

O processo penal no estado penal dual: uma análise histórico-comparada*

Criminal process in the dual penal state: a comparative-historical analysis

Markus Dubber 

Resumo: O presente artigo emprega a análise histórico-comparada para discutir o processo penal no contexto do poder penal no estado liberal moderno como direito penal e polícia penal – o estado penal dual. Com foco na Alemanha e nos Estados Unidos, ele considera duas formas de pensar o processo penal, a partir de perspectivas paralelas correspondentes a dois modos de governança do Estado: direito e polícia. A primeira é característica do estado de direito (*Rechtsstaat*), ao passo que a segunda pertence ao estado de polícia (*Polizeistaat*). A ênfase da análise está no processo penal que é consistente com a busca do ideal do direito liberal com o qual os Estados que se consideram – ou desejam ser considerados por outros – como participantes do projeto jurídico-político liberal moderno estão comprometidos.

Palavras-chave: análise histórico-comparada; processo penal; poder penal; estado liberal; direito penal; polícia penal; estado penal dual; direito estatal; polícia estatal; direito liberal; poder de polícia.

Abstract: This paper uses comparative-historical analysis to discuss criminal process in the context of penal power in the modern liberal state as penal law and penal police – the dual penal state. Focusing on Germany and the United States, it considers two ways of thinking about criminal process, from parallel perspectives that correspond to two modes of State governance: law and police. The first is characteristic of the law state (*Rechtsstaat*) and the second, of the police state (*Polizeistaat*). The emphasis is on the criminal process that is consistent with the pursuit of the ideal of liberal law to which States that regard themselves – or wish to be regarded by others – as participants in the modern liberal legal-political project are committed.

Keywords: comparative-historical analysis; criminal process; penal power; liberal state; penal law; penal police; dual penal state; law state; police state; liberal law; police power.

Sumário: Introdução; 1 Estado penal dual; 2 Alemanha; 3 Estados Unidos; Conclusão: processo penal e procedimento penal; Referências.

* Publicação original: DUBBER, Markus D. Criminal Process in the Dual Penal State: A Comparative-Historical Analysis. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 3-24. Tradução de Lucas Minorelli.

Introdução

O presente capítulo aborda uma forma de pensar o processo penal, com um ou outro elemento processual penal para fins ilustrativos. Em realidade, tratam-se de duas formas de pensar o processo penal, a partir de perspectivas paralelas que correspondem a dois modos de governança do Estado, o direito e a polícia, características do estado de direito (*Rechtsstaat*) e do estado de polícia (*Polizeistaat*), respectivamente. Por meio da análise histórico-comparada, este capítulo situa o estudo do processo penal dentro do projeto de via dupla de análise crítica do poder penal no estado liberal moderno como direito penal e polícia penal: o estado penal dual. Exemplos das suas manifestações incluem a participação de leigos, a *plea bargaining*, o princípio da legalidade, o *habeas corpus* e os crimes de posse, entre outros.

A análise histórico-comparada desempenha um papel crucial nessa concepção de estudo do processo penal, tanto na construção quanto na genealogia da estrutura do estado penal dual e na aplicação deste em vários aspectos do processo penal nas mais diversas jurisdições. O escopo da investigação acerca do processo penal aqui apresentado é sistêmico, não se aplicando a uma única jurisdição. A concepção do estado penal dual e a distinção entre direito e polícia como dois modos de governança estatal, de forma mais geral, estão associadas ao momento histórico do lançamento do projeto jurídico-político liberal moderno. O estudo do processo penal aqui considerado, portanto, é mais especificamente um estudo do processo penal liberal moderno, ou seja, o processo penal que é consistente com a busca do ideal do direito liberal com o qual os Estados que se consideram – ou desejam ser considerados por outros – participantes do projeto jurídico-político liberal moderno estão comprometidos.

A análise comparada aplicada neste capítulo, e na concepção do estudo do processo penal que ele considera, é, conseqüentemente, instrumental, no sentido de que facilita a análise crítica do processo penal em um sistema ou projeto jurídico-político específico, que aparece em várias formas em um grupo de Estados ou jurisdições. O objeto da análise comparada não é apenas iluminar certas características de uma determinada jurisdição, ou de várias jurisdições, ou avaliar até que ponto as jurisdições implementaram o seu ideal compartilhado de direito liberal, mas, em última análise, também avaliar criticamente o próprio ideal definidor.

Referida análise comparada, operando em um nível bastante alto de abstração, se concentrará nas características literalmente sistêmicas de vários regimes

penais, e não em doutrinas específicas. Ela também será baseada em modelos conhecidos de países de *common law* e *civil law*: Estados Unidos da América e Alemanha¹. Ela não parte do pressuposto de que a distinção entre os países *common law* e *civil law* é útil (muito menos “real” em algum sentido) e, por isso, não se preocupa com os desvios em uma determinada jurisdição da suposta norma de um ou de outro. Caso surja uma distinção significativa entre as respostas de dois conjuntos de jurisdições ao desafio do direito liberal em geral e do direito penal liberal em particular, e se distinção rastrear alguma versão da distinção tradicional entre países de *common law* e *civil law*, isso seria interessante. Contudo, não afetaria a análise do estado penal dual de uma forma ou de outra.

A característica distintiva da análise do estado penal dual é a noção de que a fase do Iluminismo (por mais longo que seja e sempre que se pense que tenha ocorrido) não marcou simplesmente o fim de um modo de governança estatal – a polícia – e o início de outro – o direito. Em vez de o *Rechtsstaat* substituir o *Polizeistaat*, considera-se que ambos os aspectos, jurídico e policial, persistiram na governança do Estado e, em particular, na governança penal do Estado, como manifestações modernas da antiga tensão entre autonomia e heteronomia, com raízes no início da história jurídico-política ocidental na antiga Atenas.

Isso significa que a análise crítica do processo penal à luz dos habituais compromissos de uma concepção moderna do direito liberal baseada na autonomia constitui apenas um lado, e uma metade, da história. O outro lado é a análise em paralelo do processo penal sob a perspectiva não da lei, mas da polícia, como uma manifestação contínua do poder de polícia do Estado e de seu poder penal em particular. Referida análise policial não se tornou obsoleta, assim como o estado de direito não substituiu o estado de polícia de uma só vez. Considerar o papel da polícia no moderno estado penal dual como uma reminiscência anacrônica às margens de um estado direito penal progressivamente aperfeiçoado nos últimos dois séculos (ou mais) é deixar de apreciar a importância da relação e da conexão entre o direito e a polícia como tensões constituintes.

A tensão subjacente, entre autonomia e heteronomia, é familiar em toda a história do projeto jurídico-político ocidental. O estabelecimento do projeto liberal moderno, no entanto, trouxe à tona e acentuou essa tensão, ao se apresentar

1 Para uma análise de direito penal comparado com foco na doutrina e recorrendo aos Estados Unidos e à Alemanha como representantes das jurisdições de *common law* e *civil law*, respectivamente, conferir DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*.

como a recusa radical de um de seus modos por outro, da polícia pelo direito e do estado policial pelo estado de direito. Uma vez que a capacidade de autonomia é universalizada, deixando de ser uma exclusividade de uma elite e conferida a todos, a tensão não pode mais ser acomodada ou ocultada pela distinção categórica entre governante e governado, sujeito e objeto do governo, e entre uma esfera de heteronomia (o âmbito privado do lar, *oikos*, *família*) e outra de autonomia (a cidade-estado, *agora*, *forum*). O estado policial não poderia sobreviver ao Iluminismo porque este foi definido como um contraposto àquele. A polícia penal era impossível; ela *não poderia existir*, pois era em sua essência incompatível como o estado de direito. A análise do estado penal dual, por outro lado, insiste na persistência da tensão entre autonomia e heteronomia e entre direito e polícia, ao mesmo tempo em que rejeita tendências simplistas, egoístas e, em última análise, autodestrutivas, de condenar o poder de polícia, sobretudo no âmbito penal, à lata de lixo de uma historiografia de antiquário.

Na medida em que a legitimidade do estado liberal moderno se encontra fundamentada na autonomia de seus constituintes sujeitos-objetos enquanto pessoas (e não como patriarcas, por assim dizer), a análise crítica do poder penal do Estado chega ao cerne do paradoxo do poder do estado liberal: a ameaça, a imposição e a infligência de violência penal deliberadamente violam a autonomia das próprias pessoas cuja autonomia sustenta a sua legitimidade. (A pena é um crime *prima facie*.) Se o poder penal do Estado pode ser legitimado em termos da *Grundnorm* [norma fundamental] da autonomia, então a legitimidade do poder estatal em geral parece possível. Ao mesmo tempo, se o poder penal do Estado não pode ser legitimado, qual é o sentido de legitimar outros tipos de ação estatal menos intrusivos?

A análise crítica do processo penal compõe a análise crítica do regime penal do Estado. Isso parece bastante claro. O que não resta tão claro é o quão importante seria esse componente. A resposta para essa questão dependerá não somente de como se define “processo penal” e, por isso, o que compreenderia uma análise crítica do “processo penal”, mas também, talvez de forma menos óbvia, porém não sem relação, de quem está formulando a pergunta (ou a respondendo).

Abordaremos a questão do papel da análise crítica do processo penal na análise crítica do estado penal dual nas Seções 2 e 3, com ênfase na Alemanha e nos Estados Unidos, respectivamente. Antes disso, na Seção 1, apresentaremos uma visão geral da estrutura analítica: a concepção de um estado penal dual baseado na distinção historicamente situada entre direito e polícia como modos de governança estatal em geral e de governança estatal penal, em específico.

1 Estado penal dual

A análise do estado penal dual é um aspecto da análise do estado dual, que, por seu turno, implica a análise crítica do direito, uma abordagem interdisciplinar e contextual para estudos jurídicos. Subjacente e impulsionando esses vários empreendimentos acadêmicos está a distinção entre direito e polícia como modos de governança do estado moderno².

