

Sobre a Arquitetura de um Direito Penal da Segurança *

Winfried Hassemer

*Professor da Universidade de Frankfurt e Vice-Presidente do
Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.*

I – SITUAÇÃO

Mais ou menos desde os anos 80 do século passado podem-se constatar mudanças no Código Penal da República Federal da Alemanha e no discurso público sobre o referido Código Penal, as quais estão promovendo uma reorganização na relação existente entre liberdade e segurança, com uma clara vantagem em prol da segurança. Tais mudanças dizem respeito ao Direito Penal material, ao Direito Processual Penal e ao discurso político-penal em geral. Em consequência dessas mudanças, o Direito Penal está evoluindo para um Direito de Prevenção de Perigos, que tem como alvos imediatos o estabelecimento e a manutenção da segurança. Essa evolução tem consequências bastante sérias.

I.1 Direito penal material

a) Proibições e ameaças penais

No Direito Penal material, essa evolução realiza-se no momento em que as margens de ação dos cidadãos estão sendo cada vez mais restritas através de proibições jurídico-penais. O Direito Penal material se estende mediante a aplicação daqueles instrumentos que sempre possui: mediante novas proibições, mediante uma agravamento de proibições já existentes e mediante ameaças penais mais rigorosas. Essas reformas concentram-se em todos os setores da criminalidade moderna, notadamente nas áreas da economia e meio ambiente, processamento de dados, entorpecentes, mas também em diversas formas de manifestação do Direito Penal secundário.

Corpos de delito que levam modos de conduta a serem submetidos, pela primeira vez, a uma penalidade são encontrados principalmente nos

* Tradução de Tito Lívio Cruz Romão.

campos da proteção ambiental e da economia. Podemos encontrar exemplos de agravação das ameaças penais na área de delitos que envolvem entorpecentes.

b) Delitos de perigo abstratos

Com uma concentração cada vez maior, o legislador está a fazer uso da técnica de proteção fáctica do delito de perigo abstrato. É verdade que essa forma de delito já é bem conhecida há muito tempo – e com razão – no Direito Penal. Seu acúmulo, todavia, é uma característica de criminalização explícita. Delitos de perigo facilitam ao juiz penal a comprovação do fato e dificultam a defesa do denunciado; eles são uma descrição pobre em características de injustiça jurídico-penal, os requisitos de punibilidade por eles exigidos são parcos e comparativamente fáceis de serem acessados. Ademais, delitos de perigo abstratos deixam esmaecer a injustiça jurídico-penal e a culpa do autor, porque eles – à diferença dos delitos de lesão clássicos – somente exigem como requisito de punibilidade uma ação perigosa contra bens jurídicos e não mais uma lesão de bens jurídicos.

c) Bens jurídicos

Também a tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais de uma pessoa torna o Direito Penal difuso e muito amplo. Essa tendência produz bens jurídicos universais com uma semântica vaga. Permite ao legislador penal a criminalização de quase todos os tipos de condutas desviadas e roubam ao conceito de bem jurídico seu potencial de controle. Assim, por exemplo, a manutenção da saúde pública ou a proteção do mercado de capitais são alvos da legislação penal, sob cujo teto podem ser abrigadas, sem serem molestadas, muitas proibições de cunho jurídico-penal.

Em combinação com isso, existe uma mudança de função do conceito de bem jurídico: enquanto esse conceito, segundo sua própria tradição, tinha o sentido negativo de impedir o legislador de impor penas a modos de conduta para os quais não se logra encontrar um bem jurídico, no discurso político-penal vem-se impondo paulatinamente a visão – empregada positivamente – de que o legislador deverá salvaguardar tudo o que puder ser considerado bem jurídico, ainda que tenha de recorrer à pena. Essa mudança funcional é radical e de longo alcance para os limites de imperativos e proibições de natureza jurídico-penal. Agora, o conceito de bem jurídico passa a proclamar uma nova mensagem totalmente diferente.

