



A RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER PÚBLICO DO DIREITO PENAL¹

Viviani Gianine Nikitenko²

(INTRODUÇÃO) Este trabalho tem como objetivo o estudo da forte tendência apresentada hoje da relativização do caráter público do Direito Penal, sendo o exercício estatal do poder punitivo substituído por meios de solução alternativos e descentralizado. O que se está propondo é um novo modelo social, carente de Estado ou poder centralizado, por entender-se que a hegemonia do Direito estatal é fator inibidor do reconhecimento de outros centros de poder jurídico (pluralismo jurídico). Contudo, apesar da imagem libertadora e emancipadora deste desmantelamento do Direito Penal público, especialmente diante da multiculturalidade das sociedades atuais, omite-se o problema da existência de concentrações de poder não-estatal, que não teriam as limitações do jus puniendi do Direito Penal moderno nascido com o Iluminismo, retornando-se, então, a um estágio anterior à Era Moderna, especialmente no que se refere à esfera de proteção dos direitos do cidadão. Assim, questiona-se até que ponto a relativização do caráter público do Direito Penal pode ser entendido como condição para a emancipação e quais as conseqüências à esfera de proteção dos direitos do cidadão desta relativização? (MATERIAL E MÉTODOS) O presente trabalho está sendo realizado com base em pesquisas bibliográficas. (RESULTADOS) O final do século XVIII é um momento de profundas transformações de ordem política, econômica, cultural e jurídica. Trata-se do momento de consolidação da transição da ordem feudal e do Estado Absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito moderno. No âmbito do Direito Penal a principal transformação ocorrida neste período (final do século XVIII e durante o século XIX) foi à monopolização do exercício da violência penal pelo Estado, ou seja, a estatização do Direito Penal. Passa-se, portanto, para uma fase totalmente oposta ao período anterior (Regime Antigo – antes do século XVIII), no qual o controle dos delitos era descentralizado, aberto e difuso, realizado, sobretudo, pela comunidade ou instituições primárias, sendo que a participação do Estado era mínima. Tratava-se de uma repressão irrestrita, desproporcional e sem qualquer critério de racionalidade, justificado por critérios teológicos ou de liderança de algum poder revelado por alguma tradição (monarquia, por exemplo). Assim, a passagem do modelo antigo para o moderno modelo de controle tem como características principais a centralização, que decorre da concentração do controle do delito na esfera estatal; e pela racionalização que se reflete na normatização da atuação punitiva, ou seja, o controle penal passa a ser um exercício de poder racional por ser limitado pela lei (a lei se situa no centro do programa jurídico do Estado: quem governa é a lei, não o homem). O Direito Penal moderno é o responsável pela construção de um Direito Penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra, especialmente, as intervenções punitivas do Estado, reduzindo a violência, o despotismo e a arbitrariedade que eram características do Direito anterior (Ancien Régime). O Direito Penal é expressão de um poder exclusivo e excludente do Estado como entidade que monopoliza a legitimidade do exercício da coação e da violência. As normas caracterizadoras do Direito positivo moderno vêm perdendo sua capacidade de ordenar, controlar e regular a sociedade atual, sendo que seus instrumentos jurídicos e seus



mecanismos processuais não conseguem mais desempenhar de modo satisfatório o papel de eliminar as tensões, os conflitos e reduzir a violência, pois se vive uma realidade dominada por forças dinâmicas que ultrapassam os marcos tradicionais daquele Direito moderno ligado exclusivamente ao Estado-nação. A situação contemporânea, diante das formas atuais de produção e implementação do Direito, é confusa e complexa, pois há, ainda, a permanência das formas de produção normativas tradicionais, mas ao lado dessas surgem tipos de produção normativa “pós-modernas”, na medida em que constituem uma superação da filosofia moderna do Direito e do Estado-nação. Apresenta-se como característica deste período de sociedade transnacionalizada a divisão da soberania do Estado-nação com outras instâncias, e dessa forma também o seu poder central de dizer o Direito, ou seja, o Direito não emana apenas do Estado-nação (pluralismo das fontes) e, como consequência, tem-se que o Estado-nação não está no centro de toda a vida jurídica, ou seja, há, atualmente, uma policentralidade. Dessa forma, o ordenamento jurídico estatal está perdendo sua exclusividade e centralidade. O Direito estatal passa a ser parte de um polisistema, pois concorre e convive com normatividades paralelas ou justapostas, que revelam o desenvolvimento de uma regulação jurídica à margem e, até mesmo em alguns casos, contrária ao Direito positivo estatal, deixando de ser o eixo de um sistema normativo único. Assim, a regulação social, atualmente, pode ser dividida em tradicional e contemporânea. A tradicional, de origem moderna, tem como característica o pressuposto de que a regulação social se faz pelo Direito, sendo que este é exclusividade do Estado-nação. Já a regulação contemporânea ou pós-moderna traz novos pressupostos: a regulação social não precisa obrigatoriamente passar pelo Direito e o Estado-nação perde terreno em sua soberania através do Direito. Ou seja, o Direito estatal perde terreno em favor de normas alternativas de regulação social e de solução de conflitos. A partir do segundo pós-guerra mundial o Direito Penal sofreu mudanças significativas, sobretudo nos fundamentos que o justificam como expressão do poder político, como estrutura normativa do Estado-nação. Costuma-se falar da crise do Direito Penal para referir-se a esse processo. Nesse período não só foi posta em dúvida a legitimidade do poder do Estado-nação de definir o que é delito e prever sanções, como também se abandonaram os critérios tradicionais do moderno Direito Penal. Quando se diz que o Direito Penal está em crise o que se está pondo em dúvida não é o Direito Penal em si mesmo, mas o modo pelo qual foi tradicionalmente compreendido (como poder exclusivo do Estado-nação). Atualmente o Direito Penal de caráter público está sendo relativizado. Certas correntes põem em crise total ou parcial o caráter público do Direito Penal tradicional. Sua deslegitimação como instrumento para enfrentar as situações de conflito. (CONCLUSÃO) A forte tendência apresentada nos dias atuais de luta contra o monopólio do Direito estatal, com o intuito de reconhecimento de outras comunidades interpretativas jurídicas (pluralismo jurídico), fortalece-se como potencial emancipatório. Esta dissociação entre Estado e Direito pode estar tanto a serviço de políticas reacionárias, quanto de políticas progressivas. Em âmbito de Direito Penal esta dissociação entre Direito e Estado parece ser perigosa, sobretudo porque o Estado, único dotado do jus puniendi, possui limites bem delimitados quanto ao uso desse poder, respeitando as garantias do cidadão, o que não se sabe como seria no caso de uma pluralidade de forças atuantes (o que inclusive poderia configurar um regresso ao Regime Antigo quanto à esfera de proteção dos cidadãos).



¹ Projeto de Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo.

² Mestranda em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I - Direito e multiculturalismo, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo.