

Resenha de DUBBER, Markus D. *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2018

Lucas Minorelli 

Embora a “marcha triunfal da justiça negociada”¹ tenha imposto sucessivas derrotas à resistência dos países da *civil law* em relação ao processo penal amplamente difundido na *common law* nas últimas duas décadas, o caminho natural da tradição jurídica de um determinado país sempre foi o de dialogar com países que apresentem tradições jurídicas com mais pontos de encontro do que desencontro, razão pela qual não constitui mero acaso que os vínculos mais estreitos da dogmática jurídico-penal brasileira sejam com Portugal, Espanha, Itália e Alemanha. No entanto, há situações em que um observador externo é indispensável para contribuir com soluções para os problemas já identificados ou mostrar como a solução pode ser o próprio problema. Em relação à última possibilidade, Markus Dubber já teve a oportunidade de fazê-lo com a sua recusa ao aclamado princípio de *ultima ratio*² e pretende mais uma vez repetir no livro ora resenhado, só que dessa vez as ambições do autor são consideravelmente maiores.

De acordo com a premissa da obra, o estado de direito (*Rechtsstaat*) encontra-se em crise e, paulatinamente, as democracias ocidentais recorrem à pena, não só com novas criminalizações, mas também flexibilizando as categorias de imputação e de processo penal, quando não também incrementam a severidade

-
- 1 Sentença de WEIGEND, Thomas. Die Reform des Strafverfahrens. Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 104, p. 486-512, 1992. p. 493.
 - 2 DUBBER, Markus D. *Ultima ratio como caveat dominus: princípios jurídicos, máximas de polícia e análise crítica do Direito*. Trad. Lucas Minorelli e Marcelo Buttelli. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 7-40, 2019.

das sanções preexistentes, cedendo espaço para outro modelo de governança: o estado de polícia (*Polizeistaat*). Para o autor, o liberalismo penal precisa ser revisito, uma vez que idealiza um modelo de governança (estado de direito) enquanto entrega outro (estado de polícia)³, dando origem ao estado penal dual que batizou a obra. Para tanto, propõe-se a comparar os últimos três séculos de duas culturas jurídicas de maior impacto: a alemã e a norte-americana.

Na primeira parte, encontra-se a análise da perspectiva alemã e as suas escolas, ao passo que, na segunda parte do trabalho, o autor expõe a sua concepção de análise crítica do direito⁴, mas não se engane, leitor, pois não encontrará as práticas associadas a este adjetivo no Brasil⁵. Referida análise crítica e comparativa é levada a cabo, concluindo que a tensão entre direito e polícia pode, no melhor dos cenários, ser gerida e tolerada, porém jamais eliminada⁶.

No momento de apresentar a própria visão acerca do desenvolvimento da dogmática da Alemanha, o autor a faz com uma profundidade ímpar. Ao contrário dos civilistas alemães, que tem ao seu dispor o método de Savigny para “garimpar” novos princípios e soluções oriundas do Direito romano, os penalistas não tinham à disposição esse recurso, uma vez que os juristas romanos pouco se interessavam e pouco produziam em matéria penal⁷. A Lei Fundamental alemã, ponto de partida dos constitucionalistas, também não serve para os expertos da dogmática jurídico-penal, uma vez que, ao contrário de outras constituições e outros intérpretes, pouco dispõe em matéria penal⁸. Assim sendo, coube aos últimos conceberem seus próprios princípios acerca de quando uma intervenção penal seria legítima ou ilegítima, em uma atitude – palavras do autor – positivista. A famosa batalha de escolas, entre Binding e Liszt, poderia ser resumida a decidir qual positivismo sairia vitorioso: o jurídico (Binding) ou o naturalista (Liszt)⁹, sen-

3 DUBBER, Markus D. *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 1.

4 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 99 e seguintes.

5 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 891, p. 65-106, 2010. p. 86 (grifo no original): “Esse é um exercício dos mais corriqueiros nos estudos jurídicos atuais: a desconstrução de figuras, categorias ou institutos, por meio da chamada *visão crítica* ou leitura crítica. Trata-se de postura sedutora, pois agrada às expectativas de significativa parcela da academia, comprometida com esse discurso, e é conveniente ao estudioso, por colocá-la na cômoda posição niilista de tudo corroer com palavras ácidas e em nada contribuir para novos modelos”.