1.2 Direito penal formal

As mudanças ocorridas no Direito Processual Penal também são caracterizadas por agravações e ampliações de controles jurídico-penais. Nas

décadas passadas, as reformas se concentraram sobretudo no processo investigatório, tendo ampliado e agravado, nesse campo, os instrumentos de intervenção. Em decorrência desse fato, trouxe-se uma nova luz para pôr em evidência, no âmbito do Direito Penal formal, princípios tradicionais, tais como indício de criminalidade como condição legitimadora de investigações no processo penal ou o caráter fundamentalmente aberto de investigações.

a) Sigilo das investigações

No processo penal moderno, houve um aumento vertiginoso dos métodos de investigação, sobre cuja aplicação os indivíduos diretamente afetados nada sabem e nada podem saber. Por um lado, isso se deve à moderna tecnologia de comunicações, por exemplo, através de serviços de escuta e de observação. Se as pessoas que estão sendo observadas se dão conta desse fato, a observação geralmente perde, com isso, seu sentido. Além disso, o sigilo das investigações é, no processo penal, uma resposta sempre adequada à utilização de tais tecnologias por muitos de nós e obviamente também pelas próprias pessoas suspeitas. O processo investigatório não mostrará mais aparato de Estado de Direito, caso se mostre mais atrasado tecnologicamente. Na verdade, não existe, aqui, uma proibição de métodos. Por fim, deve-se levar em consideração que o legislador, com o apoio dos tribunais penais e do Tribunal Constitucional Federal, vem tentando, em muitos órgãos, na qualidade de contrapeso em relação a essa evolução, formular uma obrigatoriedade de informação dos indivíduos afetados, tão logo permitam as investigações penais.

Deve-se levar igualmente em consideração que a situação de uma pessoa que nada sabe acerca das investigações que estão sendo levantadas contra ela difere fundamentalmente daquela que está ciente de que estão ocorrendo investigações penais. Em ambas as situações, as chances de se adequar às investigações e organizar a sua conduta externa de maneira condizente com a situação distribuem-se de forma bem diferenciada; no processo penal, mas também e em especial no processo investigatório, essas chances têm uma grande importância.

b) Investigações contra terceiros

Também é uma consequência das modernas tecnologias de comunicações o fato de as investigações no âmbito do Direito Penal se estenderem em uma maior dimensão a terceiros não interessados. A observação policial de longo prazo, o emprego de investigadores ocultos, a escuta telefônica ou até o rastreamento de pistas são instrumentos investigatórios que forçosamente também atingem terceiros não interessados e os inclui na rede das investigações. Nesse ponto, o legislador alemão decerto fortalecer ainda mais o efeito de difusão, ao estender tais métodos investigatórios conscientemente a “pessoas acompanhantes” não interessadas. Com isso, ele ten-

tou dar um novo enfoque ao princípio jurídico-penal da tipicidade, o qual, enquanto base legitimadora, deverá justificar lesões em direitos fundamentais contra pessoas que deverão ser consideradas como inocentes. Embora não haja, contra essas pessoas, nenhum indício de criminalidade, elas são envolvidas nas investigações.

A Teoria Geral do Processo ainda terá de elaborar essas transformações que ocorreram nas bases do Direito Penal formal e vão desde uma reconstituição conceitual, sistêmica e normativa da tipicidade, passando pela possibilidade de justificativa de investigações penais contra terceiros não interessados, até às conseqüências jurídicas de ordem prática, tais como obrigatoriedade de prestação de informações pelos órgãos investigadores ou ordens de cancelamento de dados referentes a “terceiros” em casos particulares.

c) Investigações preliminares e intercâmbio de dados

Em muitas outras áreas, pode-se observar que as necessidades de controle da sociedade de risco moderna levam a uma intensificação e a uma ampliação de lesões formais também no Direito Penal. Isso vale, por exemplo, para as chamadas investigações preliminares, que antes da existência de uma tipicidade já devem estar justificadas como lesões controladoras, vale também para as crescentes necessidades de intercâmbio de dados entre a polícia e outras instituições que coletam de informações, tais como os serviços secretos, e deixa-se observar também na derrocada dos princípios da proteção de dados – uma evolução que faz com que esse outrora bem importante e privilegiado princípio atualmente seja considerado, por advogados e pela polícia, sobretudo como obstaculizador de uma atividade investigatória eficaz.

