

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CLEBER FREITAS DO PRADO

**DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE À CRIMINALIDADE DO CONTROLE
ESTATAL: a expansão do novo modelo de Direito Penal e a sua ineficiência na
concretização de direitos fundamentais**

SÃO LEOPOLDO

2009

CLEBER FREITAS DO PRADO

**DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE À CRIMINALIDADE DO CONTROLE
ESTATAL: a expansão do novo modelo de Direito Penal e a sua ineficiência na
concretização de direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

2009

P896d Prado, Cleber Freitas do

Do controle da criminalidade à criminalidade do controle estatal: a expansão do novo modelo de Direito Penal e a sua ineficiência na concretização de direitos fundamentais / por Cleber Freitas do Prado. -- 2009.

184 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. André Luís Callegari, Ciências Jurídicas”.

1. Direito Penal. 2. Política Criminal - Pena. 3. Sistemas Penais. 4. Direitos Fundamentais. I. Título.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*Do controle da criminalidade à criminalidade do controle estatal: a expansão do novo modelo de Direito Penal e a sua ineficiência na concretização de Direitos Fundamentais*”, elaborada pelo mestrando **Cleber Freitas do Prado**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de fevereiro de 2009.

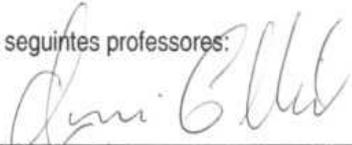
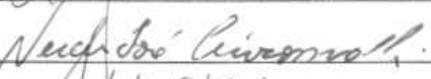
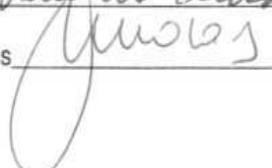

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís callegari

Membro: Dr. Nereu José Giacomolli

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor André Luis Callegari, pela prestimosa ajuda, pelos imprescindíveis e preciosos conselhos despendidos na elaboração deste estudo, pelo empréstimo de valiosas obras e pela total disponibilidade de amparo e orientação nessa saborosa empreitada;

Meu agradecimento especial ao Ministério da Educação, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pelo auxílio financeiro para a realização do Mestrado na Unisinos, e o conseqüente investimento nesse estudo científico.

Agradeço também, à Direção do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, pelo acolhimento, pela disponibilização de recursos humanos de grande capacitação, bem como de recursos materiais imprescindíveis ao desenvolvimento dos estudos em prol do resultado que aqui se apresenta.

Meus mais sinceros agradecimentos ao amigo e Professor Doutor Antônio Carlos Nedel, pelos conselhos profissionais, pelos conhecimentos teóricos, filosóficos e culturais transmitidos, bem como pela grande motivação e estímulo, essenciais para o alcance do título de Mestre em Direito Penal na Unisinos.

Aos meus pais, Saldanha e Teresinha, e ao meu irmão Marcelo, pelo carinho e apoio incondicionais, bem como pela compreensão diante das intensas horas de estudos e reflexões, nesses dois anos de Mestrado acadêmico.

"As coisas não passam pelo que são, mas pelo que parecem. Raros são os que olham por dentro e muitos os que se contentam com as aparências."

Baltazar Gracián, *A arte da prudência*, p.61.

RESUMO

O presente estudo aborda o problema da utilização do Direito Penal como instrumento de controle social, através da expansão das suas linhas de intervenção, das reiteradas práticas de criminalização de condutas novas e do endurecimento de outras já criminalizadas, na perspectiva da sociedade do risco. Nesse contexto de expansão, os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal não se concretizam, tendo em vista que: o indivíduo-infrator não tem assegurado as suas garantias na persecução, no processo e na aplicação da pena; ao passo que, os direitos fundamentais coletivos não se concretizam pela fragilidade dos programas de Política Criminal. Assim, o desatendimento do anseio constitucional repercute na ineficiência estatal do exercício do *jus puniendi*, bem como, na tutela de tais bens e interesses constitucionais, cenário que denuncia o caos da Política Criminal vigente no Brasil. Isso resulta na ausência de controle da criminalidade e na presença da violência do controle estatal em sua resposta.

Palavras-chave: Política Criminal. Pena. Sistemas Penais. Direitos Fundamentais.

RESUMEN

El presente estudio aborda el problema de la utilización del Derecho Penal como instrumento de control social, a través de la expansión de sus líneas de intervención, de las reiteradas prácticas de criminalización de conductas nuevas y del endurecimiento de otras ya criminalizadas, en la perspectiva de la sociedad de riesgo. En ese contexto de expansión, los derechos fundamentales insertos en la Constitución Federal no se concretizan, debido a lo siguiente: el individuo infractor no tiene aseguradas sus garantías en la persecución, en el proceso y la aplicación de la pena; en cuanto que los derechos fundamentales colectivos no se concretizan por fragilidad de los programas de Política Criminal, tomando en cuenta que el individuo es elemento integrante de la comunidad, y por eso, la falta de atención del anhelo constitucional repercute en la ineficiencia estatal del ejercicio del *jus puniendi*, así como, en la tutela de tales bienes e intereses constitucionales, escenario que denuncia el caos de la Política Criminal vigente en Brasil. De eso resulta la ausencia de control de la criminalidad y la presencia de la violencia del control estatal en su respuesta.

Palabras clave: Política Criminal. Pena. Sistemas Penales. Derechos Fundamentales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A OSCILATÓRIA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL: DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS AOS DELITOS DE PERIGO.....	14
2.1 A evolução do direito de punir: das singelas organizações sociais à complexidade da sociedade pós-industrial.....	14
2.1.1 O Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Fato.....	26
2.1.2 O alargamento das barreiras de punição criminal na sociedade do risco e a (pretendida) manutenção do controle social.....	42
2.2 DA TUTELA ESTATAL AOS DELITOS DE PERIGO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DE TUTELA INÉDITA	57
2.2.1 Da proteção dos bens jurídicos clássicos à tutela de “novos” bens jurídicos.....	63
3 AS (PRETENDIDAS) FUNÇÕES DA PENA NO NOVO MODELO PENAL DE SEGURANÇA.....	86
3.1 A FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA (TEORIA ABSOLUTA).....	93
3.2 FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA (TEORIA RELATIVA)	98
3.2.1 Teoria da prevenção geral.....	99
3.2.2 Teoria da prevenção especial.....	110
3.3 A FUNÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA.....	116
4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DICOTOMIA: SEGURANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DA PENA	123
4.1 A RELAÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E SOCIEDADE E O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA	123
4.2 A CONCEPÇÃO GARANTISTA E A MÁXIMA DEFESA DO INDIVÍDUO	128
4.3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A MÁXIMA REPULSA AO INIMIGO.....	140
4.3.1 O Direito Penal Simbólico e o ressurgir do punitivismo.....	144
4.4 A SEGURANÇA CIDADÃ E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO	159
5 CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS	178

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo está conectado à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Sua relevância científica e acadêmica consiste na identificação dos multifatores contextuais que forjam a política criminal no Brasil, buscando, com isso, estabelecer pautas adequadas de discussão e reflexão crítica, acerca do fenômeno da criminalidade, e o papel desempenhado pelo Estado e pela sociedade nessa interação.

O Direito que rege uma sociedade está intimamente ligado ao seu contexto histórico e cultural. Por esse motivo, como enfatiza Nilo Batista, “quem quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano, ou o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam (...)”.¹ Tais elementos quando verificados, permitem ao jurista compreender a expressão do Direito e questionar a sua (eventual) involução.

Sendo assim, o Direito Penal é concebido, ainda segundo Nilo Batista, para “cumprir funções concretas dentro de, e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.²

Sob tais premissas, é importante tomarmos consciência, não apenas de quais fatores, mas, sobretudo, da extensão que eles exercem sobre o plano de desenvolvimento e concretização da política criminal³ contemporânea, em tempos de alta complexidade e

¹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 19.

² Ibid., pp. 19-20.

³ Para Mir. Puig, Política Criminal consiste, num primeiro sentido, naquele setor da política que guarda relação com a forma de tratar a delinquência: se refere ao conjunto de critérios empregados ou a empregar-se no tratamento da criminalidade. Cada ordenamento jurídico-penal responde a uma determinada orientação político-criminal e expressa uma concreta política criminal (na prática, através de seus órgãos e agentes públicos). Nesse sentido, a política criminal não é uma disciplina teórica, senão uma orientação prática de determinação do *modus operandi* estatal no combate à criminalidade. Porém, há sua utilização em outro sentido: enquanto atribuição de ramo do saber que tem por objeto o estudo da política criminal efetivamente seguida pelo Direito Penal, ou o que este deveria expressar. Em outro sentido, ainda, a Política Criminal pode ser vista como uma disciplina que se ocupa do Direito Penal desde um prisma distinto, e complementar ao plano da dogmática jurídica e da Criminologia enquanto Sociologia do Direito Penal. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, pp. 59-60. Segundo García-Pablos de Molina, “a Criminologia como ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção

difusão aleatória de riscos. Construir tal reflexão proporcionar-nos-á o dimensionamento de um panorama da situação vigente da criminalidade no Brasil, para, então, buscarmos soluções viáveis de enfrentamento desse problema, sem, contudo, desrespeitarmos a essência e a cultura constitucional democrática que impera desde 1988 em nosso país.

Sob tal aspecto reflexivo, não é difícil constatarmos que a resposta do Estado à ocorrência de um crime tem sido dada sob pilares de puro irracionalismo, seja na elaboração legislativa de tipos penais criminalizantes, mediante a formulação de políticas de progressiva criminalização de condutas anteriores à ocorrência do perigo de dano, seja na condução das investigações, seja na formação da culpa no processo penal. Nesse aspecto, podemos identificar uma primeira consequência lastreada na inobservância, por parte do detentor do monopólio da jurisdição estatal-penal, dos direitos fundamentais do indivíduo no processo e na persecução penal, ao passo que deixa de atender aos direitos fundamentais coletivos, quando frustra a responsabilização penal do acusado, ou a eficaz execução da pena imposta ao mesmo, motivada por sucessivas falhas de logística criminal.

Nesse passo, nossa Constituição Federal acompanhou os movimentos históricos de conquistas da cidadania, e de direitos individuais convertidos em garantias do cidadão frente

positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito. (...) Não renuncia, porém, a uma análise 'etiológica' do delito (da 'desviação primária') no marco do ordenamento jurídico como referência última. Com isso se distancia das conhecidas orientações radicais, fortemente ideologizadas, que conceberam a Criminologia como mera teoria da desviação e do controle social, isto é, como apêndice da Sociologia (teorias da criminalização). A definição sugerida atende, assim, tanto a gênese e etiologia do crime (teorias da criminalidade) como ao exame dos processos de criminalização". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução e organização de Luiz Flávio Gomes. Vol. V, 6ª ed. reform. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 32-33. O sentido de Política Criminal, que trabalharemos ao longo desse estudo, está direcionado na definição empregada por Mir. Puig e García-Pablos de Molina, como forma de construirmos uma reflexão acerca do fenômeno social da delinqüência e das respectivas ações estatais na tutela de diferentes bens jurídico-penais (individual e coletivo) refletidos no âmago constitucional. Assim, importa referir ainda outras posições teóricas, consoante JESCHECK, por sua vez, a definição de Política Criminal, constituída como elemento de conexão (do Estado) com as causas do delito, debate acerca dos moldes de redação dos tipos penais para que correspondam com a realidade do delito, intenta determinar o modo em que se desenvolvem seus efeitos às sanções aplicadas em Direito Penal, considera até que limite o legislador pode estender o alcance do Direito Penal para não restringir mais do que o absolutamente necessário o espaço de liberdades do cidadão e prova se o Direito Penal material está adequadamente configurado para poder ser aplicado no processo penal. JESCHECK colaciona como princípios básicos da Política Criminal os seguintes: princípio da culpabilidade; princípio do Estado de Direito e o princípio da humanidade. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002, p. 24. Por fim, ressaltamos a concepção de Von Liszt, na Alemanha de 1909, para quem, Política Criminal consiste no conhecimento acerca da questão do fundamento jurídico e dos fins do poder estatal penal, assim como da origem e da natureza do crime. A solução científica dessas questões é objeto da Política Criminal, que se estriba na criminologia. LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909, p. 7.

ao poder (punitivo) do Estado, de modo a limitá-lo em sua atuação e intervenção penal, quando esta se mostre desarrazoada.

Por outro lado, essa mesma Carta Cidadã, trouxe para seu bojo, direitos fundamentais de essência coletiva, como resposta aos movimentos de igualdade social, racial, sexual, visando ao desenvolvimento de uma identidade democrática plural de cidadania dentre os organismos integrantes da rede social.

Sob tais perspectivas, deflagradoras de um ambiente democrático e inicialmente coeso, surgem problemas de co-interação entre os referidos direitos fundamentais dirigidos ao indivíduo e à coletividade, por ocasião da ocorrência de um delito. O crime, que por si só, já é um fenômeno social devastador em suas conseqüências, provoca o agravamento de sensações de incertezas, inseguranças, patologias e temores, que já são inerentes à atual sociedade pós-industrial, assentada em abundantes gradações de diversas e diferentes espécies de riscos.

Dentro dessa dimensão social, ordenada em torno da imprescindível suportabilidade de riscos, assistimos à progressiva antecipação da intervenção penal sobre as condutas que se presumem passíveis de gerarem danos. Com isso, o ônus da suportabilidade do risco, não sendo passível de neutralização ou eliminação, é transferido da coletividade contemporânea para o indivíduo-alvo, isto é, procede-se na antecipação de barreiras punitivas do Direito Penal, na supressão legislativa de garantias fundamentais do cidadão, na imposição de regimes de exceção, na sobreposição de elementos caracterizadores do Direito Penal do autor, incidentes sobre as vias do procedimento judicial e extrajudicial de promoção pelo Estado, sem a relevância do paradigma democrático-constitucional.

