitimaram o nacional-socialismo – foram importadas à América Latina, e, seus ordenamentos jurídicos formulados a sua imagem.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

⁶⁴ Cf. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. p. 91.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945**.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

⁶⁶ “Valga de cita el caso de Hans WELZEL, el creador de la teoría final de la acción, que sin haber incidido directamente, como MEZGER, en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, desarrolló ya en aquella época una concepción teórica del sistema del Derecho penal afín en algunos aspectos a la ideología nazi.” MUÑOZ CONDE, 2003, p. 34)

À vista disso, a dogmática penal deve insurgir-se contra o discurso atual, desenvolvendo mecanismos para aprimorar o Direito Penal latino-americano, dando uma resposta que proporcione aos operadores do Direito, o melhor panorama à interpretação e sistematização das normas penais.

O “novo” panorama penal, deve partir da vinculação entre o “deve ser” e o “ser”, tendo como premissa as necessidades culturais da sociedade a que se vincula. Desse modo, torna-se imprescindível o desenvolvimento de um discurso jurídico-penal adequado ao bem social e ao Estado Democrático de Direito que rege os países latino-americanos, impedindo que os discursos de “Segurança Nacional” deturpem o ordenamento jurídico.

Dessarte, o discurso jurídico-penal deve ter como supedâneo os Direitos Humanos e Constitucionais, quais, não determinam os modelos de punição permitidas, mas, ao contrário, determinam limites que uma sociedade punitivista não deve ultrapassar. Por assim ser, o melhor discurso penal é aquele que afasta a necessidade do Direito Criminal como órgão sancionador, pois o Direito Penal não tem a função de punir, mas sim o de servir como semáforo do *potesta puniendi* estatal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro Revan, 2009.

BITENCOURT, C. R. **Tratado De Direito Penal – Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 1 – parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo. **PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CASTILHO, R. **Filosofia geral e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 268.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 (Texto originalmente publicado em 1895).

ESTEFAM, André. **Direito penal 1 – parte geral – artigos 1 ao 120**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **DIREITO PENAL DO INIMIGO: Noções críticas**. Org. e Trad. André Callegari; Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Derecho Penal Parte general**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. 2. ed. Diéto-Manuel Luzón Peña. Madri Thomson Civitas, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed, 2008.

_____. **Direito Penal - Parte Geral**. 6º ed, Curitiba: ICPC, 2014.

SILVA, José Afonso. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **CRIMINOLOGIA**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro Marcial Pons, 2013.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO?**. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Año 3, Nº 6; Agosto 2015;

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR

XIII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)

23 de novembro de 2020

_____. **Em busca das penas perdidas:** A perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

_____. **O Inimigo no Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.