A frase “proteção de dados é proteção de criminosos”, embora por linhas meio tortas, exprime isso com uma persuasão decisiva. O fato de um cidadão honesto nada ter a ocultar (não tendo, conseqüentemente, nada a objetar contra o intercâmbio de dados) é a melodia moral-social dessa evolução; e o fato de não precisarmos nos fazer artificialmente de mudos e também termos de poder usar os dados que já possuímos, sua melodia político-penal.

d) Acordos no processo penal

Por fim, o chamado “negócio” é um indicador da derrocada de uma cultura do processo penal, na qual não apenas importa a eficácia de investigações, mas também que as pessoas sejam protegidas da melhor maneira possível e providas de direitos. Essa técnica da negociação dos resultados de um processo penal mediante a lesão cometida contra os princípios tradicionais da publicidade da audiência judicial, essa técnica do envolvimento, na busca da verdade de todas as pessoas afetadas, e essa técnica do impe-

rativo de averiguar eficazmente os fatos já se encontram, nesse ínterim, firmemente estabelecidas e também evitaram no final que o legislador restabeleça, na prática, as estruturas tradicionais da busca formalizada da verdade. Também, aqui, “eficiência” é o motor central do desenvolvimento, e a força desse motor ameaça as “formas salvaguardadoras” que, no Direito Penal, tencionaram manter, desde o início do século XIX, os direitos das pessoas afetadas pelo processo penal e constituíram a cultura desse processo.

I.3 Discurso político-penal

a) Estado

No discurso político-penal de nossos dias, não mais se vê um confronto entre o Estado ameaçador da liberdade e o cidadão defensor de sua liberdade, pois as linhas desse combate sofreram um deslocamento radical. Ao contrário do que outrora ainda se imaginava à guisa de modelo em uma situação histórico-teórica, pois direitos fundamentais eram considerados principalmente direitos de defesa contra o Estado, as ampliações de proibições jurídico-penais e as agravações de controles jurídico-penais não se impuseram, em absoluto, como interesses hegemônicos do Estado como se fora o Leviatã contra a vontade de uma população amante da liberdade.

Entrementes, o Estado realizou uma mudança fundamental em seu papel perante os cidadãos, inclusive na visão dos cidadãos. No discurso da política de controle e da política penal, o Estado deixou de aparecer como aquele que ameaça interesses de liberdade dos cidadãos (precisando, conseqüentemente, sofrer restrições do Direito). Inversamente, o Estado cresceu e tornou-se muito mais um parceiro, um aliado da sociedade, que é impulsionada pelo medo de riscos e pelo temor diante de crimes e que entende e reivindica o Estado, sobretudo como garantidor de segurança. Nesse discurso, a relação de tensão existente entre liberdade e segurança passou por uma mudança fundamental em favor da segurança, e o Estado corresponde a esses anseios proporcionando segurança aos cidadãos, ao invés de colocar em perigo a liberdade destes. O Estado deixa de ser ameaça de perigo, para ser portador de esperança e aliado.

O *tópos* de um “direito fundamental à segurança”, que fez carreira não apenas na política penal, mas também na ciência, reúne essa evolução entre Estado e cidadãos, entre segurança e liberdade, fazendo-os confluir para um mesmo ponto. Ele brinca com o entendimento tradicional, prolífico e elucidativo de que não existe, no contexto de liberdade e segurança, uma convivência harmoniosa, mas contenda. Ele também supera a idéia de que direitos fundamentais existiriam essencialmente para garantirem a liberdade (obviamente na base e no âmbito de uma segurança fundamentalmente garantida). Ele reprime a tensão em que se colocam a segurança e a liberda-

de uma frente à outra, deixando de lado o conhecimento de que não se pode ter segurança, em nosso mundo, sem restrição de liberdade. Ele ofusca, dessa maneira, a necessidade de se manter o horizonte da liberdade aberto, apesar de todas as aflições e ameaças atuais.

b) Crime

Essa evolução ocorrida nas relações existentes entre Estado e cidadãos, entre liberdade e segurança, ajusta-se às hipóteses que hodiernamente determinam o local, o papel e as tarefas do Direito Penal. Também essas hipóteses têm como marca as seguintes expectativas: os riscos com os quais vivemos estão aumentando de forma ameaçadora, temos de apostar tudo na tentativa de dominá-los, não podemos mais nos dar o luxo da liberalidade ingênua do passado e, por fim, o Direito Penal, com seus sofisticados instrumentos de investigação e sanção, é um instrumento comprovado de controle e dominação de riscos.

Por meio do crime, os criminologistas descobriram a ameaça “presentida” – portanto, a distinção entre a probabilidade real de alguém ser vítima de um crime e o real temor da população diante do crime. Normalmente, esse medo do crime não tem muito a ver com a real ameaça através do crime: de forma natural, temor subjetivo do crime e ameaça objetiva do crime seguem caminhos diferentes justamente naqueles campos, em que se inflama nosso medo de perigos e podemos apelar para o Estado assegurado para controlá-los.

A política penal atual aceita essa reputação e a diferenciação dos criminologistas, trabalha enfaticamente no conceito de medo do crime e coloca no centro dos alvos jurídico-penais a proteção das vítimas. Ela o fez, com razão, em um Estado democrático: as necessidades de segurança da população são um fator político central. Mas não se pode perder de vista que o simples manuseio dessas necessidades podem arruinar, ao longo do tempo, o Direito Penal: o medo do crime é um veneno político-criminal para as garantias e os mecanismos de salvaguarda, dos quais o Direito Penal necessita, seja pelas vias constitucionais, seja por suas tradições de apego aos direitos humanos. Os indícios são bastante visíveis, como mostraremos a seguir.

Conceitos jurídico-penais genuínos, tais como a *ultima ratio* da intervenção jurídico-penal, a personalidade da culpabilidade ou o foco voltado para o autor, passam para o segundo plano de um Direito Penal voltado para a segurança efetiva e para o medo do crime e a proteção das vítimas. Isso se casa muito bem com a transformação funcional anteriormente mencionada do bem jurídico no âmbito do Direito Penal, que passou de um papel negativo e crítico para um papel positivo e criminalizador. Se as aparências não nos enganarem, a evolução já esperada e claramente previsível rumo a um Direito Penal europeu levará, por seu turno, a um nivelamento e a uma redu-

ção das restrições que deverão impedir e limitar a intervenção jurídico-penal segundo a concepção tradicional. Surpreende também a forma como essa evolução converge para a concepção de um “Direito Penal do inimigo”, contrapondo, ao clássico “Direito Penal do cidadão”, uma nova ordem de reação jurídico-penal em relação ao crime, na qual se deixa de garantir aos “inimigos” de nossa ordem jurídica o conteúdo total de dignidade humana e personalidade, o que deverá justificar também a demolição das barreiras à intervenção jurídico-penal. Isso seria o fim de um sonho da modernidade européia: o Direito válido para todos.

1.4 Prevenção de perigo

Se essas evoluções que estão ocorrendo no âmbito do Direito Penal e da política penal forem expressas de forma bem clara, será possível afirmar que o Direito Penal está evoluindo para se tornar um Direito de Prevenção de Perigos. Há muito tempo, as metas clássicas do Direito Penal, tais como retaliação e expiação, passaram para um segundo plano. A prevenção, ou seja, a recuperação de delinquentes, a intimidação de todos os outros e a assecuração da confiança na norma, é paradigma central para o qual não se vislumbra uma alternativa. Em função de uma imensa necessidade de controle, exige-se do Direito Penal eficiência e segurança. Em primeiro plano não se encontra a força restritiva do princípio da culpabilidade, a qual classicamente estabeleceu limites ao Direito Penal, mas tentativas de moderar suas intervenções mediante o princípio da proporcionalidade. Em função do controle e da dominação do perigo, aquelas tradicionais certezas de que no Direito Penal se pronunciam “sentenças indignas” e, por esse motivo, a pessoa do indivíduo afetado deverá ser o centro das atenções, já são conceitos ultrapassados. Em todo caso, esmaeceram e fazem pouco sentido em um Direito Penal reduzido à dominação do perigo e à prevenção de riscos.