Diante desse cenário, a manutenção da ordem coletiva acaba sendo o vetor máximo da postura de concretização da política criminal moderna. Assim, dentre os indivíduos, que suportarão o ônus da sobrecarga da árida intervenção penal contemporânea, excluem-se aqueles que possuem privilegiada condição social ou forte influência política, necessária para esquivar-se do perfilamento subjetivo de constatação delinquencial por parte desse sistema inocuidador. Nesse último aspecto, entra em cena o Direito Penal do autor, justamente para selecionar e estigmatizar os “inimigos” do Estado e da sociedade, mercedores da rígida incidência de um pesado Direito Penal, maximizado em torno de premissas antidemocráticas.

Sob esse panorama, deparamo-nos com dois problemas centrais, onde o segundo é conseqüência do primeiro, consistentes nas seguintes indagações: a antecipação de barreiras punitivas do Direito Penal, mediante a formação de delitos de perigo abstrato, consegue dar conta do controle de riscos, aos quais, a sociedade pós-industrial está exposta?

E, além disso, diante da necessidade de solidificarmos a cultura da prevalência constitucional sobre os parâmetros de fomento da Política Criminal nessa complexa sociedade do risco, torna-se indispensável refletirmos acerca dos fatores que obstaculizam a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo e, até mesmo, da coletividade, na persecução penal e no combate estatal ao crime, reunindo subsídios, para então, possibilitar-nos a formulação de uma resposta relacionada ao segundo problema suscitado nesse estudo, consistente na seguinte indagação: como equalizar os interesses entre o indivíduo e a sociedade, dentro da persecução penal estatal, sem comprometer a prestação de segurança pública à coletividade, e, ainda, sem comprometer a concretização de direitos fundamentais do indivíduo, em meio aos sistemas penais de ideologias teóricas contrapostas?

Sob tais perspectivas, acreditamos que a antecipação das barreiras de intervenção penal do Estado não se mostra suficientemente apta a servir de instrumento constitucionalmente idôneo de controle dos riscos da complexa sociedade contemporânea. E, conseqüentemente, a transferência do ônus de suportabilidade de tais riscos, para indivíduos-alvo de uma persecução penal rígida, que se utiliza de um Direito Penal inocuidador, não se mostra eficaz no combate ao fenômeno da criminalidade na sociedade pós-industrial.

Nossa segunda hipótese, formulada a partir do segundo problema, está assentada, num primeiro momento, na reflexão crítica, acerca dos sistemas penais divergentes, convergidos e chamados a dar respostas aos problemas concernentes à criminalidade, bem como, num segundo momento, na investigação da possibilidade de harmonizar uma tutela eficiente e concomitante de preservação de interesses e bens jurídicos de índole individual e coletiva, em termos de promoção de uma Política Criminal racionalizada, e menos impetuosa ou anímica.

Nesses termos, acreditamos na viabilidade de concomitante tutela estatal a bens e interesses jurídicos individuais e coletivos, sendo que, para tal objetivo, acreditamos que o vetor norteador dessa equalização de eficiência estatal reside na Constituição e no fomento de

uma cultura constitucional institucionalizadora dos meandros da política criminal, e, por conseguinte, dos seus órgãos e agentes públicos designados a intervirem no fenômeno do crime.

Assim, para encaminharmos o desenlace desses complexos problemas relacionados à segurança pública, dentro de um país em desenvolvimento, de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, é necessário aprofundarmos uma investigação sobre os fenômenos e os movimentos sociais que se formam na atualidade, e, ainda, por quais fatores institucionais eles são atravessados cotidianamente, como forma de clarear a espécie de estímulos ativadores do processo de ação/reação do sistema social, tanto em relação aos riscos advindos de novas técnicas do progresso tecnológico, do aumento do contingente populacional, bem como, em razão das conseqüentes crises de escassez de bens e recursos naturais, tendentes a fomentarem a competição dentre os homens, com importantes reflexos na seara criminal.

Por essa razão, nosso primeiro capítulo parte de uma breve releitura dos movimentos históricos de oscilação das tendências referenciais do direito de punir, mediante a descrição de distintas fases relacionadas a conseqüentes avanços civilizatórios, bem como, de retrocessos em função do autoritarismo na utilização do Direito Penal como instrumento de controle e coesão social. Ainda dentro desse primeiro capítulo, e acompanhando o transcurso dos tempos da humanidade e a co-existência do Direito Penal, vamos desenvolver um apanhado situacional da conformação dos agentes e dos elementos que se entrecrocaram com a ciência criminal, a fim de precisar os fundamentos que forjam as modernas linhas da política criminal nessa quadra da história, e os termos da relação que ela impinge e estabelece com a sociedade brasileira. Para tanto, vamos desenvolver os lineamentos do denominado fenômeno de ampliação e antecedência das barreiras de intervenção penal, centrando-se na análise da função exercida pelos delitos de perigo abstrato e pela formatação típica de novos bens jurídicos alinhavados sob as cercanias punitivas do Direito Penal, de modo a estimular uma importante reflexão acerca dessa radical necessidade de ampliação do alcance das linhas penais nesse complexo cenário social.

Na seqüência, por ocasião do segundo capítulo, passaremos a analisar as pretendidas funções impingidas à pena, sendo esta, consistente no instrumento de maior aproximação das finalidades existenciais do Direito Penal. A finalidade intrínseca a esse apanhado capitular, reside na necessidade de estabelecer os lineamentos demarcatórios da intenção punitiva ao

longo da história da humanidade e do direito de punir, mediante o alinhamento das posturas teóricas desenvolvidas na tentativa de justificar e delimitar as razões inerentes à aplicação da pena ao infrator da norma penal. Queremos, com isso, estabelecer a construção de uma visão panorâmica acerca do papel desempenhado pelo Direito Penal, e as possíveis relações que ela – a pena – pode ter com os fenômenos tecnológicos, sociais e antropológicos da sociedade complexa do risco, o que nos permitirá complementar os estudos do primeiro capítulo, a fim de estabelecer as linhas de compreensão das razões que permeiam as posturas ideológicas que conformam a atual política criminal executada no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo buscará identificar o grau de permeabilidade da política criminal no Brasil, em relação aos sistemas penais que aqui aportaram suas influências doutrinárias, atinentes ao trato do fenômeno da criminalidade. Iremos, ainda, verificar o posicionamento da Constituição Federal em tais sistemas penais, buscando averiguar o grau de aferição constitucional implicados nos dogmas sistêmicos em análise, especialmente, em relação à tutela de bens jurídicos clássicos e novos no seio da sociedade do risco, ligados à segurança cidadã e ao Direito Penal do Inimigo, e de seu vetor oposto, o Garantismo Penal: principais atores do “jogo criminal”, fomentador da oposição dicotômica entre o indivíduo e a coletividade, quando o objeto de estudo é o crime, e a criminalidade fenomênica.

Assim, buscaremos diagnosticar o grau de eficácia que tais sistemas penais oferecem à tutela harmoniosa de bens jurídicos constitucionais, de amplitude individual e coletiva, e se suas concepções preservam direitos fundamentais conquistados no passado, concomitantemente implicados com posturas instrumentais de tutela à segurança do organismo coletivo, nessa sociedade complexa, fortemente influenciada por diferentes espécies de riscos.

2 A OSCILATÓRIA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL: DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS AOS DELITOS DE PERIGO

2.1 A evolução do direito de punir: das singelas organizações sociais à complexidade da sociedade pós-industrial

O homem é um ser eminentemente social, isto é, não pode viver isolado do convívio com seus semelhantes; muito pelo contrário, devido à sua condição existencial, torna-se natural (e essencial) o intercâmbio com outras pessoas, para assim, inserir-se no contexto de uma realidade coletiva e cultural ramificada. Como não consegue alcançar sua plenitude isoladamente, está obrigado a estabelecer o contato e a interação com os demais sujeitos da sociedade em que (con)vive. Entretanto, o homem é um animal insatisfeito, devido aos seus impulsos naturais e inconstantes, e isso, dá origem aos conflitos advindos desse relacionamento interpessoal, caracterizado pela colisão de interesses oriundos das atividades entre os diferentes membros da comunidade. Daí, necessário se faz, a regulação de tais conflitos pelo Direito, sob pena de frustrar o convívio pacífico em sociedade.

Diante disso, o Direito registra a sua existência desde os primórdios da humanidade, ainda que de modo rudimentar. Os primeiros grupos humanos, as primeiras tribos, desconheciam instrumentos mais racionais de solução dos conflitos de índole penal. Assim, de modo rudimentar, a religião, os costumes tribais, os hábitos, as crenças e magias formavam o Direito, uma vez que não existiam regras escritas.

Nesse sentido, a sanção estava vinculada à espécie de objetivo a ser alcançado pela punição. Se a infração não ocasionasse um dano irreparável, a ponto de não representar perigo à existência grupal, mas violava apenas interesses individuais, cabia ao agente restabelecer o *status quo ante*. Diante disso, caso o agente não cumprisse com o seu ônus, a punição poderia ser aplicada pela vítima e/ou seus familiares. No entanto, se um membro da tribo causasse um dano capaz de afetar a paz do grupo social, cabia ao grupo punir o agente, vingando-se dele, na crença de que a paz coletiva constituía uma dádiva dos deuses, e que se rompida fosse, a tribo nunca mais viveria em harmonia. Nesse contexto, a punição tribal estava voltada à satisfação da ira e da vontade divina.

Mesmo diante dessa situação, caso a infração fosse atentada contra o integrante de outro clã, a transgressão representava uma violação à tribo como um todo. Em razão disso, a resposta ao agravo ou lesão sofrida se afigurava como medida desproporcional ao ato originário, e muitas famílias tribais eram exterminadas em virtude do poderio dos que representavam a vítima, numa espécie de vingança coletiva. E, assim, ora a vingança privada, ora a vingança coletiva, figurava como único meio capaz de solucionar os litígios ocorridos nessas sociedades mais primitivas.⁴

No entanto, foi no medievo, com o aperfeiçoamento do modo de viver e (inter)agir dos povos, juntamente com a evolução do homem, que surgiu a imperiosa necessidade de implementar novos meios de sistematização do Direito Penal, este que, na qualidade de instrumento de solução dos conflitos ocasionados por esta interação, estava imbuído de preservar o quanto possível a sociedade do extermínio recíproco.

Tal momento histórico ficou marcado pela substituição da vítima pelo príncipe no pólo passivo de uma lesão originada por um ato humano, de modo a monopolizar para si o direito de punir o ofensor. Surge aí, o primeiro esboço do que hoje é o Estado de Direito, constituindo a negação da vingança privada como fonte legítima de punição.

Entretanto, foi na Baixa Idade Média, numa sociedade essencialmente teológica, onde a fé se constituía em instrumento de controle e manipulação social, que a Igreja, a monarquia e a nobreza se fundem, para juntas exercerem o papel simultâneo de legislar, acusar, defender e julgar os delitos perpetrados, ou até mesmo a pressuposição destes, uma vez que as condutas tidas como criminosas eram selecionadas pela “instituição religiosa”, devido às múltiplas possibilidades de construção da categoria de crime, apoiadas no direito

⁴ Tais posturas, assentadas em sentimentos de vingança, estimuladas por condutas de agressão e intolerância são fatores de ordem primitiva, mas que, contudo, ainda se fazem presentes em sociedades e Estados contemporâneos, como veremos mais adiante. Porém, é bom ressaltar que a espécie de vingança exteriorizada, nos dias de hoje parte, em sua maior intensidade, de um ranço institucional, mediante o poder outorgado pelo sistema punitivo aos seus agentes públicos, que praticam uma espécie de vingança institucionalizada contra pessoas excluídas da sociedade.

consuetudinário.⁵ Assim, da natureza jurídica fundida entre delito e pecado, obtemos a denominação tipológica dos crimes de lesa-majestade divina.⁶

Na seqüência dos movimentos sociais de superação do paradigma inquisitorial, no século XVII, esse entendimento é questionado pelo movimento renascentista europeu, devido aos acontecimentos históricos, como a descoberta do Novo Mundo, as grandes e ousadas navegações, e também, aos avanços científicos e astronômicos da comprovação da esfericidade terrena, que envolviam inúmeros estudiosos e intelectuais, dentre eles, Copérnico. Tais mudanças centralizaram o pensamento no homem, fundando-se assim, o antropocentrismo e a sua máxima preservação, visto agora como centro do universo, surgindo uma concepção humanista autônoma, e radicalmente livre das inquietações de uma conduta moralmente modelada e passível da sanção material pelos tribunais inquisitoriais. Agora o homem se descobre, apoiado pelos ideais de uma burguesia fortalecida, inspirando uma re(ordenação)novação das instituições,⁷ do Direito, e de si próprio, bem como a forma de relacionar-se com os seus semelhantes (locais).

⁵ Daí se originou os Tribunais da Santa Inquisição, atrelando o Direito à moral religiosa e delito ao pecado, ocasionando assim, a punição e a expiação da alma do pecador (tido como criminoso), tendo em vista que essa pena era a manifestação da vontade divina. O fato tido como criminoso é um mero detalhe no processo inquisidor, que passa à consagração das particularidades e dos subjetivismos do suposto criminoso.

⁶ A fusão do nascente Estado administrativo burocrático com a Igreja Católica Apostólica Romana representa, em termos jurídicos e políticos, a consolidação da intolerância, caracterizada por relações de submissão, estratificadas no (mau uso do) poder. O instrumento jurídico legitimante é possibilitado pela coligação das noções de direito e moral religiosa, onde o ilícito passa a ser (pré)concebido como parcialmente civil (terreno) e parcialmente eclesiástico, cuja ofensa manifesta-se contra Deus e o Príncipe.