6 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 230.

7 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 19.

8 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 20.

9 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 27-28.

do que o último levou a melhor¹⁰. Aqui, em vez de se limitar a repetir ou louvar uma das mais famosas frases do vitorioso (“O Código Penal é a *Magna Carta* do delinquente”)¹¹, Dubber aproveita a sua perspectiva de observador externo para enfatizar questões e minúcias pouco discutidas na história que prevalece, escrita por um dos discípulos de Liszt¹², como, por exemplo, a ênfase na prevenção especial¹³.

Ato contínuo, o autor se propõe a apresentar os mecanismos de subsistência (*coping mechanisms*) daquilo que denominou de retórica do direito penal, a parte do livro que mais chamou a atenção do resenhista. O primeiro deles é o *ontologismo* (*ontologism*), ao sugerir que nada além do “ser”, da “verdade” e do “fato” deveriam ser objeto de discussão jurídico-penal, de modo que quem recorre a essas entidades nada mais faz do que impedir que os demais ofereçam suas valorações para os casos, ao mesmo tempo que impõe a sua¹⁴.

Se o primeiro mecanismo é um conhecido de longa data na discussão brasileira¹⁵, o segundo mecanismo não o é. Em realidade, sequer encontramos um equivalente em português para o *recurso a slogans* (*sloganism*). A frase *supra* de Liszt seria o exemplo mais distintivo de um *slogan*, uma afirmação desprovida de clareza, fundamentação e justificação emitida por alguma autoridade da área, que, apesar de tudo isso, serve muito bem para esclarecer, fundamentar e até justificar quaisquer decisões em matéria penal. Some-se a isso o uso de palavras e expressões em uma língua morta como o latim, dificultando o acesso ao conteúdo e a possibilidade de questioná-lo por parte dos não especialistas¹⁶.

O *etiquetamento* (*labelism*) vem a ser o terceiro mecanismo. À primeira vista, ele parece bastante com o segundo, mas as semelhanças se restringem ao nome. Ele envolve a adição e, frequentemente, a criação de uma etiqueta na abordagem de uma determinada questão com a pretensão de resolver um pro-

10 Um fator que deveria ser considerado, porém não consta na obra resenhada, é que a linguagem de Liszt, ao contrário daquela de Binding, era tida mais acessível, bem como as ideias melhor sistematizadas. Nesse sentido, conferir FRISCH, Wolfgang. Franz von Liszt – Obra e influencia. *In Dret Penal*, Barcelona, n. 2, p. 1-29, 2017. p. 5. Disponível em: indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1296.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

11 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 33.

12 SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1983.

13 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 31.

14 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 31.

15 Reconhecendo a influência de ontologismo de Welzel, sobretudo nos países de línguas ibéricas, DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 35.

16 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 36.

blema ou, no mínimo, obscurecê-lo ou atenuar a tensão existente¹⁷. O principal exemplo oferecido pelo autor é o conceito de bem jurídico¹⁸.

Já o *taxonomismo* (*taxonomism*) é o mais complexo dos quatro, exigindo do autor uma explicação mais detida do modelo analítico de crime a partir do caso *Mignonette*¹⁹. Esse mecanismo substitui a análise crítica pela categorização, situando o objeto da disputa teórica em uma matriz predeterminada de categorias que não podem ser questionada, dando ares de cientificidade para o argumento de quem o fez²⁰. O exemplo trazido pelo autor, envolvendo a distinção alemã entre autoria e participação, mostra que não falta disposição para polêmicas²¹.

Feita uma breve síntese da obra, registro aqui as minhas divergências. A primeira se refere ao modelo argumentativo adotado pelo autor. Apesar de propiciar uma leitura bastante fluída e agradável, a escrita de um trabalho que se autoproclama crítico e prioriza quase que tão somente os argumentos que corroborem a posição defendida acaba por enfraquecê-la. Por outro lado, caso tivesse enfrentado os argumentos já existentes ou evidenciado maiores testes em relação à própria hipótese, certamente a posição seria mais crível. Não se trata de um artigo com limitação de páginas imposta por um periódico, mas de uma monografia. Concordo que o recurso à ontologia na argumentação jurídico-penal hoje não desfruta de seus melhores dias e deveria ser evitado, porém tenho dificuldades em não admitir a possibilidade de levá-lo a sério no uso de outrora, em vez de afirmar que se trata exclusivamente de um mecanismo retórico, sobretudo quando um dos principais defensores desse modelo afirmava que se daria por satisfeito se as consequências da teoria fossem aceitas apesar da recusa aos argumentos²², até porque defendia que a melhor teoria é a mais útil para a prática²³.