A análise crítica do direito e a análise do estado penal dual como forma de aplicá-la representam uma tentativa de superar as distinções categóricas e improdutivas entre as concepções tradicionais (doutrinária, interdisciplinar) e “modernas” (interdisciplinar), e de “*common law*” e “*civil law*” dos estudos jurídicos em geral e do direito penal em particular. Portanto, a análise crítica do direito visa pragmaticamente ao objetivo de transformar a pesquisa jurídica em um empreendimento comum e transnacional de pesquisa engajada, reunindo a competência coletiva de acadêmicos em direito para lidar com a questão inadiável de observar e criticar de forma vigilante o exercício do poder estatal – e do poder penal estatal – por meio do direito em um estado moderno, democrático e liberal.

Dita análise crítica submete o exercício do poder do estado mediante uma crítica interna e externa ao direito. A crítica interna testa a abrangência, a coerência e a consistência das normas jurídicas, da mesma forma que a doutrina tradicional tem feito há décadas (embora de forma mais flexível e contextual). A crítica externa, mais importante e interessante, abre mão das restrições positivistas da doutrina tradicional e critica a atuação estatal que reivindica o direito à luz dos compromissos normativos associados à concepção liberal moderna do direito.

Em vez de tratar tais compromissos como se tivessem sido transmitidos prontos e acabados por algum *deus ex machina* ou qualquer outro, a análise crítica do direito os considera histórica e contextualmente situados. Em particular, ela vê a concepção moderna do direito e os seus compromissos normativos como se tivessem surgido, ou, melhor, sido ativamente construídos, em contradição com um modelo alternativo de governança. O poder estatal como direito era legítimo e justo; o poder do estado como polícia era ilegítimo e injusto. A ausência de normas legais não implicava a ausência de todas as normas. Todavia, as normas policiais não afetavam a legitimidade ou a justiça do poder estatal por meio da polícia; em vez disso, elas eram apresentadas como máximas de prudência, sabedoria, eficiência e racionalidade, dirigidas aos soberanos do Estado, permi-

2 Vide, em linhas gerais, DUBBER, *The Dual Penal State*; DUBBER, *The Police Power*.

tindo que estes conduzissem os seus arbítrios ilimitados por meio daquelas. As violações de princípios jurídicos (ou “legalidade”) ameaçavam a legitimidade do Estado; os desvios das máximas de polícia, autoadotadas e autogeridas, não ameaçavam e tampouco poderiam fazê-lo, pois a ideia de uma crítica à legitimidade do soberano estatal era inconcebível.

A própria noção de uma análise crítica do poder estatal foi considerada e apresentada como uma novidade. Desde o século XVII, desenvolveu-se uma ciência de polícia que gerou um fluxo cada vez maior de análises e recomendações sobre as tarefas que paulatinamente se mostravam mais complexas de governar o Estado, desde as rumações protopoliciais de Maquiavel sobre o estado principesco até os tomos e compêndios sobre a “boa polícia” produzidos pela *Polizeiwissenschaft* e pela “economia política” do século XVIII na Alemanha e na França (e por Adam Smith e Patrick Colquhoun, na Escócia e em Londres). Mas nenhum desses trabalhos teve a preocupação com questões de “legitimidade”, qualquer que fosse o significado dela. Eles foram manuais de boa governança, ou, melhor, de boa administração doméstica, contribuições para o consagrado gênero da *oikonomia* e *Hausväterliteratur* em uma escala grande e pública para o Estado³.

Para avaliar o contexto histórico e os elementos de continuidade e ruptura da construção e do surgimento da noção moderna de direito, convém assumir a perspectiva da *longue durée* [longa duração]⁴. O direito e a polícia, e o direito em contraposição com a polícia como um modo alternativo de governança, representam a manifestação moderna da distinção básica entre autonomia e heteronomia, ou autogoverno e outro governo. Essa é a continuidade. A autonomia do direito moderno, contudo, não é a autonomia de poucos (o patriarca/governante/súdito), mas a autonomia de todos (pessoas como tais). Essa é a ruptura. Com a descoberta ou o pronunciamento (ou, ainda, invenção⁵) da autonomia da pessoa como tal, com a autonomia agora servindo como a característica (ou, mais precisamente, capacidade) universal por todos compartilhada, em vez de marca distintiva que separava categoricamente alguns (patriarcas) dos demais (âmbito privado do lar), a configuração tradicional entre autonomia e heteronomia entrou em colapso. A

3 Em linhas gerais, conferir NELSESTUEN, *Greek, Roman, and Byzantine Studies* 57, p. 74.

4 Nota do Tradutor (NT): Sobre o conceito de *longue durée* na pesquisa histórica, conferir TOMICH, Dale. A ordem do tempo histórico: a *longue durée* e a micro-história. *Almanack*, Guarulhos, n. 2, p. 38-51, 2011. DOI: 10.1590/2236-463320110204.

5 SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*.

autonomia deixou de tornar o governo claramente possível e passou a torná-lo aparentemente ilegítimo.

Segundo essa perspectiva, o conceito moderno de direito surge como uma resposta ao desafio iluminista da autonomia pessoal universal na esfera política. A legitimidade do poder do estado moderno por meio do direito se baseia na conformidade deste com a *Grundnorm* da autonomia; o governo legítimo é o autogoverno, em todos os sentidos.

Claro, o que esse ideal significa e como se pode implementá-lo não é nada óbvio. Inclusive, a história do projeto jurídico-político nas democracias liberais modernas do ocidente pode ser vista como uma história da luta para responder a essas perguntas. Mas essa é apenas uma maneira, mesmo que comum, de apresentar o fenômeno. Ao considerar a história jurídico-política do ocidente moderno como uma sucessão de tentativas que aperfeiçoam a implementação de uma perspectiva de um direito liberal e de um governo autônomo, corre-se o risco de vê-la por meio de uma lente estreita e *Whiggish*⁶, concentrada tão somente em um modo de governança estatal, o direito, como se declaração de que “A lei é o rei” (Thomas Paine) tivesse varrido séculos ou até milênios de modelo de governança quase-patriarcal do âmbito privado do lar. Essa visão é *Whiggish*, ainda que se recuse a sua versão mais rudimentar e familiarmente suspeita, que enxerga um progresso constante em direção à perfeição liberal. Não importa qual versão, o foco exclusivo no direito é *Whiggish*, na medida em que considera o lançamento do projeto jurídico-político moderno para marcar o início de uma mudança de uma estrutura analítica para outra, da polícia para o direito, em vez de uma evolução para uma estrutura de via dupla que reflete a persistência da tensão de longa data entre autonomia e heteronomia, agora modernizada e aguçada a ponto de causar uma nítida ilegitimidade na tensão entre direito e polícia. O estado liberal moderno não é definido por um modo de governança (direito) com exceções definidas apenas como tal; em vez disso, as exceções aparentes, por sua vez, refletem um modo alternativo de governança (polícia) que está em incômoda tensão com o “novo” modo de governança (direito) que é apresentado não só como dominante, mas também como exclusivo, enquanto a (única) norma.

6 NT: Cunhado por um historiador britânico no início do século passado (BUTTERFIELD, Herbert. *The Whig interpretation of history*. London: G. Bell, 1931), o termo *Whiggish* se refere a uma historiografia que concebia os *Whigs* britânicos como defensores do poder do parlamento que faziam oposição aos conservadores, que, por seu turno, defendiam o poder do rei. Atualmente, o termo *Whiggish* é empregado para abordagens históricas que apresentam a história como uma jornada de um “passado opressivo e obscuro” seguido de um “presente glorioso”.

A análise do estado penal dual, aqui considerada a instância mais urgente da análise do estado dual, busca uma análise paralela do poder estatal a partir de ambas as perspectivas, direito e polícia. Isso significa pelo menos duas coisas. Em primeiro lugar, cada modo de governança, e o seu respectivo modo de análise, é definido considerando os termos do outro e, em última análise, nos termos da tensão entre autonomia e heteronomia. O direito e a polícia não são dois conceitos que “existem” independentemente um do outro e que, ocasionalmente, se sobrepõem. Ambos os conceitos estão intrinsecamente ligados, por meio do momento histórico “moderno” de seu surgimento (estado de direito *versus* estado de polícia) e de sua fundamentação de *longue durée* na relação entre autonomia e heteronomia na Atenas clássica (*agora versus oikos*).

Em segundo lugar, a análise do estado penal dual sempre considera que uma aparente exceção à norma de um modo de governança supostamente exclusivo (ou meramente dominante) possa de fato refletir outro modo de governança por completo. Em vez de continuamente registrar a inconsistência de uma determinada norma, prática ou instituição com algum “princípio” jurídico ou outro qualquer, por exemplo, a análise do estado penal dual opta por antes perguntar se essa crítica é simplesmente inadequada porque a ação estatal questionada não seria uma questão de polícia em vez de jurídica. Não faz sentido enfatizar diversas vezes, aqui e acolá, por exemplo, que a responsabilidade penal por posse de drogas contraria os princípios fundamentais do direito penal (*actus reus*, obviamente) se os delitos relacionados desempenham um papel fundamental em um regime de polícia penal abrangente, projetado para permitir que as autoridades estatais exerçam o seu poder discricionário essencialmente sem limites ou a possibilidade de ser revisado para identificar e incapacitar “infratores” – indivíduos ou grupos que infringem em específico a paz do rei ou, posteriormente, a paz pública (segundo o jargão do direito penal inglês ou norte-americano) ou são “perturbadores” (*Störer*) que “comprometem a segurança e a ordem públicas” (segundo o jargão do “direito policial” alemão)⁷.