⁷ Aqui o termo “instituições” está empregado no sentido de que o Estado, como ente político (representado pela nobreza) e a religião, como ente jurídico-eclesiástico (representada pela Igreja), perpassavam cogentemente o homem do medievo, de modo a condicioná-lo em sua formação moral, calcada no extremo exercício da fé, manipulando e decidindo tudo sobre o seu modo de vida e as suas ações perante a sociedade da época. O homem era moralmente (através da religião) e fisicamente (pela punição aos delitos de lesa-majestade) instituído por esses atravessamentos, que exerciam o controle social da época e estabeleciam o modelo ideal de conduta desejável. Qualquer manifestação de resistência a esses atravessamentos institucionais ensejava a incidência perversa do sistema penal repressivo inquisitório, que também funcionava como um dos instrumentos de controle social, na medida em que manifestava toda a sua perversidade processual (onde o acusador também era o julgador) de forma autoritária e indiscriminada. A vida cotidiana era monitorada por esse condicionamento social instituído pela religião, tornando o cidadão da época “escravo” dos seus pensamentos e “policia” da moral alheia, de modo que todos os integrantes do corpo social, imersos nesse contexto, essencialmente teocêntrico, forneciam os elementos justificadores do início da persecução penal inquisitiva, a pretexto de satisfazer a vontade divina de extermínio dos pensamentos ou atitudes considerados “diabólicos”. Em consonância com essa análise, é pertinente transcrever a definição de instituição social adotada por Gregório Barenblitt: “Instituições são árvores lógicas que regulam as atividades humanas, indicando o que é proibido, o que é permitido e o que é indiferente. Segundo seu grau de objetivação e formalização, podem estar expressas em leis (princípios-fundamentos), normas ou pautas”, p. 177. Em outro trecho o autor ressalta que, “(...) no plano formal, uma sociedade não é mais que isso: um tecido de instituições que se interpenetram e se articulam entre si para regular a produção e a reprodução da vida humana sobre a terra e a relação entre os homens. As instituições se materializam em dispositivos concretos que são as organizações (Igreja, Estado). (...) a instituição da religião, por exemplo, (...) regula as relações do homem com a divindade sobrenatural, existindo uma série de comportamentos indicados e toda uma outra série de comportamentos contra-indicados”, p. 29. BAREMBLITT, Gregório F. *Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992, pp. 29 e 177.

Em consonância com essa (r)evolução histórica e jurídico-penal, ocorre a *laicização* do Direito, e o processo secularizador é inevitável.⁸

Percebe-se daí, que o velho paradigma não mais responde aos anseios de uma sociedade antropocêntrica, surgindo, então, uma crise paradigmática e, dessa crise, novos questionamentos são formulados com o intuito de precisar e conformar um novo referencial científico, suficientemente apto a respaldar o processo de humanização ocorrido. Disso resulta a necessidade da máxima elevação da liberdade e da igualdade do indivíduo (com a respectiva mudança do paradigma teológico para o paradigma antropológico). No Direito Penal, o mesmo processo se desenvolve ocasionado por essa ruptura, onde o paradigma inquisitorial cede lugar ao saber paradigma garantista, de máxima proteção do indivíduo contra as ingerências (de um super) Estado.

Essa inversão paradigmática se configura apoiada nas teorias contratualistas, que elevam o homem a ente máximo, sujeito de direitos e garantias, além de obrigarem o Estado a prover a vida em sociedade, por meio de leis devidamente estabelecidas, de modo que não mais privilegiem o príncipe ou a vontade de Deus, mas sim, os anseios e as necessidades da sociedade; e, em especial, do indivíduo.

Observa-se, no entanto, que mesmo após a reformulação do Sistema Processual Penal, por meio da eleição de um novo paradigma, redimensionando o legítimo exercício do poder punitivo, um elemento que se fez presente desde as civilizações mais antigas até as sociedades contemporâneas reside na incidência da pena como marco sancionatório do Direito Penal. Por isso, a pena (vista como instrumento estatal) termina por perpassar todos os períodos históricos, como meio coercitivo de reger a conduta transgressora, atentando-se, obviamente, para os diferentes modos e espécimes de transgressão que marcaram cada fase histórica, de cada organização tribal às sociedades posteriores e contemporâneas, dotadas de complexidade.

⁸ O termo secularização é utilizado para definir os processos nos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o universo da ciência. Para ser mais exato, segundo S. de Carvalho, “o longo período que proporcionou às ciências o distanciamento das justificações teológicas não foi apenas instigado pela produção teórica dos filósofos. Às correntes doutrinárias laicizadoras foram agregadas a uma série de intervenções decorrentes da experiência, principalmente daquelas que resultaram no descobrimento do Novo Mundo”. Vide obra de: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

A incidência da pena, portanto, é um fenômeno que não se explica juridicamente, mas que se aplica a toda conduta efetivamente transgressora,⁹ como se constata na evolução histórica, através dos séculos, mediante o exercício do direito de punir. Logo, resta prejudicada qualquer teoria que tente justificá-la ou inseri-la em fundamentos racionais dentro do Direito, muito embora, se faça necessário e indispensável abordarmos as diversas funções suscitadas pela doutrina para a idealização existencial-funcional da pena, como instrumento a serviço do Estado, a serem detalhadas no capítulo segundo.

Diante disso, a pena se legitima não só dentro de um contexto jurídico *stricto sensu*, mas principalmente, e fundamentalmente, dentro de um contexto sócio-político, comportando em sua gênese, a identidade cultural e o grau de desenvolvimento, humano e tecnológico, de um determinado povo, em um dado momento histórico da humanidade. Como se depreende, a pena possui uma fenomenologia complexa, que envolve uma série de fatores existenciais e sociais, mas que, por fim, legitima o direito de punir, tão somente, quando a sua incidência for constitucionalmente¹⁰ inafastável.

Na seqüência dos movimentos globais e sociais de organização e desenvolvimento coletivo das nações, percebe-se que a complexificação das sociedades contemporâneas têm refletido diretamente no Direito Penal e, por conseguinte, na incidência da pena.

Desse modo, o Século XX é marcado pela globalização¹¹ da economia e pela fusão de mercados em todo o globo. Os avanços tecnológicos e a era cibernética facilitam o contato (ainda que virtual) e a comunicação à distância, de modo instantâneo. O crescimento populacional e as degradações ao meio ambiente provocam a escassez de bens indispensáveis à manutenção do homem, conferindo-lhe o enfrentamento de necessidades grandiosas, sobretudo, pela crise na produção de alimentos e na contaminação e eliminação das fontes de

⁹ BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000, p. 178.

¹⁰ A incidência de uma pena, como exercício de uma cultura constitucional, deverá observar os princípios constitucionais inerentes ao indivíduo no procedimento penal, para fins de legitimar o *jus puniendi* do Estado dentro do paradigma democrático.

¹¹ A globalização pode ser caracterizada como sendo o fenômeno de difusão das práticas de economia capitalista de alcance global. A democracia, segundo Maria Gómez, “consistente na forma de organização do poder político dos Estados nacionais”. Segundo o autor: “A inserção das práticas típicas da globalização traz consigo, ainda, dentre tantas outras influências, a implantação de processos multiculturais, inculcando-os na sociedade civil. Tal finalidade reside, em termos dialéticos, no exercício de poder e conflitos tendentes ao domínio, ao passo que se evita a gestação de uma hegemonia social, dada a importação de uma alta diversidade cultural”, ver: GÓMEZ, José Maria. Política e democracia em tempos de globalização. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. p, 15.

recursos hídricos. Tudo isso em nome do progresso tecnológico, tendo como vetor, a expansão do capital e dos lucros advindos com tais fenômenos antropológicos.

Nessa seara, dos efeitos advindos com a utilização massiva de elementos tecnológicos, a postura de seus defensores tem sido a negação dos seus perigos. Com isso, Ulrich Beck alerta que, o dogma da infalibilidade, que substituirá as medidas paliativas tendentes à garantia de segurança, inclusive frente aos perigos, restará refutado pela ocorrência do próximo acidente.¹²

Sob tais aspectos, para Silva Sánchez as causas de expansão da convergência do Direito Penal são distintas. O autor indica de um lado a conformação ou a generalização de novas realidades que antes não existiam, sendo que o indivíduo faz parte do contexto de tais realidades, estando constantemente influenciado por elas. Por outro lado, refere o autor, questão atinente à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que atualmente começam a ficar escassas, ganhando assim a valoração máxima, comparando-se com momentos anteriores da história do homem, como é o caso do meio ambiente.¹³

Assim, a primeira causa que Silva Sánchez aponta para a expansão do Direito Penal reside no efetivo aparecimento de novos riscos. Para ele, vivemos em uma sociedade de riscos, muitos deles advieram do progresso da economia e do avanço tecnológico, sendo que, muitos destes (riscos) provêm, em grande parte, de decisões humanas de outros concidadãos, acerca do manejo de determinada tecnologia no cotidiano das pessoas e da sociedade.¹⁴

Sob tal realidade cambiante, Ripollés levanta uma inferência importante, consistente na necessidade de acomodar o instrumento do Direito Penal às novas realidades da moderna sociedade do risco, e o modo como isso vem sendo feito implica na formulação de sucessivas reflexões, tendo em vista a utilização de uma (desarrazoada) expansão interventiva desse instrumento estatal. Assim, primeiro é necessário identificar tais realidades com exatidão, para depois, num segundo momento adequar os meandros da política criminal a tais comportamentos lesivos. Para o autor, três blocos de comportamentos são diagnosticados

¹² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2002, p. 84.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 28.

¹⁴ *Ibid.*, p. 29.

como realidades palpitantes na sociedade pós-industrial, e que demandam intervenções estatais mais eficazes, fato que não tem ocorrido.¹⁵

O primeiro bloco de comportamentos poderia ser agrupado sob a denominação de delinqüência organizada, fenômeno que tem aparecido de modo constante na atualidade. Esse conceito, para o autor, de natureza criminológica, deixa a desejar acerca de quais são os âmbitos sociais de sua incidência. Assim, uma mera análise da prática de persecução penal nesse setor evidencia atuações que, sem dúvida, abordam condutas que tiram proveito das vantagens oferecidas pela atual sociedade tecnológica, em favor dos delinqüentes. O resultado desse fator reflete no âmbito sócio-econômico, implicando em setores poderosos da sociedade, como é o caso da lavagem de dinheiro, das fraudes financeiras ou dos atentados contra a propriedade intelectual e industrial, dentre outros casos. Todavia, o núcleo de atuação das forças policiais se concentra em dois fenômenos delitivos já tradicionais: o terrorismo e o narcotráfico, aos quais se têm aliado outros tipos de tráficos ilícitos, como o tráfico de seres humanos, em suas variadas acepções.¹⁶

Diante disso, Ripollés adverte que, em nenhum desses elementos parece haver conseqüências diretas das oportunidades e dos benefícios que pode ofertar a nova sociedade tecnológica, mesmo que sejam levadas a cabo de forma majoritária pelos setores sociais privilegiados. O quadro, portanto, do que significa, atualmente, delinqüência organizada se completa com a obrigada referência à desvalorização que o conceito está sofrendo, e que pode conduzir a uma categoria delitiva própria da delinqüência comum.¹⁷

O segundo bloco de comportamentos identificados por Ripollés refere-se aos delitos de natureza violenta ou sexual. Nesse setor, nos movemos no campo da delinqüência mais tradicional, que afetam bens jurídicos individuais básicos, como a vida, a integridade pessoal, a liberdade (sexual), incluindo os delitos violentos contra pessoas, com o fim de obtenção patrimonial. Nesse grupo de condutas, já se perderam as referências ao original conceito de expansão – situado este (conceito) no objetivo de atender às novas formas de criminalidade inerentes à sociedade tecnológica e mundializada, isto é, a referida expansão do Direito Penal

¹⁵ RIPOLLÉS, José Díez. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Org. André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2007, pp. 99-100.

¹⁶ Ibid., pp. 99-100.

¹⁷ Ibid., p. 100.

concentra seus esforços em setores outros, desconhecendo as realidades que ali se imbricam, ao passo que, deixa de tutelar os eventos danosos de ocorrência tradicional, e igualmente violentos. Para tanto, Ripollés refere a necessidade de concentrar os esforços da intervenção penal no núcleo da delinqüência clássica. E, tal tarefa, deverá ser executada no setor da criminalidade, na qual, tem ocorrido o estranhamento entre vítima e delinqüente, no qual, a este, se atribui mais conotações de alienação frente ao resto dos cidadãos, que acabam não o reconhecendo como um dos seus. Com isso, as conseqüências resultantes residem na inexistência de intimidação das reações penais, nos insucessos de ressocialização, tendo em vista que, com tais indivíduos, já não mais funcionam. Assim, consoante Ripollés, só a inocuidade e o isolamento de tais pessoas oferece perspectivas de êxito.¹⁸

O terceiro, e derradeiro bloco, ofertado por Ripollés, consiste na nova expansão securitária, que se articula na idéia de queda da criminalidade, da marginalização e da exclusão social. Trata-se da delinqüência habitual, e de pouca monta, que se concentra em pequenos delitos e faltas patrimoniais, cujos benefícios esperam obter frente às oportunidades vitais que, em geral, a sociedade não lhes oferece. A ampliação punitiva nesse âmbito demonstra-se estar alheia do original conceito de expansão, apesar de que nesse caso não se trata simplesmente de intensificar reações penais já existentes sobre condutas delitivas, já bem conhecidas; senão que apreciam fortes tendências a estender as atuações policiais e judiciais, em especial, através da idéia de periculosidade, a novos comportamentos até agora não apenados: as condutas anti-sociais que se estimam no foco de origem da criminalidade. Nesse bloco de nova expansão, um exemplo de tal realidade pode ser visualizado pelo derivado autoritarismo da Política Criminal: a sociedade não está disposta a assumir qualquer responsabilidade pelo surgimento desse tipo de delinqüência, a ênfase, portanto, se coloca nos sintomas e não nas causas da criminalidade, e o controle penal adquire primazia sobre qualquer outro tipo de política social.¹⁹

Nesse contexto, outro fator mencionado por Silva Sánchez, reside na institucionalização da insegurança. A sociedade pós-industrial, não é apenas uma sociedade de risco tecnológico, mas é, também, uma sociedade com outras características individualizadoras, que contribuem para uma caracterização como sociedade de objetiva insegurança. O emprego de meios técnicos e a comercialização de produtos, ou a utilização de substâncias, cujos possíveis efeitos nocivos são

¹⁸ Ibid., p. 100.