Não apenas a política e a prática do Direito Penal, mas também a Teoria do Direito Penal deverá se ajustar a essas evoluções. Diante de suposições no âmbito da política de segurança, não bastará apontar defensivamente que o Direito Constitucional formula garantias que correspondem exatamente às concepções do Direito Penal e que se justificam pelo fato de aqui não se tratar de intervenções demasiadamente intensas na honra, liberdade e propriedade, mas que também se trata, sobretudo, de fazer jus, do ponto de vista “ético-social”, às pessoas afetadas. É tarefa da ciência definir e justificar as fronteiras, até onde o Direito Penal suporta um manuseio das atuais necessidades de segurança e controle e a partir das quais ele põe em risco seu próprio território e perde as características que o destacam, por motivos forçosos, dentro da totalidade da ordem jurídica: personalidade, tutela e proteção. Mesmo um Direito Penal centrado na produção de segurança continua a ser Direito Penal, não passa a ser Direito de Prevenção de Perigos.

Diante dessa situação, a Teoria do Direito Penal e sua política deveriam ter como primeiro objetivo apresentar, de forma clara, as estimativas sobre o ponto da evolução em que nós encontramos e também como é vista a continuidade dessa evolução. Somente quando essas reais suposições foram postas sobre a mesa fará sentido refletir sobre perspectivas de como poderiam ser as feições de um Direito Penal calcado no Estado de Direito nos tempos atuais.

II – SAÍDAS

II.1 Estimativas

Eis a minha estimativa: no Direito Penal, o espaço da Prevenção de Perigos já se está assentado em um fundamento tão profundo e firme que não poderá ser desconstruído em curto prazo. Não importa como seja nossa valoração: no Direito Penal, do ponto de vista prático, somos obrigados a viver com o paradigma da segurança e, do ponto de vista teórico, somos obrigados a contar com ele.

Para ser concreto, não posso ver, por exemplo, que o entendimento normativo de nossa sociedade hodierna e certamente também futura vá permitir a soltura de delinquentes que, embora já tenham expiado sua pena, ainda sejam, no momento da libertação, altamente perigosos para bens jurídicos centrais de outras pessoas. Também não acredito que seja uma obra do acaso a carreira vertiginosa que tem feito a internação de delinquentes como medida de prevenção, um instrumento jurídico-penal que, há algum tempo, quase já esquecêramos; ela reflete, de modo fiel e preciso, as necessidades de segurança e controle de que falamos aqui permanentemente. Conto firmemente com o fato de que atentados terroristas perpetrados na República Federal da Alemanha, do calibre dos ocorridos em Nova Iorque, Madri ou Londres, endurecerão imediatamente nossa sensibilidade de sociedade civil e Estado de Direito, e também estou seguro de que não somos imunes a esses atentados. Com preocupação, observo com que sinuosidades argumentativas os tribunais administrativos tentam salvar a proteção de dados perante um “perigo abstrato” representado pelo ativamento dos chamados “terroristas dorminhocos” – um perigo que ainda não podem analisar de maneira realista, pois não dispõem de instrumentos viáveis para fazê-lo, mas dos quais precisam, todavia, fazer uma estimativa profissional. Aqui o Tribunal Constitucional Federal pelo menos estabeleceu uma linha e deixou claro que perigos abstratos não poderão gerar, fundamentalmente, intervenções em diligências investigatórias.

Para além de tudo isto, penso que toda política penal no Estado de Direito Democrático tem de contar com o entendimento social normativo de sua época – não como se aquela tivesse de imitar este, mas no sentido de que aquela sempre tenha este em mente, ajustando-o em seus cálculos, ela-

borando-o, antecedendo-se a ele, mas mantendo um contato pragmático com ele. Uma política penal racional não se pode dar o luxo de simplesmente deixar de lado o entendimento normativo irracional, por este ser irracional; ela deverá lidar com este, tanto do ponto de vista prático quanto teórico, em vez de se retirar em sua própria racionalidade esotérica. Outrossim, não será a ameaça real através do crime, mas a ameaça “pressentida”, o medo do crime sentido por eleitoras e eleitores, que decidirá, no final das contas, sobre a real política penal.

II.2 Perspectivas

Gostaria, aqui, de distinguir dois possíveis posicionamentos perante metas político-penais, para mostrar onde se encontra a fronteira entre aquilo que não deveria ser negociável através do Direito Penal nem mesmo em tempos de Prevenção de Perigos e aquilo que pode ser considerado capaz de evoluir.

a) Estabilidade

Na minha opinião, algo não negociável mesmo em tempos de Prevenção de Perigos no âmbito do Direito Penal são as características próprias deste. São, para mim, o conjunto de garantias e barreiras contra intervenções, que devem sua existência ao fato de, no Direito Penal, se tratar de uma “sentença indigna do ponto de vista ético-social”. Também se pode falar de “formalização do processamento de conflitos” ou simplesmente de “Direito Penal-Constitucional”. Segundo voz geral, as suposições do Direito Penal em relação a suspeitos condenados testemunhas, vítimas, familiares e todos nós precisam estar em equilíbrio com as garantias penais e constitucionais da personalidade, da tutela e da proteção. Nenhuma outra área do Direito está tão manifestamente voltada para a reserva quanto o Direito Penal, mesmo quando disponibiliza instrumentos que, por vezes, podem causar lesões mais profundas em interesses humanos do que os próprios instrumentos jurídico-penais.

Em um Direito Penal voltado para o perigo, essas garantias precisam ser combatidas, o que também já ocorreu. Aqui expusemos e consideramos uma parte das conseqüências daí advindas.

A formalização do processamento jurídico-penal de conflitos esbarra em uma produção de segurança concentrada, eficaz e imediata pelo Direito Penal. Para exemplificar, o Direito Penal formalizado bloqueia informações por meio de direitos de guardar silêncio e proibições de utilizar provas, impede ações contra crianças com conduta periculosa ou dificulta soluções rápidas quando uma suspeita de delito iminente se encontra em seu estágio inicial. Com isso, o Direito Penal se mostra, perante os olhos de todos, um bloqueador de soluções rápidas e eficientes. Mas enquanto se recorrer à Prevenção de Perigos em lugar do Direito Penal ou, à guisa de exemplo, en-

quanto não se quiser perseguir essa meta com Direito Constitucional ou com um direito de intervenção, não será possível dar adeus às garantias do Direito Penal-Constitucional; ademais, será mister afirmar o caráter pessoal da culpabilidade jurídico-penal perante o controle de coletividades e defender o limite de intervenção na tipicidade perante um profundo exame preventivo de situações perigosas. A aplicação do Direito Penal mediante a inobservância de suas garantias centrais faria oscilar o equilíbrio do Direito Penal-Constitucional e violaria os limites do Direito Penal calcado no Estado de Direito.

Essa estabilidade pode ser facilmente fundamentada, mas, pelo menos em nossos dias, dificilmente logra manter-se. Ela vai de encontro à mesma tendência à qual também se deve a consagração do Direito Penal à Prevenção de Perigos: o interesse premente por segurança, por dominação dos riscos e por um controle rápido e eficaz.

Mas essa estabilidade precisa manter-se frente ao poderoso interesse por uma solução imediata, integral e situativa que pode ser visto, por exemplo, no chamado debate sobre a tortura atualmente em curso, que tenciona sacrificar barreiras contra a intervenção conquistadas em um longo prazo e defendidas penosamente em troca de um impulso simpático aos direitos humanos, mas míope, o qual logo romperia essas barreiras em frente ampla e não apenas justificaria e desculparia a violação da dignidade humana através de prevenção situativa, como também a transformaria, em longo prazo, em um imperativo cobrável por meio de ação judicial.

Ela precisa manter-se perante a necessidade pânica de dissolver uma ameaça, cheia de desprezo pelo ser humano, contra a vida de muitas pessoas através de um avião empregado como arma criminosa, em que são trancafiados os inocentes a bordo ao lado dos terroristas, com aquele calculismo também cheio de desprezo pela vida humana, segundo o qual sua vida, dos terroristas, já estaria mesmo perdida.