É importante frisar que a análise do estado penal dual é exatamente isso, uma análise crítica do poder penal do estado como um todo a partir das perspectivas do direito e da polícia. Todo o regime penal está sujeito a essa análise de duas vias em todos os seus cantos e recantos, inclusive no nível de algumas classificações doutrinárias em específico (como o crime de posse). Contraste isso

7 Vide DUBBER, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 91, p. 829.

com uma tentativa de identificar aspectos ou elementos jurídicos ou policiais específicos que compõem o regime do tabuleiro de damas jurídico-policia. Embora seja certamente possível, e de fato provável, que características individuais do regime penal possam se alinhar mais facilmente a um modo de governança penal do que a outro (a posse, novamente, é um exemplo), é imprescindível não perder de vista a natureza fundamental da tensão entre o direito e a polícia. Identificar e depois eliminar determinados “resquícios policiais” em um regime de direito penal não resolverá a tensão e tampouco eliminará a polícia como um tipo de governança penal, da mesma forma que o anúncio do nascimento do estado de direito tampouco eliminou o estado de polícia.

A persistência da governamentalidade policial e, portanto, da tensão fundamental entre direito e polícia como modos de governança tem sido frequentemente suprimida ou negada em vez de reconhecida e tratada. Na Alemanha e em outros países europeus, o campo da ciência policial, outrora extenso e por vezes abrangente, desapareceu no decorrer do século XIX. Em vez de analisar a operação do estado como um âmbito privado do lar *oeconomic* que manifesta o seu poder de polícia, a atenção se voltou para o estudo dos supostos limites legais desse incrível poder soberano em uma nova disciplina jurídica: o direito administrativo (incluindo, de forma mais explícita, na Alemanha, a subdisciplina do “direito policial”). Os cientistas da polícia se transformaram em estudiosos do direito administrativo, se não da noite para o dia, então de um tomo para outro; a legalização da polícia foi alcançada assim que foi nomeada, sem se importar com o fato de que os novos tribunais de direito administrativo, quer fossem ou não considerados parte do aparato administrativo, poderiam, no máximo, policiar ocasionalmente as margens do vasto regime administrativo do estado moderno, que continuou a crescer em escopo e complexidade, sem se preocupar com reformulação nominal, de estado de polícia para estado de direito, se não com o auxílio dela. O estado administrativo continuou a ser definido pela discricionariedade, com as supostas restrições da lei na forma de diretrizes formais, raramente aplicadas e, quando aplicadas, sempre com o objetivo de manter a discricionariedade essencial no centro do empreendimento administrativo. No final, pode parecer que, em vez de o direito legalizar a polícia, a polícia policiou o direito: o “direito” administrativo não impôs restrições jurídicas adequadas e legítimas à polícia, mas foi integrado e apropriado por ela.

Do outro lado do Atlântico, não havia ciência policial americana; como resultado, não havia nada para dismantelar ou reformular. De fato, a noção de poder de polícia (se não a ciência policial) desempenhou um papel explicitamen-

te central no compromisso federalista americano. Definido por sua indefinição, totalmente discricionário e abrangente, ele era a manifestação governamental da soberania. Ser soberano significava ter o poder de policiar, o “poder de governar homens e coisas dentro dos limites de seu domínio”. Dizer que os Estados mantinham a sua soberania era, portanto, dizer que eles mantinham o poder de polícia. Ao mesmo tempo, e pelo mesmo motivo, o “governo” federal não tinha, e nunca poderia ter, aquele poder econômico [*oeconomic*] flexível e devorador que teria reduzido os Estados a membros do âmbito privado do lar do Estado nacional sob o poder discricionário de um patriarca do Estado nacional, um patriarca presidencial. A soberania estatal originária teria se tornado soberania delegada, cujos limites seriam traçados e posteriormente policiados a critério do patriarca do Estado nacional (*ultra vires*).

E, ainda assim, embora tenha servido ao compromisso federalista (pelo menos no papel, se não de fato, já que o governo federal logo começou a criar um poder de polícia de fato abrangente a partir de seus vários poderes “enumerados”) para se maravilhar e insistir na grandiosidade ilimitada do poder soberano do Estado dentro da nova estrutura federalista, essa mesma característica do poder de polícia evidenciou também a sua aparente incompatibilidade com o presumidamente ainda mais grandioso, se bem que estritamente limitado, poder de direito em um país onde a lei é o rei.

Tal incompatibilidade, contudo, era apenas aparente. Isso porque descobriu-se que o poder de polícia e o poder de direito eram baseados em concepções radicalmente diferentes dos objetos do poder do estado e de sua relação com seus súditos. A incompatibilidade entre direito e polícia é, em última análise, a incompatibilidade da autonomia e da heteronomia. Autonomia e heteronomia são incompatíveis somente se a distinção entre governante/sujeito e governado/objeto tiver sido abandonada. No entanto, se houver objetos de governança que não tenham capacidade de autonomia e, portanto, sejam considerados meros objetos, em vez de também sujeitos em potencial, do poder estatal, a tensão entre autonomia e heteronomia poder ser administrada como tem sido feito há milênios, por meio da lógica do relacionamento entre patriarca e âmbito privado do lar, entre governante e governado, de acordo com as totalmente discricionárias máximas de prudência da boa governança.

A única questão nessa configuração era como deveria ser feita a distinção entre sujeito e objeto, estabelecendo quem ficaria de qual lado dessa divisão soberana. Inicialmente, mulheres, crianças, escravos e pobres foram classificados como objetos nessa divisão, junto com – para nossos propósitos, particularmen-

te interessantes – os criminosos. Há muito tempo o *blackletter law* americano⁸ considera o poder penal do Estado como uma instância do poder de polícia. Como vimos, isso significava que o direito penal era – e continua sendo – primordialmente uma questão de direito estadual, com o direito federal considerado um suplemento estritamente especializado (uma ficção cada vez mais difícil de manter à medida que o direito penal federal se expandia drasticamente). O poder punitivo era visto como intimamente ligado à própria ideia de soberania; se um soberano deve ter algum poder, esse deve ser o de punir aqueles que praticam infrações, desafiando a sua soberania ou, desde a idade média, quebrando a sua paz (doméstica).

Enquanto a suposta “localidade” (ou seja, estatalidade) do poder de polícia dentro do arranjo federalista recebeu – e continua a receber – a maior parte da atenção, a sua conexão íntima com a soberania do chefe de família, que remonta à idade média até os primórdios da história política ocidental na Grécia antiga, reflete a sua governamentalidade heterônoma, um modo de governança que conecta a *oikos* ateniense à *família* romana, ao *mund* medieval, à paz do rei no início da modernidade, à “boa polícia” (*gute Policey*) do estado moderno e, por fim, à “segurança e ordem públicas”.

O infrator penal permanece fora do escopo do projeto jurídico-político moderno associado ao ideal liberal do direito como modo de governança estatal que rejeita a distinção radical entre governante e governado e, em vez disso, se volta para a identidade radical de todas as pessoas como potenciais sujeitos-objetos de governo autônomo. Os criminosos personificam o objeto do poder disciplinar que ameaça a soberania do sujeito. Eles são o objeto paradigmático do poder de polícia e, como tal, estão além do escopo do poder do direito. O seu crime constitui uma ofensa policial: o *status* de ser uma ameaça ao poder soberano, em oposição ao ato de violar a autonomia de outra pessoa, por exemplo. Discipliná-los, a critério do patriarca-soberano, reafirma a autoridade deste e, dessa forma, reafirma a distinção radical entre governante e governado, patriarca e âmbito privado do lar. Por outro lado, em uma concepção de crime baseada no direito liberal, o crime paradigmático seria interpessoal, em vez de antiestatal, e a punição (em vez de disciplina hierárquica) reafirmaria a identidade da vítima e do

8 NT: Nos países de *common law* se emprega a expressão *blackletter law* para o princípio jurídico que reúne as qualidades de antigo, fundamental e bem estabelecido, sobre o qual não há qualquer disputa interpretativa. Nesse sentido, GARDNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. Third Pocket Edition. St. Paul: Thomson West, 2006. p. 72.

infrator e, por fim – por meio da construção do autogoverno e da pena –, também a identidade de quem pune e quem foi punido por infringir.

Aqui não é o melhor espaço para apresentar um paralelo pormenorizado entre direito penal e polícia penal ou os resultados de uma análise crítica do estado penal a partir das perspectivas do direito e da polícia. Em vez disso, prosseguiremos com uma análise de duas vias do processo penal no estado penal dual em uma perspectiva histórico-comparada, com especial ênfase na Alemanha e nos Estados Unidos.

2 Alemanha

A primeira questão a ser abordada em uma análise comparada de regimes de estado penal dual é se os países comparados são significativamente semelhantes. Na medida em que a análise de estado penal dual se baseia na concepção liberal de direito, não faz sentido aplicá-la a um estado que não se considera – ou não se apresenta – como participante do projeto jurídico-político moderno.

De forma geral, se presume que a Alemanha se enquadra nesse quesito. Isso pode surpreender alguns, dada a história político-jurídica mais do que conturbada desse país, mesmo que o período nazista seja apresentado como um episódio radicalmente anômalo, após o qual o regime penal retomou a busca pelo ideal do liberalismo penal, ou talvez seja visto como uma espécie de um prolongado *teste de stress* que, como resultado, evidenciou a firmeza dos princípios da ciência do direito penal alemão, que em grande parte sobreviveu ao período (notavelmente) ileso.

Há muito mais a ser dito (e muito mais do que já foi dito) sobre o significado da era nazista na história do direito penal alemão – por exemplo, sobre a continuidade entre as propostas antes de 1933 implementadas pelos nazistas e as reformas por eles conduzidas que permaneceram em vigor após 1945. Mas, para os propósitos atuais, nos concentremos em como o direito penal alemão tende a ser considerado na Alemanha (inclusive entre o professorado de direito penal alemão, ou seja, os profissionais da ciência do direito penal alemão) e em muitos outros países – não apenas (ou principalmente) na Europa, mas também em outras regiões (incluindo, notadamente, o leste da Ásia e grande parte da América Latina) –, que conferem a ele certo *status* de um modelo a ser seguido.