Quanto à segunda parte, restou bastante interessante o comparativo entre as políticas criminais alemã e norte-americana, mas ela poderia ser melhor trabalhada, incluindo outros países (os nórdicos, por exemplo²⁴) e revisando os dados

17 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 39.

18 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 41-49.

19 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 67 e seguintes.

20 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 59.

21 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 81 e seguintes.

22 WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 6. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1958. p. VI.

23 WELZEL, Hans. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 5, n. 14, p. 564-566, 1952. p. 565.

24 NUOTIO, Kimmo. The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber. *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, Bergen, v. 6, n. 2, 178-187, 2018. p. 184. DOI: 10.15845/bjclcj.v6i2.2723.

das medidas de segurança²⁵, isso sem contar que na Alemanha “há muito tempo mais de 80% de todas as condenações resultam em penas de multa”²⁶.

Uma última palavra sobre os mecanismos retóricos que estariam aptos a legitimar categorias duvidosas da dogmática jurídico-penal. Apesar de o autor priorizar um tom provocador – presente em toda obra, diga-se de passagem – quando demonstra estranhamento acerca das disputas de juristas por melhores conceitos²⁷, importa frisar que é difícil não ficar com a impressão de que *os argumentos apresentados pelo autor mais servem para refinar a discussão que analisou do que para aboli-la*, até porque a alternativa à dogmática jurídico-penal continua a ser apenas uma e que não parece melhor ou tampouco aceitável: o arbítrio. E essa opinião não representa uma exclusividade de autores alemães ou germanófilos²⁸. Uma evidência dessa possibilidade pode ser vista quando aplicamos esses conceitos na discussão brasileira. Em relação ao que foi dito sobre a proteção de bens jurídicos, pode-se afirmar que o *labelism* se encontra mais vivo entre nós do que em seu país de origem²⁹. O *taxonomism*, por sua vez, servirá para analisar, de forma mais detida, categorizações repentinas que surgem na doutrina ou na jurisprudência. Quanto ao *sloganism*, certamente aquele que diz que a “função do direito penal é limitar o poder punitivo”³⁰ não será o único exemplo que precisará ser abolido ou repensado.

Pelas razões e divergências apresentadas, não hesito em dizer que se trata de uma leitura relevante e necessária para o aperfeiçoamento da área, que certamente poderia ser incorporada na discussão nacional para enriquecê-la.

25 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Markus Dirk Dubber, The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2018, 296 páginas. *InDret Penal*, Barcelona, n. 3, p. 360-364, 2021. p. 364. Disponível em: indret.com/wp-content/uploads/2021/07/1638.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

26 STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Proteção de bens jurídicos como requisito da punibilidade? Trad. Emília Merlini Giuliani. In: STUCKENBERG, Carl-Friedrich; CEOLIN, Guilherme Francisco; MINORELLI, Lucas (Org.). *Reflexões sobre o direito e o processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 17-44. p. 22.

27 DUBBER, ob. cit. (nota 3), p. 89.

28 JAREBORG, Nils. Legal Dogmatics and Concept of Science. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (Hrsg.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 49-58. p. 58.

29 Em relação à teoria do bem jurídico, cf. STUCKENBERG, ob. cit. (nota 26).

30 ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 80. Essa afirmação pode sugerir que outras compreensões do direito penal não visam também à redução do poder punitivo quando essa se mostra necessária. Necessária, porque há situações em que o poder punitivo precisa ser mantido ou até expandido, como, por exemplo, mediante a vedação do débito conjugal em relação ao crime de estupro. Logo, a redução do poder punitivo nem sempre resulta em algo que possa sempre ser tido como bom ou necessário.

Sobre o autor:

Lucas Minorelli | *E-mail:* lminorelli@gmail.com
Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Advogado.

Recebimento: 20.12.2021

Aprovação: 23.12.2021