Ela precisa manter-se perante uma política que recusa a proteção de garantias jurídico-penais a uma parte da população e quer transformá-la em “inimigos”, com a conseqüência de que estes serão deixados de fora de quaisquer direitos e que não apenas sobre eles, mas também sobre todos nós, cairá o teto que, nas imagens do Iluminismo, deveria proteger-nos perante uma vida no estado natural: uma vida “solitária, miserável, nojenta, bestial e curta”, sem segurança e sem paz estável, como descreve Hobbes no Capítulo XIII de seu “Leviatã”. Não existe nenhum interesse tão premente na Prevenção de Perigos que pudesse suportar normativamente esse atentado contra a civilidade da modernidade. Ainda que se renunciasse às tradições jurídico-penais da personalidade, tutela e proteção contrariamente à linha que eu aqui apresentei e em favor de um conceito jurídico-penal de Prevenção de Perigos, isso naturalmente ainda não seria o final de uma tutela legal qualquer, pois poderia desaguar, por exemplo, em um “Direito Penal

do Inimigo”; na pior das hipóteses, seria, muito mais, a hora da prevenção de perigo proporcional através do Direito Penal.

Por último, a estabilidade do Direito Penal calcado no Estado de Direito precisa manter-se também e justamente perante muitos pequenos detalhes, onde interesses de controle muito amplos querem impor-se contra a personalidade e a contra a precisão de tradições jurídico-penais, como estamos vendo atualmente com a questão se deveríamos utilizar a apreensão de carteiras de habilitação por ordem judicial-penal visando ao combate da criminalidade em geral ou apenas à segurança do trânsito. Nesses pequenos detalhes, e não apenas nas configurações espetaculares e sofisticadas, mostrar-se-á que força o pensamento jurídico-penal ainda possui frente ao interesse por uma eficiente prevenção de perigos.

b) Abertura

Por outro lado, as doutrinas do Direito Penal e da política penal não podem fechar-se, logo de início, a uma evolução que também quer vincular o Direito Penal à produção de segurança. Isso não ocorre apenas porque uma teoria de nada serve e por isso negligencia as realidades, por considerá-las irracionais e inadequadas, mas principalmente porque a promoção da segurança indubitavelmente também é uma meta do Direito Penal quando e na medida em que esse Direito Penal se consagra ao paradigma preventivo; a recuperação de delinqüentes, a intimidação e a prevenção geral servem para a minimização de crimes e, enquanto metas penais atualmente incontestáveis, entendem o Direito Penal também como produtor de segurança. No enfoque que dão à segurança, o Direito Penal hodierno não difere, portanto, de um Direito de Prevenção de Perigos.

Não obstante, a maneira como isso é realizado em cada caso faz a diferença e concerne às características próprias do Direito Penal. Enquanto um Direito de Prevenção de Perigos torna a produção de segurança sua meta imediata, o Direito Penal somente pode produzir segurança, de certa maneira, indiretamente: através de uma resposta homogênea e adequada ao crime e no âmbito de uma reação mantenedora da liberdade e proporcional. Se quiser justificar sua sentença indigna, o Direito Penal deverá fazer jus à pessoa perante a qual essa sentença é pronunciada, não podendo reprimir esse compromisso com a adequação à pessoa e à justiça de suas intervenções mesmo em tempos de aprimoramento preventivo em escala mundial. No Direito Penal, a esperança e a realização da prevenção de perigos somente são aceitáveis no âmbito de uma resposta adequada à injustiça e à culpabilidade. As conseqüências disso são muitas, como veremos a seguir.

Mesmo não havendo empréstimos retirados diretamente do patrimônio próprio do Direito Penal, existem imperativos da lógica e da justiça sistêmica que soem esmaecer em períodos de medo do risco e necessidades de controle – e de maneira inteiramente injusta.