Segundo essa perspectiva, as personalidades que estabeleceram as bases do direito penal alemão desempenharam um papel fundamental no reconhecimento

e na formulação do desafio central do poder penal estatal no estado de direito moderno, não apenas na Alemanha, mas no projeto jurídico liberal como um todo. De acordo com esse entendimento, Kant é a figura mais importante no que Schneewind denominou de invenção da autonomia⁹, a inovação central do Iluminismo e o componente essencial da filosofia moral e política “moderna”. Apesar de as reflexões do próprio Kant sobre o poder punitivo do Estado tenderem a receber menos atenção do que era de se esperar (presumivelmente porque podem ser consideradas radicalmente inconsistentes com a concepção “moderna” do poder punitivo do Estado que o seu autor teria inaugurado), um de seus admiradores contemporâneos, Paul Johann Anselm Feuerbach, é amplamente considerado o “pai” do direito penal alemão moderno. É incerto até qual medida o ponto de vista de Feuerbach sobre o direito penal¹⁰ seja fiel ao de Kant (seja lá o que isso signifique, considerando as observações vagamente sugestivas ou especificamente preocupantes de Kant) ou, em vez disso, se aproxima daquele atribuído ao nêmesis consequencialista de Kant, Beccaria, cujo opúsculo *Dos delitos e das penas* (1764) influenciou de maneira tão profunda o pensamento e a escrita acerca da punição estatal que autores que, de outra forma, fariam violenta oposição, como Blackstone, Bentham e Jefferson, se contentaram em simplesmente citar os pronunciamentos definitivos de Beccaria como preâmbulos teóricos de seus próprios escritos (que, mais uma vez, poderiam diferir radicalmente não apenas entre si, mas também em sua conexão com a teoria geral de Beccaria)¹¹.

Feuerbach, enquanto devoto de Kant e Beccaria, teve um início complicado como pai do direito penal alemão. Kant certamente considerava o ponto de vista de Beccaria sobre a pena diametralmente oposto ao seu, e, desde então, Beccaria e Kant são usados como representantes ideias para a disputa de séculos entre teorias da pena “consequencialistas” e “retribucionistas”. Qualquer pessoa que pensasse de outra forma e promulgasse um modelo de direito penal baseado em Kant e Beccaria correria o risco de levantar a suspeita de não ter entendido a noção básica de uma das visões (ou de ambas), exceto se essa mesma pessoa tivesse uma história bastante envolvente que explicasse a compatibilidade entre elas.

9 Vide SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*.

10 Apresentado em seus primeiros escritos (inicialmente filosóficos e posteriormente jurídicos), um influente manual que teve catorze edições entre 1801 e 1847, um Código Criminal da Baviera frequentemente citado como um modelo na Alemanha e alhures e, por fim, em “narrativas de notáveis julgamentos criminais”, com base na sua experiência como magistrado na Baviera. Em termos gerais, conferir RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach*; FEUERBACH, *Textbook of the Common Penal Law in Force in Germany*.

11 Vide NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*.

Há também o problema de que, levando a sério Kant, Beccaria não está apenas errado, mas errado no próprio sentido que nos interessa agora: a concepção de direito baseada na invenção da autonomia como a característica distintiva de todas as pessoas como tais. O problema com a posição utilitarista, nessa visão, é precisamente não considerar os objetos de punição como pessoas dotadas de autonomia, mas sim como escravos de sua experiência e antecipação da dor ou do prazer, que são adequadamente governados por meio da ameaça e da infligência da dor, como “um homem que levanta sua vara para um cachorro” (posteriormente registrado nesses termos por Hegel¹²) ou, como poderíamos dizer, como um patriarca que disciplina um mero recurso humano doméstico.

Contudo, Beccaria e Kant concordavam em um ponto: a classificação dos criminosos como escravos (do Estado) e da pena como escravidão¹³. “Consequencialistas” ou “retribucionistas”, esses dois modelos da penalidade iluminista não viam nada de incompatível ou preocupante em considerar e tratar os objetos do poder penal do Estado como modelos de heteronomia. Isso pode surpreender ainda mais no caso de Kant, associado com uma concepção de personalidade baseada na autonomia, mas, em ambos os casos, suscita inquietantes questões acerca das verdadeiras bases do projeto jurídico-penal do liberalismo moderno, em toda a divisão supostamente fundamental consequencialista e retribucionista, *beccariana* e *kantiana*.

Tudo leva a crer, então, que, desde o início, o projeto iluminista supostamente inclusivo e radicalmente igualitário do poder do Estado por meio do direito em geral e do direito penal em particular permitiu uma distinção tão básica e

12 NT: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen. In: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Werke*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, v. 7, 1970. p. 190 (§ 99, *Zusatz* [adendo]): “*Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet. Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt*” (tradução livre: “Contudo, o direito e a justiça devem priorizar a liberdade e a vontade, e não a falta de liberdade à qual se dirige a ameaça. Justificar a pena nesses termos é como levantar uma vara contra um cão, de modo que a pessoa não é tratada conforme sua honra e liberdade, mas sim como um cão”). Importante mencionar que as principais traduções para o português da obra de Hegel foram a partir da edição original, sem os adendos (*Zusätze*) inseridos por seus alunos nas edições posteriores. Com mais detalhes: PERTILLE, José Pinheiro; KONZEN, Paulo Roberto. As diversas interpretações sobre a Filosofia do Direito de G.W.F. Hegel. *Ágora Filosófica*, Recife, v. 11, n. 1, p. 51-80, 2011. DOI: 10.25247/P1982-999X.2011.v1n1.p51-80.

13 Conferir, por exemplo, BECCARIA, *On Crimes and Punishments*, §§ 16, 30; KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 450 ss. (A193-194/B222-224); KOCH, *ZStW* 122, p. 750-752; FEUERBACH, *Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern*, artigos 12-14; em termos gerais, conferir DUBBER, *Dual Penal State*, p. 141-153.

arraigada que escapou à reflexão crítica: a distinção radical entre pessoas e criminosos que demarca os contornos do projeto jurídico-político. Fichte, ao contrário de Hegel, buscou com entusiasmo esse aspecto excludente da visão de Kant, que geralmente não consta na narrativa ortodoxa de uma evolução do direito penal moderno baseada na filosofia kantiana¹⁴.

Mais importantes para nossos propósitos, a escravidão penal desempenha um papel proeminente nos trabalhos de Feuerbach, sobretudo em seu Código Criminal da Baviera de 1813, aclamado como o primeiro Código Penal alemão moderno, senão o primeiro Código Penal moderno de fato. Foi só recentemente que a historiografia alemã começou a notar essa característica do trabalho de codificação de Feuerbach, após décadas de pura adulação. Até mesmo o leitor mais casual do projeto de Feuerbach dificilmente deixaria de ver as descrições detalhadas do autor para todos os aspectos da idealização e da execução de várias intervenções penais brutais, incluindo a “morte civil” permanente consumada pelo confinamento solitário, em que o escravo penal usa “em ambos os pés uma longa corrente com uma pesada bola de ferro”. O fato de Feuerbach não ser o único a endossar a escravidão penal (ou, no caso de Thomas Jefferson, intervenções penais literalmente extraídas de condenações medievais dos anglo-saxões) meramente muda o foco de Feuerbach, o “pai” do direito penal e da codificação penal alemães, para o projeto jurídico-político liberal do poder penal do Estado em si.

Mesmo assim, vamos supor, para os fins da nossa rápida análise comparada do estado penal dual na Alemanha e nos Estados Unidos, que o desafio do poder penal do estado liberal foi de fato estruturado de forma explícita e compreensiva em território alemão, tendo início com uma potente combinação de reflexões filosóficas e definições jurídico-doutrinárias associadas às produções de Kant e Feuerbach (juntamente com as contribuições Hegel, se não de Fichte) durante a significativa virada do século XIX. A descoberta ou invenção da autonomia como característica distintiva da personalidade implicou uma crítica fundamental não apenas à moralidade, mas também à política. O poder estatal só era legítimo na medida em que era concebido e exercido por meio do direito como o modo de governança que considerava os objetos do governo como pessoas capazes de se autogovernarem, e não como meros objetos de um poder de polícia quase patriarcal (ainda que benevolente). O poder penal apresentou-se como o maior desafio à legitimidade do poder estatal, e o direito penal tanto manifestava quanto res-

14 Vide JAKOBS, *HRRS Strafrecht* 5, p. 88; JAKOBS, *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, p. 167.

pondia a esse desafio (ainda capturado pelo *slogan* de Franz von Liszt, um século depois, de que “o direito penal é *Magna Charta* do delinquente”).

Reconhecer a existência e identificar o paradoxo do poder penal do estado moderno, no entanto, não significa enfrentá-lo e tampouco resolvê-lo. Já notamos uma surpreendente falta de vontade em submeter os textos que fundaram o poder penal do estado liberal a um escrutínio sério. Beccaria e Kant elaboraram as suas respectivas concepções iluministas de pena estatal – que, de outro modo, seriam diametralmente opostas –, de uma forma que, com o que hoje parece ser um truque de mágica, exclui aspectos fundamentais do regime penal de seu alcance legitimador. Em outras palavras, os ideais de Beccaria e Kant sobre o poder penal do estado moderno já operam com a distinção radical entre os objetos do poder penal que caracteriza o estado penal dual.

De qualquer modo, enfrentar o desafio de legitimidade do poder penal em um estado liberal moderno não exige apenas o exame minucioso dos textos fundamentais que definem esse mesmo desafio e apontam o caminho para a sua resolução. Faz-se necessário também testar constantemente as normas, práticas e instituições penais existentes em relação à norma legitimadora relevante. É no mínimo discutível se esse processo essencial de constante escrutínio da legitimidade continua até os dias de hoje na Alemanha. Desde o século XIX, os professores alemães de direito se consideram engajados em um empreendimento assumidamente positivista de “ciência jurídica”. A partir de 1871, a ciência jurídico-penal alemã gira em torno do Código Penal alemão e almeja um compreensivo projeto de construção de um sistema doutrinário ostensivamente baseado no Código ou, pelo menos, limitado por ele (o qual, entretanto, é curto, incompleto e vago o suficiente para deixar considerável espaço para manobras científicas). Um projeto que corre em paralelo, também positivista, embora muito menos ambicioso, se ocupa com o Código de Processo Penal alemão de 1878 (consideravelmente mais detalhado). Em geral, esse vasto projeto doutrinário de direito penal transmitido de uma geração a outra é autossuficiente, com a análise crítica limitada a aspectos de coerência, abrangência e consistência, em vez de lidar com questões fundamentais de legitimidade. Pelo contrário, o poder punitivo do Estado é tido como certo e há algum tempo o desafio tem sido o refinamento doutrinário em vez de um exame contínuo da legitimidade.

A participação de leigos, por exemplo, há muito tempo é considerada, na melhor das hipóteses, inútil e, na pior delas, problemática, porque, embora possa ter funcionado como um contrapeso do poder estatal no século XIX, os funcionários do estado de direito alemão (magistrados e membros do Ministério Público)

há muito tempo são independentes o suficiente para não precisar desse controle. De fato, os participantes leigos são encarados como responsáveis por injetar irracionalidade e incompetência em um processo jurídico essencialmente racional e competente conduzido por funcionários do Estado treinados pela ciência jurídica alemã. O júri independente foi abandonado há décadas; e mesmo os participantes leigos nos tribunais “mistos” remanescentes são menos apreciados do que tolerados, em grande parte porque não é segredo algum que o seu papel no processo penal é, na maioria das vezes, cerimonial (apesar do fato surpreendente que eles têm o poder e os números para vencer os juízes profissionais nas votações, um poder que nunca exercem).

Se assumirmos mais uma vez que o direito penal alemão, graças a Kant e Feuerbach (com o auxílio um tanto incongruente de Beccaria), identificou e formulou o novo desafio de legitimidade representado pela própria noção da ameaça e do uso da violência penal pelo Estado contra os seus próprios constituintes autônomos, e a legitimação contínua do poder penal do Estado caiu em desuso porque o reconhecimento e a definição de um problema foram confundidos com a sua solução. A legitimação do poder penal em um estado democrático liberal moderno exige a crítica constante de seus fundamentos, e não a sensação complacente de que a questão da legitimidade já foi perguntada e respondida há dois séculos.

A legitimidade do poder penal do Estado nunca poderá ser estabelecida em definitivo em um estado liberal moderno fundado na autonomia de seus constituintes. Não existe uma solução única e definitiva para a legitimação sistêmica do poder penal do Estado. Definir a estrutura do regime penal é, por evidente, crucial para a legitimação da violência ameaçada e infligida por ele, mas não é suficiente. A interferência real na autonomia de determinados constituintes do Estado em todos os aspectos, materiais e processuais, pessoais e institucionais, deve ser justificada em cada caso nos termos da *Grundnorm* que a legitima (autonomia)¹⁵.

Uma concepção doméstica de ciência jurídica que (ostensivamente) limita o seu papel a reorganizar a mobília doutrinária pressupondo que as questões de legitimidade foram resolvidas de uma vez por todas pode se tornar indistinguível do projeto estatista de ciência de polícia que o advento do estado de direito considerou anacrônico e a rebatizou como “direito administrativo” (ou “direito de polícia” [*police law*]). Os estudos acadêmicos que promovem a ciência jurídica como doutrina positivista, resumida (mais uma vez, ostensivamente) à busca da

15 Conferir RAWLS, *The Philosophical Review* 64, p. 3 ss.

melhor racionalização das normas estatais (muito importante, porém não limitada ao Código Penal), funcionam como um órgão de boa governança cujo conselho coletivo pode, ou não, chegar aos ouvidos das autoridades do Estado, sem a sugestão incômoda de que a questão da legitimidade, em vez de uma administração mais prudente, possa estar em xeque. Os estudos de direito penal concebidos dessa forma podem ser considerados ciência (em um sentido limitado e técnico), mas não ciência jurídica no sentido moderno do direito.

Por fim, consideremos o estado penal alemão sob a perspectiva da distinção entre direito penal material e processual. No direito penal alemão, há muito tempo a dimensão material tem sido privilegiada em detrimento da processual. A maior parte da atenção legislativa, jurisprudencial e acadêmica tem sido dedicada às normas materiais do direito penal e, mais especificadamente, aos princípios gerais de responsabilidade penal (a parte geral do direito penal) aplicáveis às infrações penais (que compõem a parte especial). Kant mostrou pouquíssimo interesse nos aspectos processuais do direito penal; o mesmo vale para Feuerbach (e Hegel, Fichte, Köstlin, Binding e Liszt), e desde então por todos os demais importantes estudiosos do direito penal alemão. Exceto por episódios ocasionais (políticos) de excitação processual, notadamente durante a adoção do júri no século XIX (inicialmente sob a ocupação francesa, que introduziu o júri francês em grandes áreas da Alemanha, e, posteriormente, por ocasião das “revoluções” alemãs de meados do século XIX), o debate tem sido sobre o direito penal material, ou seja, a descoberta de normas penais, em vez de sua interpretação ou implementação.

Simplificando, com normas materiais consideradas essencialmente autoexecutáveis (e autointerpretáveis), não causa surpresa que a questão da interpretação e da implementação atraia pouco interesse científico sério. Na medida em que foi reconhecida a possibilidade de discricionariedade – e, portanto, de variação – na execução das normas cientificamente concebidas (e, por isso, presumivelmente corretas), ela era considerada um desagradável incômodo que interferia na aplicação adequada das normas oficiais. Sendo assim, ela tinha de ser eliminada. A regra da obrigatoriedade da acusação (*Legalitätsprinzip*) foi criada para proibir o uso da discricionariedade por parte dos membros de um recém-formado Ministério Público, garantindo uma aplicação fiel e igualitária da norma material para o caso concreto, desse modo impedindo uma atuação favorável ao Estado e, ao mesmo tempo, garantindo a implementação correta e completa das normas estatais¹⁶. Hoje em dia, a regra da obrigatoriedade da acusação é equilibrada por ou-

16 Vide COLLIN, „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“?.

tra regra, de acusação discricionária (*Opportunitätsprinzip*): uma regra concebida como uma exceção estrita à regra geral não discricionária. (Os agentes policiais, por sua vez, não estão sujeitos à regra da não persecução discricionária, eles continuam sujeitos à regra da persecução compulsória, ou, melhor, da investigação.)

Assim como os promotores podem atrapalhar a aplicação correta de normas racionais, os participantes leigos também são capazes. Ditos membros leigos, essencialmente ornamentais, dos tribunais mistos alemães hoje são frequentemente vistos como uma interferência amadora na interpretação racional e adequada e na implementação das normas penais, conforme o rigoroso processo analítico (em três etapas) determinado pela ciência jurídico-penal e revisado pelas cortes de apelação (e comentários de juristas).

Em suma, o processo de aplicação e implementação é tido como um problema, uma fonte de erros no que, em condições ideais, seria uma concretização imediata e automática das normas abstratas do direito penal material. Isso suscita exclusivamente questões de administração, de eliminação de lacunas entre a norma e a imposição, entre o geral e o particular. Em que pesem os esforços comuns na criação de um sistema racional e científico de direito penal, deve ser frustrante ver os frutos desse trabalho serem maculados em delegacias de polícia e nos tribunais por meio do exercício incorreto do poder discricionário dos funcionários do Estado (para não falar de leigos). O melhor seria eliminar por completo essa discricionariedade e considerar qualquer resquício dela como um mal necessário que deve ser minimizado na medida do possível.

O papel subordinado do processo penal no estado penal alemão não reflete apenas uma falta de apreciação da necessidade de justificar a ameaça e, certamente, a imposição e a inflicção de violência penal em particulares, em vez de tratá-las como uma questão de normas abstratas, tanto no nível individual quanto no nível institucional (Rawls). Reflete também, mais uma vez, uma concepção policial, meramente formal, do processo penal (consistente com a concepção policial da ciência “jurídica” mencionada *supra*). Tratar o processo penal como uma mera fonte de possível (e talvez até inevitável) erro falha em enxergar o seu papel fundamental de contribuir para a legitimação do exercício do poder (jurídico) penal. Considerar a função do processo penal como mera aplicação correta de normas cientificamente derivadas a fatos corretamente determinados, em vez de considerá-la também (e de forma crucial) como a legitimação da aplicação dessa norma nesse caso específico, ou seja, empregando termos mais familiares (e grandiosos), ver o julgamento como uma mera descoberta da verdade, em vez de também fazer justiça, é adotar uma visão compatível com uma concepção

policial do processo penal, não jurídica. Retomemos o exemplo da participação de leigos: uma concepção policial do processo penal em termos administrativos de implementação não errônea não é compatível com o júri (ou participação leiga significativa de qualquer espécie), visto que este é apenas uma fonte inútil de erros (sobre as normas ou os fatos), em vez de uma manifestação processual da *Grundnorm* de autonomia, por meio do julgamento vicário de outros membros da comunidade relevante, com o autojulgamento real – confissão – reduzido a um significado probatório, em vez de ser tratado como um pré-requisito (tortura).

3 Estados Unidos

A história americana difere da alemã em vários aspectos fundamentais. O desafio do poder penal em um estado liberal moderno nunca foi reconhecido ou devidamente identificado. E, em detrimento do direito penal material, a dimensão processual do direito penal ganhou o centro das atenções. Como resultado, ambos os regimes penais podem ser vistos como aquém da difícil tarefa de legitimar o poder penal liberal, porém de maneiras radicalmente diferentes, inclusive diametralmente opostas.

Os *founding fathers* examinaram minuciosamente os mecanismos institucionais de governança, ponderaram sobre o projeto de um sistema federalista de governo e refletiram muito sobre vários aspectos da relação dos indivíduos com o “seu” governo e muitas outras questões. Contudo, eles nunca submeteram o poder mais impressionante do Estado sobre os seus constituintes a um escrutínio sério à luz dos princípios fundamentais de sua nova ordem política marcada pelo autogoverno democrático, do povo, pelo povo, para o povo (segundo as palavras de Lincoln, durante o segundo momento constitucional dos Estados Unidos), onde não o rei, mas sim a lei, é o rei (para citar Paine mais uma vez). A concepção inglesa do direito penal enquanto manifestação do poder discricionário e essencialmente ilimitado do soberano para proteger a sua paz (a do rei), a manifestação mais imediata do poder de polícia do Estado, sobreviveu praticamente incólume à revolução e à reflexão comunitária que a acompanhou sobre todos os aspectos do governo. A paz do rei foi substituída pela paz da comunidade X, ou do Estado Y, ou, ainda, do povo Z, ou simplesmente do “público”, mas a lógica policial do poder penal permaneceu, colocando o soberano (agora impessoal) contra ameaças à sua paz (e não à dele).

O fenômeno mais próximo de um Kant ou Feuerbach que os Estados Unidos produziram durante o seu período de fundação foi Thomas Jefferson, que foi Kant e Feuerbach em uma só pessoa, como filósofo e realizador, redator da

Declaração de Independência e governador da Virgínia (e, por fim, presidente do país recém-fundado). Para os nossos propósitos mais significativos, Jefferson também foi o redator do texto mais próximo de um Código Penal que os *founding fathers* produziram, a *Bill for Proportioning Crimes and Punishments* (“Projeto de lei para estabelecer crimes e penas”), de 1779¹⁷. Esse projeto de lei fazia parte de um projeto mais compreensivo, com o fim de “revisar” as leis da Virgínia à luz dos princípios que impulsionaram a revolução (e fundamentaram a Declaração de Independência):

[...] todo o nosso código deve ser revisado, adaptado à nossa forma republicana de governo, e, agora que não temos mais os impedimentos de conselhos, governadores e reis para nos privar de fazer o que é certo, ele deve ser corrigido, em todos os aspectos, com um único olhar, para a razão e o para o bem daqueles cujo governo foi criado.

Forçado a assumir a seção de direito penal, pois o membro originariamente designado pelo comitê havia desistido, Jefferson demonstrou pouco interesse e ainda menos familiaridade com o tema. O resultado é um documento tão bizarramente brutal e casuisticamente articulado que os acadêmicos que dedicaram o seu tempo estudando o autor têm se esforçado para entendê-lo como algo diverso de um caderno de caligrafia, “um documento extraordinariamente belo”¹⁸ redigido segundo o estilo pesado de marginalia de Coke, admirado por Jefferson, e repleto de “trechos das leis anglo-saxônicas, as fontes da *common law*”, que ele “escreveu no original, para [sua] própria satisfação”¹⁹.

Em apertada síntese, e, por óbvio, simplificando drasticamente (embora não considere injusta): enquanto na Alemanha o desafio do poder penal no estado de direito liberal moderno, fundado na invenção iluminista da capacidade de autonomia de todas as pessoas enquanto tais, foi reconhecido e identificado; nos Estados Unidos o poder penal do Estado foi simplesmente considerado uma obviedade da soberania e, como um exercício de poder de polícia quase patriarcal, permaneceu fora do escopo do projeto político-jurídico baseado na autonomia iniciado pela geração revolucionária. Consequentemente, nos Estados Unidos o desafio de legitimidade do poder penal no estado de direito liberal moderno nunca foi reconhecido e tampouco identificado. Em vez de ser considerada decisiva para a legitimação do poder estatal na nova república, a questão do poder pe-

17 Em linhas gerais, conferir DUBBER, *Modern histories of crime and punishment*, p. 115.

18 MALONE, *Jefferson and his Time* 1, p. 269-270.

19 JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson* 2, p. 203, nota 1.

nal seguiu um caminho diverso e bastante desgastado (inclusive quando outros remanescentes iniciais, ainda que nominalmente, foram integrados ao projeto jurídico-político geral: mulheres, pessoas de cor e pobres). O segundo grande momento fundamental da história constitucional americana (a Guerra Civil e as suas consequências), em vez de desafiar a exclusão dos criminosos do projeto jurídico-político, consolidou-a ao explicitamente excluir o emprego do poder penal contra eles a partir da abolição da escravidão e da servidão involuntária (Décima Terceira Emenda) e, como se fosse uma questão prosaica da doutrina, classificou os condenados como “escravos do estado”.

A era dos direitos civis (e, indiscutivelmente, o terceiro momento constitucional) de meados do século XX promoveu o reconhecimento de várias proteções constitucionais (na dimensão processual) como parte da pressão exercida pelo governo federal, incluindo a *Supreme Court*, contra o racismo oficial e manifesto no sul do País. Em razão disso, ferramentas notórias de opressão (como as leis de vadiagem que, por sinal, foram derivadas da legislação de polícia da Inglaterra medieval, notadamente o *Statute of Laborers* [“Estatuto dos Trabalhadores”]) foram substituídas por instrumentos formalmente mais sofisticados e muito mais eficazes de interferência e incapacitação discricionários em massa (como o tratamento dos crimes de posse, que – diferentemente da vadiagem – comporta de crimes menores a crimes graves punidos com prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional). Por fim, o resultado, combinando uma expansão vasta e descontrolada do escopo geral e da severidade dos crimes (*overcriminalization* [sobrecriminalização]) e das penas (*overpenalization* [sobrepenalização]) foi o maior projeto de encarceramento em massa visto pela humanidade, por uma ampla margem, e com efeitos devastadores, sobretudo em integrantes de minorias raciais e étnicas.

O fracasso em reconhecer e identificar o desafio do poder penal em um estado liberal moderno, sem mencionar a imensidão e a onipresença da violência penal nos Estados Unidos, especialmente durante o último meio século da chamada “guerra ao crime”, fomenta a questão de se fazer sentido submeter o regime penal americano a uma análise crítica à luz dos compromissos fundamentais associados ao projeto jurídico-político liberal moderno.

Uma análise comparada do direito penal alemão e o americano, tendo como base um contexto sistêmico em comum, contudo, pode ser útil, na medida em que seja aceita a existência de um projeto político-jurídico liberal geral (sem fingir que as diferenças entre a história constitucional americana e, prosseguindo com o nosso exemplo, alemã, são menos significativas do que aquelas entre a

história constitucional inglesa e alemã), e que o importante não é identificar se os Estados Unidos podem ser vistos como participantes de um projeto liberal comum, mas se o direito penal americano, em particular, é tido como um componente desse projeto. Essa última questão, entretanto, seria interna ao projeto liberal geral, independentemente da resposta, e, portanto, não impediria a análise comparada com outros Estados que participam do projeto.

Suponhamos, então, que uma análise histórico-comparada do direito penal alemão e americano em torno da ideia do estado liberal moderno faça algum sentido, para vermos o que ela pode oferecer. Vimos até agora que os projetos penais da Alemanha e dos Estados Unidos são diferentes desde as suas respectivas origens. Um deles reconheceu e situou o desafio do poder penal em um estado liberal; o outro não. Um deles prontamente considerou o desafio penal enfrentado e resolvido, confundindo a formulação de normas gerais com a sua implementação e a postulação de princípios jurídicos fundamentais com a descoberta de verdades científicas imutáveis e, em geral, tratando a legitimação do poder penal do estado liberal como um caso único em vez de um processo contínuo, em todos os níveis e aspectos do processo penal. O outro não tinha essas preocupações, pois, ao fim e ao cabo, não viu qualquer necessidade nova e urgente em legitimar o poder penal no novo estado liberal, visto que os criminosos permaneciam à margem do projeto jurídico-político, como meros objetos do poder de polícia do Estado.

A outra diferença, também indissociável, que merece atenção entre a penalidade alemã e a americana diz respeito ao grau de importância que cada uma atribui ao processo penal. Como vimos outrora, a penalidade alemã se resume a normas materiais, sem processo. A penalidade americana, em contrapartida, é só processo, sem normas materiais.

Em condições ideais, a penalidade alemã começaria e terminaria com a formulação de normas penais, com isso eliminando o processo de interpretação e implementação, visto como uma fonte de muitos, variados e, em última análise, incontroláveis erros praticados pelos funcionários incumbidos da imposição das normas (e, eventualmente, de violá-las). O processo não desempenha nenhum papel na legitimação do poder penal; é um mal necessário que ameaça comprometer a racionalidade de um sistema cientificamente construído de normas penais, acompanhado de um manual de instruções detalhado (a análise em três etapas da responsabilidade penal).

A penalidade americana, por não ter apreciado o novel desafio de legitimidade do poder penal no direito da nova república, não demonstrou qualquer interesse em conceber novos princípios de responsabilidade penal (a parte geral do

direito penal material) ou fazer uma revisão radical do conceito de crime e as suas manifestações (a parte especial), optando por incorporar (e ligeiramente adaptar) a concepção inglesa pré-moderna, extremamente heterônoma, monárquica e patriarcal de crime como violação da paz do soberano. Enquanto isso, ninguém viu qualquer necessidade de repensar os aspectos processuais do regime penal; e, assim, o processo penal inglês foi simplesmente continuado, como se a revolução não tivesse acontecido, ou, melhor, não tivesse nada a ver com qualquer aspecto, material ou processual, do exercício do poder mais impressionante do Estado.

Ainda assim, embora a Constituição Federal americana não tenha dito nada de relevante sobre o direito penal, material ou processual, a sua *Bill of Rights* incluiu várias disposições sobre questões de processo penal. Contudo, nenhuma delas inovou; em vez de apresentarem uma reconceituação do regime penal do Estado a partir de seus fundamentos, elas enumeravam características bastante conhecidas de um processo penal há muito familiarizado com séculos de penalidade patriarcal inglesa. Acreditava-se à época que a própria familiaridade da lista e as suas profundas raízes inglesas pesavam a seu favor.

O processo da penalidade americana, portanto, não foi mais o resultado de uma revisão revolucionária do que a sua essência. Apesar disso, o processo atraiu atenção suficiente entre a geração fundadora para ser incluído nos textos que formaram a nova república. Afinal de contas, a principal queixa revolucionária, “tributação sem representação”, foi enquadrada em termos processuais. A tributação não era o problema; a tributação processualmente inadequada que o era.

Afirmar que as características processuais, ou até mesmo as materiais, do não tão novo regime penal americano eram compatíveis com uma concepção radicalmente heterônoma de penalidade patriarcal fundada na ideia de crime como ofensa à paz do soberano no âmbito privado do lar e no poder discricionário inquestionável e intimamente ligado ao poder discricionário e inquestionável do soberano-patriarca de aplicar a disciplina penal contra qualquer pessoa (ou coisa) que praticasse tal ofensa; contudo, não implica dizer que essas normas, práticas e instituições não possam ser examinadas sob diferentes perspectivas à luz da Revolução Americana ou, de modo mais geral, da inauguração do projeto jurídico-político liberal. Consideremos, por exemplo, a reclamação sobre tributação sem representação. A partir da perspectiva policial, essa queixa pode muito bem fazer sentido em um regime essencialmente heterônimo que, não obstante, ao longo dos séculos evoluiu para incluir características ou privilégios, entre eles a “participação”, que pode ser vista como uma restrição ao ainda impressionante poder do soberano-patriarca, ainda que tão somente na forma de privilégios con-

cedidos como uma questão de graça, e não como direitos, no sentido iluminista de características universais das pessoas enquanto tais.

Ao mesmo tempo, entretanto, a problemática da tributação sem representação pode ser interpretada como uma nova insistência pela conformidade com a *Grundnorm* de legitimidade no novo estado liberal: autonomia. Sob a perspectiva do direito, e não da polícia, a tributação era boa; a tributação sem representação era heterônoma e, por isso, não só imprudente, mas também ilegítima.

Muitos dos “direitos” processuais conhecidos de longa data e enumerados na *Bill of Rights* americana, juntamente com outras características processuais da penalidade moderna (nos Estados Unidos e em outros lugares), podem ser submetidos a uma análise semelhante de duas vias. O júri é visto tanto como um instrumento de opressão real quanto uma manifestação de autogoverno local²⁰; o privilégio do *habeas corpus* como instrumento processual de intervenção dos tribunais reais na jurisdição dos tribunais locais e como a própria encarnação da liberdade pessoal²¹; o privilégio contra a autoincriminação como uma ferramenta de limitação da jurisdição eclesiástica dos tribunais reais e como uma salvaguarda da autonomia do réu²²; os princípios da legalidade e de *ultima ratio* como máximas de polícia discricionárias e como a encarnação do estado de direito²³; até mesmo o acordo sobre sentença tem sido considerado tanto um ato quintessencial de discricionariedade policial ilimitada quanto um núcleo de autonomia mediante negociação em um processo controlado por agentes estatais²⁴. Com certa frequência, as concepções conflitantes de uma determinada norma, prática ou instituição são apresentadas sequencialmente, com uma retratada como se assumisse o lugar da outra; geralmente é uma história feliz, marcando a transição de uma concepção heterônoma (ou, em retrospecto, policial) para uma autônoma (ou jurídica), reencenando, assim, a suposta transição paradigmática do estado de polícia para o estado de direito. Por sua vez, a análise do estado penal dual alerta para a possibilidade de que o objeto da análise crítica contenha aspectos tanto políticos quanto jurídicos e, portanto, reflita a tensão subjacente e contínua entre polícia e direito como modos de governança no âmbito penal.

20 Vide DUBBER, *Comparative Legal History* 3, p. 306.

21 HALLIDAY, *Habeas corpus*.

22 WIGMORE, *Harvard Law Review* 5, p. 71.

23 DUBBER, *From the judge's arbitrium to the legality principle*, p. 365; DUBBER, *Ultima ratio as caveat dominus*.

24 DUBBER, *Stanford Law Review* 49, p. 547.

Conclusão: processo penal e procedimento penal

O aspecto mais significativo da penalidade americana, priorizar a dimensão processual em detrimento da dimensão material (em contraste com o direito penal alemão), não reside no rol de características processuais, em vez de materiais, presente na *Bill of Rights*. Ele está na concepção do sistema penal estatal em sua totalidade como um processo (e não como um conjunto de normas materiais implementadas de forma mais ou menos correta), no mesmo sentido em que o estudo do “processo jurídico” considerado (ou, em suas reencarnações ocasionais, ainda considera) pela *U.S. Legal Process School*, enxergando a totalidade do Estado como um processo. Nesse sentido, o processo penal (que podemos distinguir do procedimento penal, enquanto estudo do aspecto procedimental do estado penal), considera a penalidade estatal de ponta a ponta, incluindo todas as três disciplinas tradicionais do direito penal (direito penal material/*Strafrecht*, direito processual penal/*Strafprozeßrecht* e execução penal/*Strafvollzugsrecht*).

Essa abordagem integral, que desconsidera as distinções doutrinária e institucionais para abordar o sistema penal como um todo (e, portanto, capaz de submetê-lo à análise crítica em todos os seus aspectos, um pré-requisito crucial para a legitimação do poder penal em geral, em vez de uma parcela ou outra dele), merece um olhar mais detido na medida em que pode comportar um projeto de análise crítica do poder penal do Estado sem prejudicar a dimensão material em detrimento da processual (Alemanha) ou vice-versa (Estados Unidos). A abordagem do processo penal produziu três dos textos mais significativos do direito penal americano moderno: o *Model Penal Code*, de Herbert Wechsler (1962), *Two Models of the Criminal Process*, de Herbert Packer (1964/1968), e *The Aims of the Criminal Law*, de Henry Hart (1958). Dos três, o de Wechsler se mostra o mais influente, o de Packer possui a abordagem mais semelhante à do estado penal dual e o de Hart é o mais curto, porém mais promissor.

O *Model Penal Code* (MPC)²⁵ de Wechsler tratou de forma ostensiva o direito penal material (o *American Law Institute* na década de 1930 chegou a elaborar um modelo de Código de Processo Penal, porém esqueável). Como abordado com detalhes em outra ocasião, lido como um documento processual penal, o MPC não parece um modelo de Código Penal, mas sim um modelo de código administrativo de tratamento, que visa atribuir aos agentes públicos no processo penal (desde o diagnóstico preliminar do magistrado até o diretor e o conselho

25 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code* (Proposed Official Draft 1962).

de liberdade condicional) a complexa tarefa de diagnosticar, prescrever e, por fim, administrar o tratamento peno-correcional adequado para a periculosidade anormal de um infrator²⁶. Divergindo pouco da ciência contemporânea do direito penal alemão, ele considera todas as questões fundamentais acerca do propósito da pena estatal (ou, melhor, do tratamento peno-correcional estatal) como cientificamente resolvidas. O fato da sua versão de verdade científica destoar significativamente da alemã é irônico, porém não vem ao caso.

Dito isso, também é verdade que as concepções de crime/infração e pena/tratamento do MPC cuidadosamente evitam questões “filosóficas” sobre capacidade de autonomia, optando por algo que poderíamos denominar de uma abordagem exaustivamente policial, que, em nome ciência (social), aborda a questão central não como um problema de culpabilidade ou escolha autônoma, mas sim de periculosidade criminal. Ele substitui a punição atávica decorrente da prática de um ato ilícito por um tratamento “moderno” para a sociopatia. O MPC concebe um sistema penal que implementa de forma competente essa concepção tratamentista da penalidade estatal como tratamento peno-correcional. Não há interesse pela questão material, porque esta já foi resolvida e apenas a questão do processo (no sentido institucional de um sistema de implementação) permanece. O *Model Penal Code*, portanto, é um exercício de ciência de polícia disfarçado de projeto de codificação jurídico-penal.

Wechsler, o processualista responsável pelo projeto do MPC, no entanto, reconheceu que o Código não funcionaria adequadamente como um sistema para processamento de suspeitos de práticas de crimes, desde o diagnóstico preliminar até o tratamento peno-correcional indicado, se resumido a uma coleção de normas materiais (referentes às partes geral e especial do direito penal). Para que fosse bem-sucedido, o Código precisava se debruçar sobre questões de projeto institucional, incluindo a identificação e ordem das tarefas necessárias, a sua atribuição aos agentes estatais apropriados e, por fim, os limites adequados de discricionariedade para cada agente e a sua orientação por meio de normas apropriadas (abarcando padrões amplos e flexíveis em uma extremidade a regras estreitas e rígidas em outra). Os fundamentos dessas características do processo penal não se preocuparam com a legitimação do poder penal estatal; elas foram concebidas para fazer com que um sistema racional funcionasse racionalmente, promovendo o objetivo de identificar e eliminar objetos penais diagnosticados

26 DUBBER, *Foundational texts in modern criminal law*, p. 239.

como fonte de periculosidade anormal. Todos os componentes do sistema penal, inclusive os princípios de direito material sobre a responsabilidade penal (*mens rea*, principalmente) e as definições de crime (posse, perigo, *inchoate offenses*²⁷), bem como os aspectos processuais e institucionais (diagnóstico judicial preliminar de periculosidade, acompanhado de diagnóstico especializado de psiquiatras e penólogos, revisado por agentes penitenciários), foram projetados com esse objetivo em mente.

A estrutura de dois modelos de processo penal de Packer também abrange o sistema penal como um todo, incluindo elementos materiais e processuais. O modelo de “devido processo legal” (caracterizado por um forte compromisso com a *mens rea*, na dimensão material, e com o julgamento por júri e a presunção de inocência, na dimensão processual) buscava justiça; o modelo de “controle do crime” (caracterizado por *strict liability*, *plea bargaining* e presunção de culpabilidade) buscava eficiência. Não é difícil de vislumbrar os dois modelos de Packer como uma versão americana particular, pós-Segunda Guerra Mundial, da distinção entre polícia penal e direito penal, derivada de um feliz consenso sobre a decência dos agentes estatais, promovendo o interesse público, sem qualquer indício das décadas de guerra ao crime, radicalmente divisiva e racializada, que estavam por vir. Packer apresentou a distinção pela primeira vez em 1964; a versão em livro, pretensiosamente intitulada *Os limites da sanção penal* [*The Limits of the Criminal Sanction*], foi publicada em 1968²⁸, o mesmo ano em que Richard Nixon convocou uma guerra das “forças da paz” contra “as forças criminosas deste país”.