¹⁹ Ibid., p. 101.

ainda desconhecidos, repercutirão como resultados danosos no futuro, muito depois de realizada a conduta danosa. Desse modo, o problema está não apenas nas decisões humanas que geram riscos, mas naquelas que os distribuem.²⁰

Nessa seara, segundo Brandariz García, as sociedades contemporâneas vêm sendo permeadas por “un cierto pánico moral” que deriva do incremento aparentemente descontrolado, de todo tipo de riscos, situação que é mediada na construção de seu sentido pela representação midiática, focalizada no fomento de uma sensação de insegurança cidadã, derivada da pequena delinquência urbana com vítimas individuais, particularizadas com determinados contextos, consistentes nas periferias de grandes centros urbanos, e com sujeitos sociais estereotipados. Para o autor, esse fenômeno, comum aos diferentes países ocidentais, implica na modificação fundamental do sentido e da função do sistema penal como mecanismo de controle social (formal). Sob tais marcos referenciais da sociedade, o autor refere que a mutação que afeta o Estado contemporâneo (pós-industrial), passa do *Welfare State* a um modelo dotado de uma definição mais difusa, no qual a instituição estatal modifica as funções atribuídas à sua centralidade permanente, acomodando-se em um modelo de Estado – em princípio – mínimo no sócio-econômico, e, conseqüentemente, máximo no que se refere ao controle social (de cunho interventivo).²¹

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 32. Desse modo, conforme o autor, os resultados lesivos desenvolvem-se em tempo muito posterior ao fato em si, dentro de um contexto de extrema incerteza sobre o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ao bem jurídico, tornando-se insatisfatórios os delitos de resultado/lesão, como forma da abordagem do problema. Por isso, busca-se, cada vez mais, o recurso da criminalização de condutas mediante a formulação de tipos de perigo, dotados de abstração em sua tipificação, antecipando-se à lesão efetiva, tendo em vista o perigo presumido que se passa a punir com a assunção da pena. Sob tal perspectiva, acerca dos delitos de perigo abstrato, e a referida necessidade de antecipação da intervenção penal em condutas que, se presume, venham a converter-se em danos, somos contrários a essa técnica legislativa de promoção do controle de riscos emergentes na sociedade pós-industrial. A razão disso consiste na conseqüente distorção dos elementos axiomáticos conformadores do Direito Penal democrático, ou seja, os direitos fundamentais conquistados pelo indivíduo ao longo de períodos conturbados da história, já referidos em linhas anteriores, restarão violados pela intervenção desmedida e irrazoável da esfera penal antecipatória, incidindo, se assim for, na sucessão de abusos de poder por parte do Estado e de seus agentes, sob o amparo de atitudes legitimadas em Leis ordinárias e recentes, de conteúdo assentado em regimes de exceção e forte repressão, promovedores de injustiças e tratamentos desiguais, dada a enorme disparidade dos cidadãos brasileiros (refiro-me à desigualdade social como elemento presente no instante do proceder-se na incidência da intervenção penal no Brasil) e o dificultoso acesso à concretização de direitos (já consagrados na Constituição Federal) de grande parcela dos desfavorecidos financeiramente. Somos favoráveis, portanto, para que se busquem medidas alternativas de prevenção e combate (prévio) das causas ensejadoras de tais riscos existentes no organismo coletivo, dotado de complexidade, utilizando-se de esferas ligadas ao Direito Administrativo e Cível, mediante a imposição de censuras fixadas em outras balizas, de maior razoabilidade, deixando a zona negra do sistema legal: o Direito Penal, no patamar de medida extrema, de *ultima ratio*, devendo, para tanto, sobrepor-se o grau de relevância penal do bem jurídico a ser tutelado. Ibid., p. 32.

²¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporâneas. Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Coodinadores: José Ángel Brandariz García y Luz María Puente Aba. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 17-18. Segundo o autor, não se pode perder de vista, ainda, que o referido fenômeno tem seu significado no contexto de mutações de maior alcance, que

Assim, para Ana Izabel Cepeda, a legitimidade do poder público exige que a promessa de segurança aumente proporcionalmente ao surgimento de novos riscos, devendo esse processo ser ratificado ante a opinião pública. Tal fenômeno, segundo a autora, consiste na reinterpretação do próprio sentido de risco. Por isso, o discurso do risco e a insegurança estão centrados em terrenos onde o perigo é apresentado como controlável, especialmente, no caso da criminalidade associada a determinados grupos de risco, mediante renovadas técnicas de gestão da violação da norma penal.²²

Desse modo, a gestão estatal da insegurança se caracteriza pela oferta do endurecimento do controle social, utilizado como resposta ao alarme social, que se manifesta por meio de normas jurídicas e posturas policiais de maior caráter repressivo, como por exemplo, o auge dos modelos de tolerância zero diante das polícias comunitárias, das reformas endurecedoras dos códigos penais ou das legislações de lei e ordem que estabelecem condutas de amplitude sancionatória, visando permitir ao poderes públicos selecionar, sob o amparo da norma, o setor social a ser pressionado em cada momento. Segundo o entendimento de Ana Izabel Cepeda, é mediante esse alarme generalizado de insegurança que se conformam os lineamentos do inimigo, deturpando e ocultando os conflitos oriundos de uma série de fatores de insegurança social.²³

Ademais, ante aos problemas de miserabilidade ocasionada pela restrição ao poder econômico, fator que redundava na formação de bolsões de pobreza e marginalidade, a criminalidade de rua amplia-se consideravelmente em tempos atuais. Tal contexto é abastecido pelo comércio das drogas ilícitas, e disputas de poder pelo controle de favelas, com o fim de facilitar o tráfico, como ocorre em nosso país. Tal contexto social, segundo Silva Sánchez, fez ressurgir o movimento “lei e ordem”. Nesse cenário, até alguns países europeus enfrentam problemas com a criminalidade de massa, em virtude da imigração e outros fatores de multiculturalismo.²⁴

Nesses termos, a sensação social de insegurança também consiste na perda de referências em matéria de autoridade. Assim, a perda de credibilidade no sistema punitivo,

produzem transformações sociais relevantes e de grande convergência, agrupadas sob o manto do que comumente se define como globalização neoliberal.

²² PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: iustel, 2007, pp. 51-52.

²³ *Ibid.*, p. 52.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. Cit.*, pp. 32-33.

embalada pela impunidade dos poderosos-criminosos, pela arbitrariedade de ações policiais em relação aos excluídos do processo econômico-elitista, pela lentidão processual e parcialidade de grande número de julgamentos judiciais, estando estes fundados na análise de estereótipos indicadores de miserabilidade ou pobreza do acusado, constituem fatores que colocam em cheque as instituições públicas ligadas à política criminal.

Tais fatores, segundo Silva Sánchez, conduzem ao chamado “individualismo de massas”, onde a sociedade já não é mais uma coletividade, mas um conglomerado de indivíduos autônomos e egoisticamente inclinados à satisfação pessoal de suas necessidades, desejos e interesses.²⁵

Nesse raciocínio, o fenômeno moderno da globalização da economia dissemina a cultura do consumismo em contextos de concentração de capital e riquezas, repercutindo no ideário democrático. A população massificada não consegue ter acesso aos bens de consumo, resultando no propalado aumento dos índices de criminalidade, em suas variadas acepções e formas. Conforme Brandariz García é nesse contexto que se modifica a aproximação aos efeitos do sistema sócio-econômico sobre os setores sociais mais desfavorecidos, já que o modelo assistencial é substituído por uma aproximação que põe em primeiro plano o paradigma do controle (repressivo).²⁶

Tal cenário contemporâneo repercute na reconfiguração do aparelho estatal em matéria de concretização da Política Criminal, tornando-a alheia ao paradigma democrático (de índole constitucional). Assim, segundo Roxin, “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”.²⁷

Nesse cenário, o legislador termina por promover a máxima criminalização de comportamentos e de pessoas indesejáveis à coletividade, a fim de proclamar uma aparente segurança pública e uma suposta iniciativa de controle social pelos órgãos estatais, e pelos

²⁵ Ibid., p. 36.

²⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Angel. Op. Cit., p. 17.

²⁷ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11. Acerca, ainda, dos limites impostos ao legislador, o autor refere que: “Em primeiro lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra os Direitos Fundamentais e humanos”. Ibid., p. 20.

homens públicos. Tal efeito, por sua vez, reflete no Poder Judiciário, que ao aplicar tais edições legislativas, de cunho criminal, pune o autor do delito, e não o fato em si, confiscando o ideário democrático da Constituição Federal de 1988 das Varas Criminais de nosso país, num progressivo apego ao Direito Penal do Autor.

Daí ocorre a retomada²⁸ de concepções criminalísticas assentadas no Direito Penal do Autor, em detrimento do Direito Penal do Fato, onde os bens e os interesses individuais e coletivos de âmbito constitucional terminam por receber a guarida penal de modo desproporcional e irrazoável, dependendo das subjetividades do acusado e não do fato propriamente dito. Tal distorção sistêmica, em termos de política criminal, caracteriza-se por transitar de um extremo ao outro: ora tutelando a coletividade, quando o acusado é considerado um inimigo à mesma; ora tutelando, de modo irrazoável, as garantias do indivíduo no processo penal, em detrimento dos interesses constitucionais coletivos, quando o acusado é detentor de boa condição social.

Essa discrepância nos coloca diante da total falta de integridade do Direito Penal em nosso país, eis que os setores públicos, demovidos em realizar a política criminal, fazem-na de modo avesso aos direitos fundamentais, polarizando-a nos patamares acima referidos. Assim, atende-se aos anseios de classes e pessoas da elite, de modo a proclamar a plena ausência de segurança jurídica na esfera penal, uma vez que: o cidadão-alvo da persecução penal terá, na grande maioria das vezes, tratamento diferenciado, ainda que o fato cometido por ele tenha caracteres de similitude ao cometido pelo cidadão que não é alvo da persecução estatal.²⁹ Desse modo, sobre a integridade do direito, Dworkin concebe que:

²⁸ Referimo-nos ao Direito Penal do Autor, onde Garófalo e Lombroso elaboravam estudos tendentes à punição do autor em razão de si mesmo. Conforme Garófalo, sustentando-se em Lombroso: “(...) tipo antropológico de delinqüente, assim caracterizado: índice craniano conforme, em regra, ao étnico, mas mais exagerado; assimetrias cefálicas e faciais freqüentes, submicrocefia não rara; não raros também o atheroma das artérias temporais, a implantação anormal das orelhas, a escassez da barba, o nistagmo, o prognatismo, a desigualdade das pupilas, os desvios nasais, a fronte fugidia, a excessiva extensão da face, o exagerado desenvolvimento das regiões zigomáticas e das mandíbulas e a freqüência da cor escura nos olhos e cabelos”. Para Lombroso, em sua obra: *L'uomo delinqüente. Ottolenghi* ‘achou ainda que nos delinqüentes, como também nos epiléticos e nos cretinos, a calvice e os cabelos são mais raros que nos homens normais, o que atribui ‘a menor sensibilidade e mais fraca reação emotiva dos primeiros’. Vide obra de: GARÓFALO, R. *Criminologia*. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas, São Paulo: Péritas Editora, 1997, p. 50. Atualmente, o Direito Penal do Autor seleciona o acusado não pelos seus aspectos orgânicos, mas pela sua condição social, pela sua posição, profissão, filiação e, em alguns casos, pela cor da pele, dentro de clichês conformativos, deflagradores de uma classe de delinqüentes.

²⁹ Sobre a necessidade de uma integridade do Direito para Ronald Dworkin, podemos consignar que sua concepção nega o tratamento das manifestações do direito como sendo relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Nesse sentido, Ronald Dworkin assim se manifesta: “O direito como integridade nega que as manifestações do direito

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.³⁰

Todavia, os julgadores que exercitam um Direito Penal assentado em deliberações subjetivas, acerca de estereótipos conformadores de classes de indivíduos, presumidos e previamente culpados, mais pela condição social de onde provém do que pelo fato em si, ainda que haja dúvidas eloqüentes acerca da autoria do delito imputado, ou ainda, que não exista suficiente gravidade no fato típico, terminam por desintegrar o direito, renunciando à comunidade de princípios referida por Dworkin. Por tais razões, passaremos à análise do Direito Penal do Autor em contraposição ao Direito Penal do Fato.

2.1.1 O Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Fato

Por Direito Penal do Fato podemos compreender uma concepção, na qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta e descrita tipicamente, e a sanção representa somente a resposta ao fato particular alvo de censura estatal, não recaindo, portanto, sobre a vida pregressa do autor, ou de perigos que no futuro se esperam deste. Por outro lado, temos o Direito Penal do Autor, nos sistemas cuja pena se vincula à personalidade do agente, e que tal associação configure a sua graduação, no que tange ao sancionamento. Nessa última

sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. Consoante o autor: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (...) O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações”. Em suma, segundo o autor: “O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte se inspiração”. Sua exigência consiste, segundo Dworkin, no estabelecimento de uma “(...) coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 271-272.

³⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

concepção, o que torna o autor culpável não é o fato que ele tenha praticado, senão que, ele mesmo se converte em objeto de censura legal.³¹

Nessa seara, importa consignar que o princípio da culpabilidade favorece mais ao desenvolvimento de um Direito Penal do Fato, do que um Direito Penal do Autor; pois as descrições de ações, e as penas pelo fato, se acomodam mais ao princípio da precisão ou da determinação, se comparadas com alguns preceitos penais que atendem a um elemento criminógeno permanentemente assentado na pessoa do autor. Assim, um ordenamento jurídico, que se baseia em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre, segundo Roxin, até um Direito Penal do Fato.³²

Sendo assim, Jescheck refere que na culpabilidade pelo fato individual são relevados aqueles fatores juridicamente censuráveis da atitude interna, que encontraram expressão imediata na ação típica; enquanto que, na culpabilidade pela vida pregressa do indivíduo, o juízo de culpabilidade estende-se à sua personalidade e ao seu desenvolvimento social.³³

Por outro lado, Roxin denuncia as fortes tendências preventivo-especiais, existentes desde Von Liszt no Direito Penal alemão, que pressionam na direção do Direito Penal do Autor, pois a questão da espécie de intervenção sobre o delinqüente objetivava evitar futuros delitos, dependendo mais de sua personalidade, que do concreto fato individual. Desse modo,

³¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, pp. 176-177.

³² Ibid., p. 177. Sendo assim, outras disposições, como a reincidência e os preceitos sobre a vida pregressa do autor são elementos de Direito Penal do Autor. Assim, a Teoria do Tipo Criminológico de Autor consistia em resolver a questão de como se pode compatibilizar a dependência dos critérios de pena a um determinado tipo de autor, com a idéia da pena por culpabilidade, na qual se baseavam em demais casos de Direito Penal. Nesse passo, Mezger, e a sua teoria da Culpabilidade pela condução da vida, colocava a culpabilidade jurídico-penal justificada pela necessidade de analisá-la em conjunto com o modo de condução de vida do agente, eis que, o fato em si, não poderia ser analisado de maneira isolada. Sob tais termos, a vida pregressa do autor contribui e justifica a realização do fato punível, além de identificar a sua degeneração sócio-individual. Essa culpabilidade pela condução de vida abarca toda a personalidade do autor, em razão de levar uma vida equivocada, e, nessa medida, é uma concepção própria do Direito Penal do Autor. A dificuldade para essa teoria reside no fato de que é quase impossível separar culpabilidade e destino (não provocado culpavelmente) na evolução de um ser humano. Posteriormente, Bockelmann transformou as idéias de Mezger em uma teoria da culpabilidade pela decisão sobre a vida, para poder conceber como culpável tanto a repentina, como a lenta corrupção da atitude interna, tanto a aquisição de uma posição vital equivocada, como a não superação de uma tendência congênita à falta de socialidade. Desse modo, a essência da culpabilidade do autor não consiste em uma condução incorreta da vida, e sim, numa decisão incorreta sobre a vida. Sob tais perspectivas, a teoria do tipo criminológico de autor volta-se a se unir com a idéia da culpabilidade pelo caráter, como já se havia sustentado pelos seguidores de Liszt. Hoje em dia, a doutrina dominante rechaça, por razões próprias do Estado Democrático, todas essas teorias que vão mais além da culpabilidade pelo fato concreto. Vide: ROXIN, Claus. Op. Cit., pp. 179-181.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Editorial Comares, 1993, p. 381.

o Direito Penal do Fato não resta soberano, tendo sempre que enfrentar as influências oscilatórias, dependendo de sua época - em sua configuração ou intensidade - do Direito Penal do Autor, tendo que integrá-las em seu cotidiano político-criminal, consoante as várias teorias que se sucederam nesse trabalho de acomodação sistêmica desse dilema de abordagem penal (e processual penal) entre o autor e o fato.³⁴

Importa, contudo, consignar que, na denominada Teoria do Tipo Normativo de Autor, ocorre a mensuração de um módulo valorativo consubstanciado num referencial, isto é, determina-se o fato concreto através de um escalonamento da imagem ou modelo do autor típico, e somente nos casos de ajuste do fato a esse referencial ocorreria a subsunção ao tipo penal.³⁵ Por tal razão, essa teoria não se situa no centro do Direito Penal do Autor, tendo em vista que não se ocupa da personalidade do autor, senão que, sua tarefa é comparar seu fato concreto com o modelo intelectual representado da ação que se espera de um típico autor desse delito. Portanto, essa teoria é realmente um método especial de interpretação dos delitos legais no marco do Direito Penal do Autor, influenciando, inclusive o legislador, pela utilização de clichês nominativos na designação do autor, tais como: assassino, homicida, rufião, etc. Atualmente, essa teoria é rechaçada, em razão de supressão da exatidão dos tipos legais.³⁶

Nesse sentido, Roxin indica que as medidas securitárias e de correção são fruto do pensamento do Direito Penal do Autor. As mesmas têm se desenvolvido a partir da teoria da prevenção especial da pena de Von Liszt, e se orientam completamente à personalidade do autor, e como não requerem culpabilidade, há um amplo retrocesso do fato concreto como fundamento da responsabilidade. É certo, por isso, que se tem introduzido garantias próprias

³⁴ Ibid., p. 381. A teoria do Direito Penal do Autor foi fortemente influenciada por medidas legislativas, oriundas do Direito Penal de guerra do regime nazista. Assim, as Ordenanças contra sujeitos nocivos para o povo, de 5.9.1939, e contra delinqüentes violentos, de 5.12.1939, continham os tipos de personalidade, dificilmente captáveis, do “sujeito nocivo para el pueblo” e do “delincuente habitual”. Os esforços da doutrina científica se encaminharam para restringir tais leis vagamente formuladas e com sanções draconianas, sustentando que não deveria submeter às mesmas todo aquele cuja conduta se houvera podido subsumir no conteúdo literal de tais pressupostos, senão que exigiam que só se aplicasse os preceitos quando o autor, mediante sua conduta, houvera mostrado “conforme a su ser” como um típico “sujeito nocivo para el pueblo” ou um típico delinqüente habitual. Ibid, p. 381.

³⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 182. Essa teoria do tipo normativo do autor caracteriza algo substancialmente distinto do tipo criminológico de autor, eis que, o relevante para o tipo criminológico consiste numa personalidade totalmente individual do autor, que concorde com as características criminológicas do delinqüente habitual, mediante uma constatação empírica. Na teoria do tipo normativo de autor, por outro lado, se trata só de si o fato concreto, se ajustando à representação feita pelo intérprete do modo de atuar de um típico autor, o que pressupõe um juízo de valor.

³⁶ Ibid., p. 183.

do Estado de Direito no sistema de medidas de segurança, e nessa medida, tampouco, são aqui totalmente irrelevantes o fato e o peso do mesmo. Todavia, em comparação com a pena, tem-se invertido os signos: a personalidade do autor está em primeiro plano e o fato só serve para dar lugar à sanção e para impedir excessos desproporcionais em sua aplicação.³⁷

Dentre essas duas posições contrárias, concernentes à concepção do Direito Penal do Autor e à concepção do Direito Penal do Fato, importa referir que, a respeito disso, existem flancos de linhagem mista, compostos primariamente de Direito Penal do Fato, mas com caracteres de Direito Penal do Autor,³⁸ que podemos denominá-los de intermediários, mas não menos incoerentes com o projeto do Estado Democrático de Direito – se relacionados à presença de caracteres que remetem ao Direito Penal do Autor (em sua aceção mista ou isolada). Todavia, mesmo no sistema misto, ainda que se sustente essencialmente na consideração do Direito Penal do Fato, relevando os elementos inerentes à pessoa do autor, de modo periférico e pulverizado na legislação penal (como ocorre com algumas das circunstâncias listadas no art. 59 do Código Penal brasileiro),³⁹ incorrer-se-á, mesmo assim, na violação do paradigma democrático, tendo em vista que a concepção deste (paradigma) funda-se na imputação objetiva.⁴⁰

³⁷ Ibid., p. 189.

³⁸ Importa ressaltar, que esse sistema misto incide na sobreposição, de modo mais contundente, dos caracteres inerentes à pessoa do autor, o que tem sido a característica mais predominante dos sistemas jurídicos da Alemanha, Itália e do Brasil, por exemplo. Assim, a reforma penal de 1984 no Brasil foi elaborada sobre parâmetros circunscritos de Direito Penal do Fato, mas que, todavia, trazia em seu bojo elementos de natureza punitiva da pessoa do agente, pelo simples fato dele ser o alvo (estigmatizado) da persecução penal, isto é, pune-se o agente por ser ele quem ele é, não pelo fato típico, ilícito e censurável que tenha praticado. Isso provoca a distorção do sistema pelo tratamento desigual dos cidadãos na aplicação da máquina penal pelo Estado, pois imaginemos – e isso não é difícil em nosso país – um indivíduo que tenha cometido um fato típico, ilícito e igualmente censurável, mas que possua poder econômico, ou (ele) seja, ainda, membro de família detentora de títulos ou de influências relacionadas ao poder. Certamente que, nesse último caso, a máquina estatal será exageradamente mais branda, mais suave, onde a plenitude das garantias individuais será integralmente observada – mas não em virtude do primado constitucional, que é, e deveria ser dirigido a todos os cidadãos indistintamente, mas em razão das qualidades subjetivas do agente – podendo, ainda, caso não haja uma consternação social muito difusa, ocorrer a impunidade desse último autor, ficando isento de pena ou de uma punição mais drástica e devida.

³⁹ Artigo 59 do Código Penal brasileiro: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...). Podemos observar os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente como elementos forjadores do Direito Penal do Autor, não oferecendo quaisquer limitações ao arbítrio judicial nesse subjetivo sopesamento.

⁴⁰ Sobre Imputação Objetiva podemos referir que a sua extensão e significação dependerá do contexto social de ocorrência do fato, bem como de elementos culturais de determinada sociedade em determinada época. Assim, conforme delineamento de Jakobs, em obra traduzida por André Callegari, “(...) a imputação objetiva do comportamento é imputação vinculada a uma sociedade concretamente considerada”. “Portanto, do conjunto de relações causais que cabe constatar em qualquer contato que produza um dano, seleciona-se uma determinada face que se define como risco determinante, que compete a um ou a vários intervenientes, ou que a vítima deve suportar a título de fatalidade ou acidente”. Ainda segundo o autor: “(...) as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-

Nosso sistema penal deveria, portanto, nortear-se, em sua direção punitiva, tendo por base o Direito Penal do Fato, isto é, punindo-se a ação ou omissão (fática), que deu origem à lesão ao bem jurídico tutelado pelo Estado, mediante a imposição de uma sanção de envergadura penal. Entretanto, temos em nosso ordenamento penal, a prescrição de circunstâncias judiciais ou legais que incidem não apenas sobre o fato, mas também sobre o agente. Nesse sentido, o conceito das circunstâncias judiciais ou legais não guarda qualquer relação com o injusto típico, mas estão conectadas diretamente ao comportamento do agente, sem que esse mesmo comportamento tenha previsão como conduta típica (caso dos antecedentes e personalidade ou menoridade) ou ainda quando tal conduta já foi alvo de resposta e censura penal por parte do Estado, como é o caso da reincidência.

Sob tais pressupostos técnicos da legislação penal, o Direito Penal do Autor está imbuído do clássico intuito de aproximar o instrumento de controle social da punição do autor, mediante o uso de elementos subjetivos, modeladores do juízo da culpabilidade, que, embora dominante a sustentação teórica da culpabilidade pelo fato, a possibilidade de censura pela chamada culpabilidade de caráter, culpabilidade pela conduta de vida, culpabilidade pela decisão de vida, culpabilidade na formação da personalidade e culpabilidade da pessoa, sendo expressões teóricas que se constituem em ramificações da matriz de punição exclusiva do autor do fato.

Com relação ao Direito Penal do Fato, a culpabilidade (do fato) acaba sendo a sua principal característica deflagradora, apoiando-se em elementos contextuais conectados ao fato. O autor, nessa concepção, é responsável pela prática de uma conduta (omissiva ou comissiva). Com isso, na medida em que ele materializa o injusto torna-se culpado pela prática de um fato ilícito, pois poderia ter agido de modo diverso. Nesses termos, a ausência de uma conduta diversa daquela tomada conformará o fundamento da censurabilidade, mediante a análise dos elementos atrelados à culpabilidade.

se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas as pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua”. Assim, pode-se inferir que o alvo na imputação objetiva do comportamento reside na imputação dos desvios correlacionados àquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 17-20.

De modo diverso, para o Direito Penal do Autor, essa possibilidade de escolha pela prática ou não de um delito, está comprometida pela sua vida pregressa, eis que a referida tomada de uma conduta diversa não é passível de identificação, em razão da sua subjetividade. Assim, essa teoria desloca o juízo da culpabilidade do fato para os elementos atrelados à subjetividade do autor, e que são, conformadores da história de vida e de sociedade do agente (criminoso).