Assim sendo, um “fechamento para sempre” é uma exigência sem sentido em um sistema que aposta na prevenção de perigos. Na melhor das hipóteses, um Direito Penal da Culpabilidade poderá atuar “para sempre”; afinal de contas, isso tem a ver com passado conhecido e não com futuro em aberto. Por essa razão, ele pode determinar com precisão a adequabilidade de sua reação, para agora e para sempre. Para um Direito Penal da Culpabilidade, um “fechamento para sempre” (já) não fracassa na lógica, mas (apenas) na Constituição que garante uma perspectiva de liberdade também para condenados à prisão perpétua. Em contrapartida, um conceito de “manutenção da segurança para sempre” é estupidez ou populismo. Afinal de contas, toda e qualquer prevenção de perigos, se fizer sentido, terá de sempre se certificar se ainda existe o perigo a ser prevenido e como são suas feições. Aqui não existe nada que seja “para sempre”.

O mesmo vale para conseqüências de uma justiça sistêmica, como, p.ex., o dever da política penal de não apenas afirmar perigos, mas também fiscalizá-los segundo os padrões das ciências empíricas (e em seguida também observar o resultado). Tudo isso é óbvio. É um componente íntimo e, de certa maneira, natural daquela política criminal voltada para a segurança daquele Direito Penal da Segurança.

Menos óbvia, mas bem mais importante, é a tarefa de desenvolver, em seus detalhes, um Direito da Segurança iniciado pelo Direito Penal e calcado no Estado de Direito. Tal tarefa, suponho, talvez ainda não haja ocorrido muito bem às teorias liberais e críticas do Direito Penal, porque elas se fixaram na estratégia de retirar do Direito Penal a idéia moderna de segurança. Essa estratégia meramente defensiva tornou-se anacrônica. Não se está prestando uma ajuda ao Direito Penal do Estado de Direito, no meu modo de ver, quando se ignora a evolução de que tratei no presente texto. Somente poderemos ajudá-lo, se dela tomarmos conhecimento e fizermos uma elaboração.

Aqui ainda nos encontramos bem no início. Enquanto teorias do Direito Penal liberais e simpáticas aos direitos humanos, há quase dois séculos, estão a limar as bases e os contornos de um Direito Penal da culpabilidade, enquanto as garantias constitucionais ajudaram a construir, nos direitos fundamentais e nas disposições voltadas para o Direito Penal, o *corpus* do Direito Penal da Culpabilidade, ainda estão em aberto as formas de um Direito Penal da Segurança baseado no Estado de Direito. Apenas temos uma pequena idéia de como deverão ser suas feições. Mas podemos traçar um breve esboço.

A segurança, através do Direito Penal, é uma meta do Direito Penal e não de um Direito de Prevenção de Perigos. Por esse motivo, é mister que o Direito Penal se afirme, se mantenha firme perante a pressão feita para o êxito da prevenção e defenda seu próprio patrimônio.

Em primeiro lugar, isso significa que todos os anseios por segurança detectáveis fora do Direito Penal também com promessas de êxito nada têm a fazer dentro do Direito Penal. Ou seja: o Direito Penal é e permanece *ultima ratio*. Também significa que um Direito Penal da segurança põe em primeiro plano a peculiaridade, a personalidade e a dignidade da pessoa afetada, salvaguarda e protege sua autonomia pessoal e fortalece a perspectiva da liberdade – não apenas com a barreira da proporcionalidade. No final, significa o comprometimento com a convicção de que mesmo um Direito Penal com seu foco voltado para a segurança não poderá garantir segurança de forma confiável, ou seja, que temos mesmo de viver com o risco.

CONCLUSÃO

A tendência para a prevenção de perigos através do Direito Penal é estável e multiforme. Põe a teoria e a prática em movimento e convida a uma reorientação. Nesse sentido, cumpre que se mantenham as garantias pessoais muito bem fundamentadas do Direito Constitucional-Penal. A observância da proporcionalidade como barreira contra intervenções, como no Direito da prevenção de perigos, não basta. Segurança através do Direito Penal não pode ser produzida diretamente. Somente se pode obtê-la mediante a obediência permanente e confiável perante as tarefas do Direito Penal: na esteira de uma resposta homogênea e justa à injustiça e à culpabilidade.