O excelente artigo de Hart sobre “os objetivos do direito penal” (*The aims of criminal law*²⁹) é um *tour de force* processual que considera o processo penal a partir das perspectivas de seus criadores e participantes, que vão desde os constituintes, os legisladores, a polícia, os membros do Ministério Público, os tribunais até as “autoridades correcionais” (embora não considere o júri, o réu, o advogado ou a vítima). Ao contrário do MPC de Wechsler, Hart não se contentou em assumir que as novas ciências sociais (entre elas a criminologia e a penologia) haviam produzido o relato científico definitivo sobre o crime e a pena, ou, melhor, “tra-

27 NT: Dentro da categoria das *inchoate offenses* (“infrações incipientes”, em tradução literal) encontra-se a criminalização de atos preparatórios e de estágios prévios ao perigo abstrato nos países de *common law*. Com mais detalhes, ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. 6. ed. Oxford: Oxford University press, 2009. p. 437 ss.

28 PACKER, *The limits of the criminal sanction*; PACKER, *University of Pennsylvania Law Review* 113, p. 1.

29 HART JR., *Law and Contemporary Problems* 23, p. 401.

tamento”, que se manteve longe de conceitos vagos e indeterminados como autonomia, voluntariedade, vontade ou culpabilidade. Em contrapartida, Hart não tratou a concepção de pena como tabu e se recusou a substituir as referências a ela pelo eufemismo de “tratamento”; em vez disso, ele declarou de forma abrangente e (segundo o próprio autor) evidente que “a função do direito” e, portanto, também do direito penal, “é permitir que [o homem] realize suas potencialidades como ser humano por meio das formas e modos de organização social” e, em particular, a “capacidade pessoal de decisão responsável”³⁰.

Hart não produziu um argumento para essas afirmações majestosas, em termos dos compromissos do projeto jurídico-liberal moderno em geral ou da versão americana desse projeto em particular, nem apresentou um relato histórico ou comparativo sobre os fundamentos e a evolução dessa concepção do direito em geral e do direito penal em particular. Contudo, ele reconheceu a necessidade de enfrentar essas questões básicas do direito como modo de governança e do direito penal como uma – particular e significativa – instância desse modo. Ao mesmo tempo, Hart adotou uma visão sistêmica da penalidade como processo penal, incluindo todos os seus aspectos, independentemente da classificação tradicional em normas materiais e processuais, com o objetivo de desenvolvê-la para melhor atender aos “objetivos do direito penal”.

A partir dessa perspectiva, o ensaio de Hart ilustra uma maneira de ir além da distinção entre a abordagem alemã, centrada na dimensão material, e americana, centrada na dimensão processual, para a análise do poder penal do Estado por meio do direito. Somente de uma perspectiva integrativa e sistêmica sobre o regime penal do Estado se pode esperar um inventário de seus aspectos e uma operação compreensiva o suficiente para possibilitar o tipo de crítica profunda, ampla e contínua do exercício do poder penal do Estado em relação à *Grund-norm* do direito, autonomia, que um compromisso com o projeto jurídico-político liberal moderno exigiria.

Referências

AA.VV. Symposium, Lay participation in modern law. Comparative Legal History, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 224-324, 2016.

30 HART JR., *Law and Contemporary Problems* 23, p. 409 e 440.

BECCARIA, Cesare. On crimes and punishments. [s.l.]: [s.n.], 1764. (= Dos delitos e das penas. 2. ed. Tradução: José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.)

COLLIN, Peter. „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“?: Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium. Von den Anfängen bis 1860. Frankfurt am Main: Klostermann, 2000.

DUBBER, Markus D. American plea bargains, German lay judges, and the crisis of criminal procedure. *Stanford Law Review*, [s.l.], v. 49, n. 3, p. 547-605, 1997. DOI: 10.2307/1229343.

DUBBER, Markus D. “An Extraordinarily Beautiful Document”: Jefferson’s Bill for Proportioning Crimes and Punishments and the Challenge of Republican Punishment. In: DUBBER, Markus D.; FARMER, Lindsay (ed.). *Modern Histories of Crime and Punishment*. Redwood City: Stanford University Press, 2007. p. 115-150. DOI: 10.1515/9780804768412-008.

DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

DUBBER, Markus D. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [s.l.], v. 91, n. 4, p. 829-996, 2002. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol91/iss4/1>. Acesso em: 9 jul. 2024.

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

DUBBER, Markus D. The legality principle in American and German criminal law: an essay in comparative legal history. In: MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMAKI, Heikki (ed.). *From the judge’s arbitrium to the legality principle: legislation as a source of law in criminal trials*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 365-386.

DUBBER, Markus D. The Model Penal Code, legal process, and the alegitimacy of American penalty. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 239-261.

DUBBER, Markus D. *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*. New York: Columbia University Press, 2005.

DUBBER, Markus D. The schizophrenic jury and other palladia of liberty: a critical historical analysis. *Comparative Legal History*, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 307-324, 2015. DOI: 10.1080/2049677X.2015.1110975.

DUBBER, Markus D. *Ultima ratio as caveat dominus: legal principles, police maxims, and the critical analysis of law*. [s.l.]: [s.n.], 2013. DOI: 10.2139/ssrn.2289479.

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal law: a comparative approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ESMEIN, Adhémar. *A history of continental criminal procedure: with special reference to France*. Boston: Little, Brown and Company, 1913.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern*. [s.l.]: [s.n.], 1810.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Textbook of the Common Penal Law in Force in Germany*. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 373-388.

FREUND, Ernst. *Cases on administrative law selected from decisions of English and American courts*. St. Paul: West Publishing Company, 1911.

FREUND, Ernst. *The police power: public policy and constitutional rights*. Chicago: Callaghan & Company, 1904.

HALLIDAY, Paul D. *Habeas corpus: from England to empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

HELLER, Kevin Jon; DUBBER, Markus D. (ed.). *The handbook of comparative criminal law*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

HART JR., Henry M. *The aims of the criminal law*. *Law and Contemporary Problems*, v. 23, n. 3, p. 401-441, 1958. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss3/2/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

HAY, Douglas. *Property, authority and the criminal law*. In: HAY, Douglas; LINEBAUGH, Peter; RULE, John G.; THOMPSON, E. P.; WINSLOW, Cal (ed.). *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*. New York: Pantheon Books, 1975. p. 17-63.

JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. *HRRS Strafrecht*, [s.l.], v. 5, n. 3, p. 88-95, 2004. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?sz=6>. Acesso em: 9 jul. 2024.

JAKOBS, Günther. *Zur Theorie des Feindstrafrechts*. In: ROSENAU, Henning; KIM, Sang-gyun (hrsg.). *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Lang, 2010. p. 167-182. (= *On the Theory of Enemy Criminal Law*. Tradução: Raymond Youngs e Markus Dubber. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 415-424.)

JEFFERSON, Thomas. Letter to George Wythe (Nov. 1, 1778). In: FORD, Paul Leicester (ed.). *The writings of Thomas Jefferson (1776-1781)*. New York/London: G.P. Putnam's Sons, 1893. p. 203-220.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Herausgeben von Wilhelm Wischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, v. VIII, 1977. (= *Metafísica dos costumes*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.)

KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Königsberg: [s.n.], 1797.

KOCH, Arnd. *Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation: Von Feuerbach zum Reichsstrafgesetzbuch*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin, v. 122, n. 4, p. 741-756, 2010. DOI: 10.1515/zstw.2010.741.

LANGER, Máximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana (ed.). *The Oxford handbook of criminal law*. Oxford: Oxford university Press, 2014. p. 887-912.

MALONE, Dumas. Architect of Laws: Slavery and Crime. In: MALONE, Dumas. *Jefferson and his time: Jefferson the Virginian*. Boston: Little, Brown and Company, v. 1, 1948. p. 261-273.

NAUCKE, Wolfgang. *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*. Hamburg: Hansischer Gildenverl, 1962.

NELSESTUEN, Grant A. Oikonomia as a Theory of Empire in the Political Thought of Xenophon and Aristotle. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, [s.l.], v. 57, n. 1, p. 74-104, 2017. Disponível em: <https://grbs.library.duke.edu/index.php/grbs/article/view/15759>. Acesso em: 9 jul. 2024.

PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*, [s.l.], v. 113, n. 1, p. 1-68, 1964. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol113/iss1/1/. Acesso em: 9 jul. 2024.

RADBRUCH, Gustav. *Paul Johann Anselm Feuerbach: Ein Juristenleben*. Wien: Springer, 1934.

RAWLS, John. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, [s.l.], v. 64, n. 1, p. 3-32, 1955. DOI: 10.2307/2182230.

ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. (ed.). *Comparative criminal procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2016.

SCHNEEWIND, Jerome B. *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

WHITMAN, James Q. *Harsh justice: criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WIGMORE, John H. *Nemo tenetur seipsum prodere*. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 71-88, 1891. DOI: 10.2307/1321425.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Agradecimentos

Agradeço à Fundação Alexander von Humboldt, à *Royal Society of Canada* e à *Social Sciences and Humanities Research Council of Canada* pelo financiamento da pesquisa, bem como aos Professores Klaus Günther (*Goethe-University Frankfurt/Excellence Cluster "Normative Orders"*) e Tatjana Hörnle (*Humboldt-University Berlin*) pela gentil hospitalidade.

Sobre o autor:

Markus Dubber | E-mail: markus.dubber@utoronto.ca

Doutor em Direito (Universidade de Stanford/EUA). Professor (Universidade de Toronto/Canadá).

Recebimento: 01.11.2025

Aprovação: 15.02.2025

Artigo convidado