Nas esferas do Poder Judiciário, tais elementos são decisivos na influência dos rumos da decisão judicial. Conforme Baratta, o julgador não tem a capacidade de penetração no mundo do acusado, fato desfavorável aos indivíduos provenientes de camadas sociais (economicamente) inferiores da população, sendo que os estereótipos e os preconceitos acabam ensejando, no julgador, um subjetivismo de aversão ao acusado. Segundo o autor:

Pesquisas recentes têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores. Em referência a delitos contra o patrimônio tem sido mostrado o predomínio destas duas tendências opostas, conforme a extração social do acusado.⁴¹

Sendo assim, a própria legislação, em alguns casos, como ocorre no Brasil, incide no tratamento diferenciado de indivíduos quando criminaliza determinadas condutas, ou quando estipula benefícios penais que o indivíduo estigmatizado não possui ao seu favor, como se dá pelas benéficas em modalidades de crimes envolvendo poderosos. Essa concepção seletiva de consideração privilegiada de determinada classe de delinquentes viola o princípio constitucional da isonomia de tratamento de todos perante a Lei, consistente num direito

⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 178. Para o autor: “Até em uma matéria socialmente neutra como a dos delitos de trânsito tem sido observada uma correlação entre a valoração da culpa e das circunstâncias atenuantes e a posição econômica do acusado”.

fundamental.⁴² Assim, por exemplo, o REFIS surgiu, de modo categórico, como instrumento de extinção da punibilidade para os delinquentes tributários, que pagavam o imposto antes do recebimento da denúncia, ou ainda, até mesmo, em momento posterior a esse ato, admitindo-se tal benefício até a sentença penal; enquanto que, crimes contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça (furto, estelionato, etc.), onde havia a recuperação do bem patrimonial e a ausência de prejuízo à vítima, ocorria a mera redução da pena em razão do arrependimento posterior. Para essa incoerência do sistema de política criminal, Lênio Streck infere que:

É inconcebível subsistirem e se articularem, em um mesmo sistema – quando da análise de crimes da mesma natureza –, hipóteses de extinção da punibilidade e hipóteses de simples diminuição da pena para o mesmo instituto do arrependimento posterior. A previsão de solução legal distinta para situações fáticas semelhantes consiste em medida atentatória à integridade e à coerência do direito.⁴³

⁴² Segundo a acurada percepção de Lênio Streck, tal distorção sistêmica de priorização de benefícios penais em prol de criminosos poderosos ocorre, por exemplo, com o art. 9º da Lei do REFIS, o que o torna inconstitucional, eis que, “(...) proporciona a descriminalização da sonegação de tributos, além de acarretar tratamento mais gravoso para crimes de perfil interindividual, cometidos sem violência ou grave ameaça. Seria incompatível com a teoria do discurso habermasiana estender esse *favor legis* aos crimes de furto e estelionato, em que não restou prejuízo à vítima”? Ainda na esteira da lição de Streck, e para elucidar tais indagações refere o autor: “O art. 9º da Lei n.º 10.684/03 é idêntico ao anterior art. 34 da Lei n.º 9.249/95, estabelecendo a extinção de punibilidade nos casos de pagamento do valor sonegado antes do recebimento da denúncia. Com base no princípio da isonomia e da proporcionalidade, elaborei parecer que foi acatado por vários julgados, aplicando o benefício da extinção da punibilidade às demais hipóteses de crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, desde que a *res furtiva* tivesse sido devolvida ou totalmente recuperada”. Assim, ainda segundo a lição de Streck: “os benefícios concedidos pela Lei Penal aos delinquentes tributários (Lei n.º 9.249/95, art. 34) alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante”. (Apelação-crime n.º 297019937 – Segunda Câmara Criminal do TARS – Rel. Amilton Bueno de Carvalho). Veja também, pareceres de Streck, lançados nos autos das Apelações n.º 70012564811 e 70012883096, que ficou com a seguinte ementa: “Constitucional. Aplicação do princípio da isonomia. Inaplicabilidade de dispositivo penal (art. 172 do CP). Sentença redutiva. Nulidade parcial sem redução de texto. Crime de duplicata simulada. Natureza patrimonial. Ausência de prejuízo para a vítima. Ressarcimento do prejuízo após a consumação e antes do início da ação penal. Aplicação dos arts. 34 da Lei n.º 9.249/95 e 9º da Lei n.º 10.684/03, bem como da súmula 554 do STF, por analogia. Princípio da Isonomia (art. 5º da CF). A vinculação do jurista é, primordialmente, para com a Lei Maior, fazendo desta uma Constituição normativa integral, e não uma Constituição meramente semântica ou uma Constituição nominal, para usar a terminologia de Loewenstein. O princípio da igualdade de todos perante a lei é um dos direitos fundamentais da Carta Magna. (...) Aliás, cabe registrar, nesse sentido, o silêncio eloquente da comunidade jurídica acerca dessa flagrante violação do princípio da isonomia (para dizer o mínimo). É perfeitamente aceitável – em face da prevalência de uma visão ainda fortemente arraigada ao modelo penal liberal-individualista com raízes no século XIX – que uma parcela expressiva da comunidade jurídica não concorde com a inconstitucionalidade do *favor legis* concedido aos sonegadores de tributos. O que é difícil de sustentar é a convivência no sistema jurídico de tratamentos tão discrepantes entre o crime de furto (para ficar em apenas um dos delitos – sem violência – contra o patrimônio) e o de sonegação de tributos”. Vide: STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 283-285.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 284, NR 2.

Por mais essa razão, justifica-se a nossa crítica à ineficiência do atual modelo de Direito Penal, eis que não concretiza direitos fundamentais consignados na Carta Cidadã, e um dos fatores de tal ineficiência reside no tratamento desigual dos cidadãos frente ao Poder Estatal, consoante sua classe social e seus recursos financeiros. Tal contexto repercute na consideração de elementos referenciais e indicativos da prática de um típico Direito Penal do Autor, pautado em caracteres de extrema subjetividade, no instante de fazer incidir a máquina penal do Estado. Essa postura perniciosa corrói as instituições públicas, ao passo que, lança o ideal de democracia plural no abismo da utopia.⁴⁴

Contudo, há doutrinadores que aceitam uma concepção mista do tratamento penal entre os elementos ligados ao fato, e os elementos conectados à pessoa do autor. Nesse ponto, discordamos da posição de Assis Toledo, que tenta justificar a adoção híbrida de autor-fato, pelo nosso sistema jurídico-penal, na contemplação da política criminal brasileira, alegando ser uma tendência (natural) do moderno Direito Penal, consistindo este, em um Direito Penal do Fato, mas que considera e releva, também, os elementos subjetivos conectados ao autor, eis que, segundo ele, nenhum sistema se apresenta integralmente puro, tendo em vista que, ora se aproximam de um, ora de outro, desses dois extremos. Assim, para ele:

A comprovação dessa afirmação pode ser feita mediante um simples exame dos códigos e das leis penais em vigor, os quais, de um modo geral, tipificam fato (modelos de condutas humanas) e não perfis psicológicos de autores. Não obstante, será fácil também ver que essa mesma legislação não despreza totalmente o autor, pois a sua personalidade e antecedentes (a habitualidade e a tendência para o crime, a primariedade ou a reincidência, etc) são considerados, dentro do quadro de punibilidade do fato, no momento da quantificação da pena. Toma-se, portanto, como ponto de partida, o 'fato do agente', mas não se coloca, totalmente, entre parêntesis, o 'agente do fato'. O agente, porém, vem considerado em um momento posterior, dando-se inteira procedência ao fato. Na culpabilidade pelo fato, que também não desconsidera o agente (...) não é possível esse desligar-se do fato em momento algum, visto como é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal.⁴⁵

Por tal posicionamento, Assis Toledo limita-se a observar o quadro do ponto de vista formal, isto é, deixa de avaliar o Direito Penal do Autor à luz do procedimento criminal, que se concretiza no cotidiano dos brasileiros, e que matiza o sistema de política criminal em nosso país, ensejando progressivas violações a direitos fundamentais. Essa concepção, ausente

⁴⁴ O próprio título desse estudo está implicado nessa reflexão acerca das incongruências do presente modelo de Direito Penal e a sua conseqüente ineficiência em concretizar direitos fundamentais.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 251-252.

em seu estudo, termina por conformar a espécie de prestação penal que o Estado realiza, efetivamente, no trato da criminalidade, o que a torna imprevisível e desarrazoada, comprometendo a integridade do Direito Penal.

Estamos, com isso, querendo demonstrar o seguinte: a legislação que admite a subjetivação da incidência do Direito Penal – em todas as suas fases, desde o inquérito policial, passando pelo julgamento do acusado até o cumprimento da pena imposta na fase de execução criminal – de modo a conceber planos de investigação, julgamento e punição, assentados em qualificações subjetivas ou históricas, conectadas à pessoa do acusado e sua situação social de vida, está a exercitar o Direito Penal do Autor, e mesmo que o fato não seja deixado totalmente de lado, nessa apreciação, em uma sociedade desigual e injusta como a nossa, isso, inevitavelmente, redundará na maximização do esfacelamento da democracia plural, alargando a desigualdade entre as classes sociais pela inexistência de acesso, e, mais ainda, pela inexistência de tratamento (digno e) igual de todos perante a justiça brasileira: proclamadora de progressivas injustiças.

Nesse sistema, portanto, o Direito Penal do Autor, mesmo na sua concepção mista, termina por selecionar a sua “clientela”,⁴⁶ mediante a conformação de estereótipos pré-definidos, e aplicados de modo automático, e, às vezes, de forma inconsciente, no imaginário dos funcionários públicos (policiais, promotores de justiça, juízes, agentes carcerários, etc.), que atuam de forma direta no trato com a criminalidade, fazendo o instrumento penal pesar de forma considerável e desigual sobre os ombros de quem se enquadre nos ditos padrões conformativos; ao passo que, aos demais cidadãos – que não correspondam aos referidos caracteres – proclamadores da rigidez do aparelho penal, o tratamento ocorre com excepcional

⁴⁶ Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade: “(...) uma explicação plausível de outra das revelações da criminologia interacionista: a da seleção da delinquência e das correlativas regularidades a que obedecem as cifras negras. Estas regularidades, que se traduzem no predomínio desproporcionado das classes inferiores nas instâncias de controlo e nas estatísticas oficiais da criminalidade, não podem imputar-se ao acaso, antes devem encarar-se como grandezas sistematicamente produzidas. Essencial é que (...) a perseguição criminal, na sua sistemática redução de complexas expressões da vida, beneficia aqueles que estão em condições de influenciar e dirigir uma tal redução, desfavorecendo os que não estão nas mesmas condições”. E, continua, “a competência de acção, sendo, em geral, mediatizada pelos processos sociais, é diferencialmente distribuída. Uma vez que os códigos de comunicação no processo criminal seguem privilegiadamente os modelos dos adultos da classe média, são, sobretudo, os jovens e os membros das classes inferiores que surgem, em princípio, mais carecidos da competência de acção específica do processo penal. É, por isso, natural que sobre eles impendam maiores probabilidades de criminalização”. Por fim, “A criminologia radical sustenta, por seu turno, que a seleção não pode encarar-se em termos tão neutros. Segundo ela, a seleção operada pelas instâncias de controlo ‘não reflecte apenas a dissonância organizacional daquelas instâncias, antes reproduz, no plano da justiça criminal, as linhas de fractura e de conflito que, a nível macroscópico, dominam cada formação social”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 384-385.

brandura, respeitados em sua integridade física e moral, bem como nas restrições da exposição na mídia, quando alvos de investigação ou julgamento penal, até que o caso, envolvendo poderosos caia nas profundezas do esquecimento coletivo, abrindo caminho para a ditadura da impunidade de alguns, em prejuízo de todos (na nação).⁴⁷

Tal realidade social redundando na formação de um processo seletivo dos fenômenos e dos agentes a suportarem as mazelas e as misérias do processo penal e das instituições prisionais brasileiras. Segundo Baratta, tal fenômeno:

(...) se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sociológico-jurídica. Esta é chamada a evidenciar o papel, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado. A constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, em nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas. (...) A drástica mudança de identidade social como efeito das sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência – como se recordará – por Lemert e Schur. A teoria por eles construída demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isso coloca uma dúvida de caráter fundamental sobre a possibilidade mesma de uma função reeducativa da pena.⁴⁸

⁴⁷ Um exemplo que ilustra de forma contundente essa análise consiste no caso de um jovem estudante de classe social alta, residente em um Bairro nobre da cidade de São Paulo, que foi preso por policiais militares, daquela cidade, por estar numa casa noturna envolvendo-se em brigas. A notícia veiculada pela imprensa falada referiu que os policiais encontraram drogas com o jovem, e que ele teria agredido uma policial militar que lhe deu voz de prisão. Preso em flagrante por uma série de delitos, foi revelado que o jovem é filho de um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, e que, por essa razão, a polícia paulista não divulgaria o sobrenome do jovem delinqüente, a fim de preservá-lo até a conclusão das investigações. Qualquer brasileiro sabe que essa preservação da imagem e do sobrenome do acusado jamais seria concedida a um jovem que, eventualmente, fosse preso, nas mesmas condições do nosso caso relatado, e que residisse numa favela paulista, sendo ainda, filho de uma empregada doméstica, por exemplo.

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 179.

Nesse sentido, Zaffaroni traz à tona a situação social em que a América Latina está mergulhada, e as conseqüentes implicações para o direito penal e processual penal. Segundo o autor, a crise vivenciada pelo atual sistema processual penal retrata o esquecimento das sociedades que ficaram à margem do princípio econômico do consumismo e do poder aquisitivo capitalista, tal situação acarreta, segundo o autor, na marginalização das classes urbanas, gerando o considerável aumento da pobreza absoluta. Zaffaroni aduz, portanto, que desse novo processo de progressiva marginalização nutre-se o sistema penal latino-americano, para sua reprodução de clientela, mediante a seleção de prisioneiros ou fuzilados sem processo.⁴⁹

Com isso, os problemas sociais ganham dimensões alarmantes, e o ideal de combate à criminalidade entre a opinião pública ganha, cotidianamente, novos adeptos, compelindo o sistema processual penal a atuar de forma repressiva em relação à referida “clientela”, a fim de satisfazer essa opinião, e, sobretudo, mostrar eficácia no seu desempenho. Conforme salienta Zaffaroni, ao ilustrar o agravamento do problema com o crescimento da população latino-americana – desprovida de recursos essenciais à sua sobrevivência, tal panorama se problematiza ainda mais pelo “(...) aumento do percentual de presos sem condenação em toda a região, onde, como sabemos, a prisão preventiva é a verdadeira pena em razão da distorção cronológica do sistema penal”,⁵⁰ que não consegue dar conta do volume da demanda, e, desse modo, opta por ser repressivo, desconsiderando a ausência de formação de culpa do acusado, para depositá-lo em uma cela, lotada de outros presos, desprovido da sua dignidade como ser (homem) humano.

A prisão cautelar, por exemplo, ainda que provisória, deixa marcas e seqüelas permanentes, que acompanharão o indivíduo por toda a sua vida, e o mais hediondo aspecto da prisão provisória, está nos casos em que posteriormente, com o fim da instrução, decide-se pela inocência daquele que, inicialmente, havia sido considerado o grande perigo para a sociedade, sendo que essa modalidade de prisão consiste, para alguns, no único meio apto a erradicar a crescente criminalidade reinante, simbolizada na figura estigmatizada do acusado.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 121. Conforme o autor: “Não se deve pensar que apenas a projeção futura de nossos sistemas penais no âmbito de um genocídio tecnocolonialista marca a necessidade e a urgência de uma resposta marginal à deslegitimação do sistema penal, pois já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento”, p. 123.

⁵⁰ Ibid., p. 121.

Que dignidade terá o ser humano submetido à tamanha crueldade? Zaffaroni descreve com precisão a visão que a sociedade imprime ao acusado, e que, inconscientemente, ou até mesmo conscientemente, influencia o magistrado na decretação da custódia cautelar, mesmo quando ausentes a sua necessidade constitucional (e, demais requisitos legais), violando assim, a sua presunção de inocência e a sua dignidade, em prol da credibilidade do Sistema (Estado-Judiciário) frente à opinião pública. Segundo ele:

La dignidad de persona que es inherente a cualquier ser humano se viola cuando se lo considera un ‘inferior’ como ser humano, sea por ‘peligroso’, por ‘enfermo’, por ‘criminal’, etc. La idea de la ‘peligrosidad’ de un ser humano tiñe en el fondo cualquier actitud que lleve a tratar a una persona como ‘inferior’. Una persona es ‘peligrosa’ para el sistema penal, cuando se sospecha que puede infringir una norma. Esta ideología lleva a que se la considere como una ‘cosa’ contra la que es necesario precaverse y, por ondee, neutralizar-la.⁵¹

Algumas das conseqüências desse fenômeno residem no sentimento generalizado de impunidade no Brasil, seguido do descrédito institucional e da dubiedade do grau de isenção dos membros do Poder Judiciário, por parte de cidadãos mais desfavorecidos.

Sendo assim, a punição, na concepção de um Estado de Direito, deve guardar consonância e harmonia com os demais elementos da persecução estatal (atividade policial e acusatória), tendo em vista que a sanção deva ser aplicada de modo necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime em apreço (e desapreço), que a seja, portanto, para todos, e de modo indistinto.⁵²

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José – Costa Rica, 11 al 15 de Julio de 1983. Redactados por el coordinador profesor doctor Eugênio Zaffaroni. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 39. Nessa seara, é pertinente referir as passagens de Hannah Arendt, que afirma que o homem é um ser plúrimo, e a sua “pluralidade é condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”. Por tal postulado esboçado por Hannah Arendt, podemos conceber que o Direito Penal do Autor viola a condição humana, eis que desrespeita o indivíduo em sua pluralidade ao classificá-lo de “marginal”, ou inimigo social. Vide: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 16.

⁵² Para ilustrar, nitidamente, os elementos caracterizadores de um típico Direito Penal do Autor, calcado em concepções subjetivas norteadas por adjetivações sociais que (alguns) indivíduo(s) possui(em) ou goza(m) no meio social, fazemos referência às Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil de 1603 à 1916, com dispositivos como este: Ordenações Filipinas, 1603, Livro V, Capítulo XXXVIII: “*Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade*”. A título de registro tal disposição deve ser refletida como meio de repensarmos nosso sistema jurídico atual, eis que, infelizmente, ainda não estamos muito distantes de tal panacéia.

Diante disso, não é porque temos em nosso ordenamento penal, figuras de apenamento material conectadas à pessoa do acusado, que iremos transportá-las para todas as demais fases do procedimento policial e judicial, como sendo: no inquérito policial, na denúncia, na instrução, na decisão e na execução da pena; ou seja, as figuras de apenamento constantes no Código Penal brasileiro, e que são dirigidas e sopesadas mediante a análise da pessoa do acusado, desconsiderando o fato em si, são figuras de Direito Material,⁵³ não devendo, portanto, serem estendidas sobre as questões concernentes ao processo ou procedimento de formação da culpa ou da inocência. Isso porque, é aqui, no aspecto processual penal, onde o Direito Penal do Autor se aflora de modo mais perverso e desumano: desde a manutenção de uma prisão preventiva (ainda que indevida), estribada no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), passando pela excessiva liberdade do juiz em buscar mais provas ante sua dúvida acerca da inocência do acusado, fato que o converte em sujeito processual dotado de parcialidade, (conforme o art. 156 do Código de Processo Penal),⁵⁴ até o modo distinto de execução de uma mesma pena por diferentes condenados.⁵⁵

Diante disso, conforme Vicente Cernicchiaro, uma sentença judicial divorciada da realidade contextual de imersão dos acusados e da sociedade, em níveis diferenciados de

⁵³ Como ocorre com os elementos circunstanciais que devem ser sopesados pelo julgador na delimitação da pena-base, constantes no já referido artigo 59 do Código Penal, sendo, portanto, norma de cunho material, não processual.

⁵⁴ E assim, destaca-se um resquício, uma mácula deixada pelo sistema processual inquisitorial, que permite a liberdade do órgão julgador em promover, de ofício, a busca de novas provas, forte no art. 156 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 03.10.1941), tornando-o, conseqüentemente, parte processual na lide penal. Tal circunstância se agrava pela recente alteração desse mesmo dispositivo, por meio da Lei n.º 11.690, de 9.7.2008, que amplia o poder do juiz na busca desenfreada de provas, sendo-lhe facultado a produção de provas antecipadas antes mesmo do início da ação penal. Segundo o art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: inciso I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; inciso II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Ora, convenhamos, se persistem dúvidas acerca da veracidade da imputação penal dirigida ao acusado, deverá o juiz absolvê-lo por insuficiência de provas. Desse modo, devemos reconhecer que a declarada existência de dúvidas constitui a porta de entrada para confabulação de presunções, e a necessidade de confirmá-las de algum modo. Tais presunções no processo penal, confrontadas com o paradigma democrático-constitucional sugerem a prevalência da presunção de inocência em favor das alegações de defesa do acusado, imperativo que segue sólido até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988), mas que, todavia, segue desprovido de concretização, seja por leis infraconstitucionais, seja pela atuação despota de julgadores que renegam o sentido democrático da Constituição no processo penal brasileiro, quando deparados com a explícita falta de êxito do processo investigatório policial ou a pretensão acusatória do Ministério Público.

⁵⁵ Outro exemplo, que ilustra bem a força que o Direito Penal do Autor tem, na execução da pena no Brasil, reside nos benefícios auferidos pelo então, ex-juiz do trabalho, Nicolau dos Santos Neto, condenado por crimes relacionados ao desvio de recursos públicos destinados à construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Para ele o cumprimento da pena ocorre na modalidade domiciliar, isto é, o apenado pode cumprir sua pena no conforto de sua residência. O mesmo não ocorre com quem é condenado pelo furto de uma lata de requeijão num hipermercado da grande São Paulo.

tratamento, redonda que: “(...) o condenado socialmente protegido (situação minoritária) cumprirá a execução em situação mais favorável do que o determinado na sentença; por sua vez, o condenado socialmente desprotegido (situação majoritária) será submetido à situação jurídica diversa da condenação”.⁵⁶

Sob tal ótica, devemos ser cautelosos com a espécie de concepção que se elege em um determinado sistema, evitando-se a ampliação de parâmetros particularizados em específicos setores para outros que, deles não necessitem ou não devam integrá-lo. Por essa razão, deve-se atentar para o modo de exercício jurisdicional (e policial, por ocasião da persecução),⁵⁷ a fim de evitar um direito penal de índole dirigida ao autor do fato, e não ao fato. Tal consequência, se não observada pelo sistema estatal impingirá na matização do procedimento persecutório e criminal, terminando por influenciar, sobremaneira, o modo pelo qual a política criminal proclamará sua atuação no controle da referida “nova criminalidade”, em tempos modernos, marcados pela complexidade da sociedade – onde o objeto (ainda) transcende ao sujeito, e o sujeito ao fato – no instante em que o Sistema Penal é ativado no Brasil.⁵⁸

⁵⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o direito penal no terceiro milênio. Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi. Organização de André Copetti. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 179.

⁵⁷ Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade: “a polícia constitui o símbolo mais visível do sistema formal de controle, o mais presente no cotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o *first-line enforcer* da lei criminal. O seu papel no processo de seleção é, por isso, determinante. Situada no limiar do complexo processo da *law in action*, a polícia é não só a instância que processo o caudal mais volumoso de deviance, mas também a que o faz em condições de maior discricionariedade. Por princípio, a polícia interage apenas com ‘leigos’ – os denunciadores ou suspeitos -, em oposição de domínio e à margem da vigilância dos demais intervenientes processuais que vão progressivamente povoando o cenário”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manual da Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 443.

⁵⁸ Nessa circunstância relacional, entre sujeito e objeto na análise do crime, é pertinente observar a crise do modelo causal-explicativo (também do Sistema Penal), assentado na análise do sujeito-objeto, que vai cedendo lugar à inserção do ser no mundo (vivido), originando uma nova (e importante) concepção de prevalência do sujeito sobre o objeto. Para tanto, reportamo-nos às inferências de García-Pablos de Molina, acerca do fato de que: “A criminologia, em primeiro lugar, não esgota sua tarefa na mera acumulação de ‘dados’ sobre o delito, e sim deve transformar estes dados em informação, interpretando-os, sistematizando-os e valorando-os. Porque não existe o terreno neutro e pacífico do dado (...). O ‘conhecimento’ científico da realidade, por outro lado, é sempre parcial, fragmentado, provisório, fluido e os campos próprios das diversas disciplinas que versam sobre o homem e a sociedade, estreitamente relacionados entre si, se ampliam e se modificam sem cessar. De sorte que o saber empírico, outrora paradigma de exatidão, tornou-se cada vez mais relativo e inseguro: é um saber provisório, aberto. Já não visa descobrir as férreas leis universais que regem o mundo natural e social (relações de causa e efeito), senão que parece conformar-se com conseguir informação válida, confiável, não refutada sobre a realidade. Não busca exatidão, senão probabilidade, não fala de ‘causa’ e ‘causalidade’, senão de outros tipos de conexões menos exigentes (fatores variáveis, correlações, etc.). Em parte isso se deve à evidência de que o homem transcende à ‘causalidade’, à ‘reatividade’ e à ‘força’, porque é sujeito e não objeto do acontecer e da história”. Assim, para o autor: “Porém a citada crise do ‘paradigma causal-explicativo’ e das limitações do método empírico pode ser observada, também, não só no campo das ciências sociais e das da conduta, senão no das denominadas – em outra época – ciências ‘exatas’”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio.

Sendo assim, Ana Izabel Cepeda salienta que a construção de inimigos internos é providencial ao ajuste da coesão social, sendo passíveis de identificação com a ilegalidade e a criminalidade, vistas que, são como uma categoria de risco, de modo que apareçam como destinatários privilegiados das instâncias de controle social formal. Assim, a atenção até o problema da criminalidade – conectada com o fenômeno da exclusão social – mostra-se funcional ao intento de fomentar uma sensação subjetiva de segurança e confiança no sistema estatal de controle social.⁵⁹

Desse modo, Pérez Cepeda conclui que é partir dessa redefinição das prioridades fundamentais da segurança pública estatal, que o modelo de controle que se impõe é o da exclusão social de uma parcela (considerável) da população, que não tem nenhuma função no modelo produtivo e globalizado de maximização do capital. Trata-se, segundo a autora, dos inimigos da sociedade, não de pessoas, consistindo nos novos “*homo sacer*” do Século XXI. O controle social se despoja assim, das ataduras disciplinares em sua versão *Welfarista*, e aparece destituído de seu sentido mais direto, consistente na expressa renúncia a qualquer intento de integrar tais espaços marginais; ao passo que, se propõe a um controle dirigido a

Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução e organização de Luiz Flávio Gomes. Vol. V, 6ª ed. reform. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33. Sobre essa concepção de derrocada do paradigma causal-explicativo, STRECK refere o seguinte raciocínio: “Daí a contradição: não é possível servir a dois senhores ao mesmo tempo. Trata-se de uma opção paradigmática, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas anti-epistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. Não é possível lançar mão tão-somente das ‘partes nobres’ de cada teoria (ou paradigma), descartando as insuficiências. (...) A Constituição do Brasil, ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, não o fez no plano de uma ‘repetição’ dogmático-histórica do conceito, mas, sim, fê-lo sob a égide das duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX: o constitucionalismo, que traz para dentro do direito os conflitos sociais e tudo aquilo que era território ‘exclusivo’ do normativismo-privatístico, e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto (...)”. STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 405 e 407. Ainda servindo-nos da teoria de Streck, a interpretação (judicial) sofre influências desses paradigmas em jogo, tais questões para o autor impinge no sentido de que: “(...) o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Há, pois, um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete. (...) A diferença ontológica só se compreende e somente faz sentido porque ela é o elemento fundamental do modo de ser no mundo. Esse modo de ser no mundo já é sempre uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. *Ser-no-mundo é uma dimensão que é ao mesmo tempo hermenêutica e apofântica*”. STRECK, Lênio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidência entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. André Copetti, Lênio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha ... [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 161-163.

⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: iustel, 2007, p. 52.

redistribuir os riscos inerentes aos mesmos, até torná-los toleráveis (em termos de eficiência).

60

Nessa dimensão de abordagem é que nascem as figuras jurídicas de polarização do Direito Penal do Autor, assentadas em funções de inocuização do indivíduo, por tratar-se de inimigo, fundando-se os pilares teóricos da linha do Direito Penal do Inimigo, como veremos adiante, com maior profundidade.

Assim, o grande desafio do Direito Penal é encontrar alternativas, observando-se os estritos limites constitucionais do princípio da legalidade e da isonomia – essenciais à observância dos direitos fundamentais no trato da criminalidade, tanto a tradicional, quanto a chamada “nova criminalidade”. Desse modo, consoante Hassemer:

(...) é dever das ciências penais refletir alternativas ao direito penal. Não é de maneira alguma pacífico – aliás, não é nem sequer discutido abertamente – que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo direito penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social, do modo aqui exposto. É certo que o direito penal tradicional continuará sempre tendo com que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro. Aqui não vejo ensejo para se falar em modernização. Nesse campo nuclear do direito penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os Direitos Fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados.⁶¹

Nessa seara, é pertinente asseverar para uma ocorrência consistente na prevalência do Direito Penal do Autor em relação ao Direito Penal do Fato, e a consequência desse deslocamento do juízo, termina por redundar na inevitável contaminação do ato de fundamentação da decisão penal, tornando-a inadequada para o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, a principiologia constitucional tem especial relevo frente ao ordenamento de “regras postas”, e isso tem significativa influência no tipo de motivação que os julgadores utilizam no instante de fundamentar suas decisões.⁶²

⁶⁰ Ibid., p. 53.

⁶¹ HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Estudos MP, 1ª edição, 1993, p. 59.

⁶² O ato clássico de fundamentar as decisões está calcado no paradigma epistemológico e o ato de compreender no paradigma ontológico. Nesses termos, o intérprete transcende aos limites da moldura da norma constitucional, ignorando suas linhas, ao motivar suas decisões com preceitos que relevem aspectos atrelados à pessoa do acusado, ao passo que desconsidera os direitos fundamentais da pessoa humana e os pilares do constitucionalismo, que deveriam nortear as decisões penais. Tal fenômeno reside no esquecimento da Carta Constitucional pelo intérprete, alheio ao ato único de compreender/aplicar, decidindo-se, num primeiro momento, baseado em valorações íntimas, para, num segundo instante, fundamentar, lastreando-se em clichês postos pelo ordenamento penal e processual penal, anteriores à Carta Máxima, e, distantes das vicissitudes do caso (factual), descomprometendo-se com os direitos fundamentais e princípios insertos em nossa Constituição. A questão torna-se crítica quando o intérprete toma suas decisões de modo alheio e indiferente ao sentido da

Assim, o Direito Penal do Autor segue sendo um artifício de neutralização do indivíduo, em face do proclamado bem comum. Tal manobra sistêmico-institucional está plasmada no intuito de proporcionar a pronta utilização de uma das formas mais contundentes de manutenção do controle social,⁶³ eis que, a atuação convergente sobre o autor do fato tende a desconstruí-lo formalmente, no que tange à sua inserção de mundo vivido, proclamando-o inimigo social. Desse modo, tal espécie de controle operado se dá de modo drástico e violento, não contribuindo para o sucesso dos anseios político-criminais. Além disso, outra estratégia de controle social, na sociedade do risco, reside na expansão do alcance interventivo da esfera criminal, como a seguir veremos.

2.1.2 O alargamento das barreiras de punição criminal na sociedade do risco e a (pretendida) manutenção do controle social

Na atual quadra da história vivenciamos um período de organização social pós-industrial, forjador de uma sociedade atravessada por diferentes e imprecisos riscos, como já inferimos em linhas anteriores. Muitos desses riscos são frutos do desenvolvimento de tecnologias em vários campos da ciência, além de uma gama de fatores sociais, antropológicos e econômicos, que auxiliaram na formatação dessa sociedade pautada por riscos. Nesse ínterim, a gestão desses riscos torna-se o desafio e a necessidade da modernidade, e o modo como ela (a gestão) será efetivada determinará o grau de racionalidade e civilidade de uma nação futurista.⁶⁴

norma constitucional, passando a decidir para além dos limites da moldura constitucional que o legislador impingiu à Carta Política de 1988, no Brasil. A respeito disso, vide a obra de: STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 142 e 171-172.

⁶³ Segundo S. Cohen, pode-se compreender controle social, como sendo aqueles recursos de que dispõe uma determinada sociedade para assegurar a conformidade dos comportamentos de seus membros a um conjunto de regras e princípios estabelecidos, bem como as formas organizadas, nas quais, a sociedade (o Estado) responde a suas transgressões. COHEN, S. Visiones de control social. Traducción de E. Larrauri. Barcelona, PPU, 1988, p. 15. Segundo Bustos Ramírez, esse amplo conceito de controle social abarca qualquer coisa que garanta a ordem social, como o sistema educativo, o sistema sanitário e assistencial do Estado, e, em geral, todo o sistema de organização social. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Volumen 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 15.

⁶⁴ Segundo Ulrich Beck, desde meados do século XX, as instituições sociais da sociedade industrial, têm enfrentado a possibilidade, historicamente sem precedentes, da destruição de toda vida no Planeta, através das decisões que se tomam. Assim, a sociedade do risco residual (que compreende as consequências de ordem médica, psicológica, cultural e religiosa, advindas do manuseio de energia nuclear) tem se convertido em uma sociedade não assegurada, na qual, de forma paradoxal, a proteção diminui, na medida em que se aumenta o perigo. Em termos políticos, para Beck, isso implica, como se demonstra a política de abandono da energia

Entretanto, não podemos olvidar do alto grau de repercussão global desses riscos. Sobre isso, Ulrich Beck refere que o envenenamento do ar, da água, do solo, das plantas e dos alimentos desconhece fronteiras. Segundo o autor, nessa perspectiva realista, falar da sociedade do risco global reflete a forçosa socialização global relativa aos perigos produzidos pela civilização. O novo estado do mundo é a base da crescente importância das instituições transnacionais. Assim, aos perigos globais correspondem, de forma realista, modelos globais de percepção, fóruns mundiais da vida e de ações públicas.⁶⁵

Diante de diferentes gradações dos diversos riscos atualmente existentes, Beck adverte para o fato de que, falar sobre sociedade do risco global não releva a superação dos conflitos étnico-nacionalistas de percepção e evolução. Pelo contrário, parece acompanhar a aparição de novos contornos desse tipo (por exemplo, sobre os graus de perigo, ou sobre quem é responsável por eles, ou sobre a necessidade de contra-medidas), que terminam por funcionar como fator de determinação dos futuros ganhadores e perdedores entre as nações.⁶⁶

Esse fator de desigualdade, e conseqüente divisão entre nações, apontado por Beck, é reproduzido no interior de determinados países, como o Brasil, por exemplo. Lugares de imensas desigualdades sociais constituem elementos motivadores de violência de toda ordem. Com isso, assim como ocorre com as nações, os indivíduos são separados entre ganhadores e perdedores, e o modo como o sistema estatal (de uma sociedade desigual) irá tratá-los releva e revela o modo de incidência do controle social colocado em prática. Tal circunstância traz à tona, a evidência de uma política criminal desigual para diferentes sujeitos, dependendo de suas condições econômico-sociais. Assim, diante da violência reinante o Estado pretende efetuar o controle social (dos desviantes) mediante a utilização de contra-medidas repressivas no âmbito de uma política criminal dicotômica.

Para tanto, é necessário compreendermos que o Direito Penal constitui-se em um dos meios existentes de controle social, e, também, o mais demandado, nas sociedades atuais, como forma de responder ao problema da violência. Sob tal aspecto, conforme inferência de Mir Puig, a família, a escola, a profissão, os grupos sociais, são também meios de controle

nuclear, no atual governo alemão, que aumentar as garantias de asseguramento, exigidas das centrais nucleares é um bilhete seguro para sair da era nuclear. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2002, p. 83.

⁶⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2002, p. 36.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 39.

social, ainda que dotados de um caráter informal que os distinguem de um meio de controle jurídico altamente formalizado, como é o caso do Direito Penal. Como todo meio de controle social, esse tende a evitar determinados comportamentos sociais que se reputam indesejáveis, recorrendo, para tanto, à ameaça de imposição de distintas sanções, incidentes sobre as condutas que se desejam coibir.⁶⁷

Nesse sentido, segundo Bustos Ramírez, o controle social está pautado em dois aspectos que se complementam: de um lado estão as estratégias de prevenção de uma conduta censurável; e, de outro, a reação social frente à realização dessa mesma espécie de conduta. Assim, com as estratégias de prevenção, trata-se de atuar sobre o indivíduo, conformando-o mentalmente, para que internalize as normas sociais de convivência coletiva. Desse modo, o controle social de reação centra-se nas respostas sociais desencadeadas por uma conduta não desejada.⁶⁸

Sob tal aspecto, as condutas desviantes podem ter diferentes acepções e categorias. Sobre isso, Bustos Ramírez refere que a cada uma das categorias corresponde uma resposta social diferente, dependendo dos moldes característicos de cada modalidade de conduta desviante. Assim, uma conduta desviada, qualificada como patológica, terá como resposta (ou reação social) a utilização de medicação. Se a conduta é definida como crime, a reação social será um processo de criminalização. Caso a conduta seja definida como molestadora, a reação

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, p. 49.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Volumen 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 16. Segundo o autor, os mecanismos sociais dirigidos a obter a aceitação do sistema de valores da ordem social são múltiplos e variados. Em todo caso, têm como objetivo comum que o indivíduo internalize esses valores até o ponto de aceitá-los como próprios e que possa se comportar em seus relacionamentos sociais observando tais valores. A interiorização desses valores haverá de gerar no indivíduo controles internos. Esses controles internos desenvolvidos pelo indivíduo, a partir da aceitação dos valores sociais condicionam um comportamento conforme a norma social, isto é, comportamentos que se correspondam com os que precisamente se esperam dele. No processo de construção da conformidade têm especial importância os chamados mecanismos de socialização. Esses mecanismos partem do reconhecimento da capacidade de autodeterminação do indivíduo e do fato, sendo que esta capacidade pode levá-lo a não aceitação do sistema social. Dessa forma, poderia ocorrer que o indivíduo vivera em contradição com o mundo social. Os mecanismos de socialização têm por objeto induzir no indivíduo as significações do mundo social, para que ele as internalize como realidade e que participe na dialética social. Cabe salientar ainda, segundo o autor, que os processos de construção da conformidade também possuem atuações destinadas a criar um rechaço de certas situações. Um exemplo disso, pode ser referido com fundamento no processo de demonização que se tem proclamado como política de proibição das drogas ilícitas. O discurso da droga possui uma faceta oculta que serve para legitimar intervenções lesivas na soberania nacional de países produtores de drogas. Notável, portanto, é a difusão através da mídia – mediante a veiculação de notícias, séries de televisão e de cinema – dos termos como o narcotráfico, narcoterrorismo, narcodólares ou narcoguerrilha, cunhados a partir do termo em inglês *narcotics*. Através dessa política, se tem criado a dividida imagem de países vítimas e países vitimizantes, onde, desde o primeiro momento aparecem os Estados Unidos como vítima por excelência, e, portanto, legitimado a intervir para além de suas fronteiras. Ibid., pp. 16-17.

será a sua neutralização. Em termos gerais, o autor refere que as estratégias de controle social reativo podem ser agrupadas em categorias pautadas pela sucessiva utilização de: medicalização, criminalização e neutralização. Por isso, refere o autor que o controle penal é um sistema reativo, integral e formalizado. Sua formalização se manifesta em todos os níveis da dinâmica penal.⁶⁹

Nesse sentido, diante dos novos elementos de reordenação da sociedade na era da tecnologia e da globalização, fomentada pela escassez de recursos de manutenção do bem-estar humano, devido ao surgimento de novos bens jurídicos passíveis de tutela estatal; bem como, pela aparição de novos interesses passíveis de valorização na esfera criminal,⁷⁰ houve a eclosão impulsiva e desmedida do alargamento das barreiras de intervenção criminal, numa sociedade (complexa) pautada pela gestão, distribuição e fruição de altos e imprevisíveis riscos. Tal contexto fenomênico da realidade cambiante que vivemos está assentado no intuito de promover a manutenção do controle social diante da sociedade do risco. Conforme Bustos Ramírez: “Dicho de otra forma, el sistema ha aumentado cualitativa y cuantitativamente el control social de acción y de reacción”.⁷¹

⁶⁹ Ibid., pp. 18-19. Ainda, segundo BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal, importa ressaltar que o controle social de reação pode ser classificado como formal ou informal. O critério de distinção entre o controle social formal ou informal não reside nos níveis de formalização ou institucionalização dos mecanismos de controle, senão que, na natureza do órgão ou esfera que exerce o controle. A família, por exemplo, que possui um alto grau de formalização e institucionalização, não obstante, desde esta perspectiva, constitui um mecanismo de controle informal, toda vez que sua finalidade específica não é o exercício do controle. O controle social informal, para o autor, é exercido por instituições sociais não em seu modo primordial, senão que, de modo complementar. Trata-se, portanto, de instituições cuja função principal não é o exercício do controle, mas outra que complementa essa finalidade precípua mediante a conformação histórica do indivíduo-membro da comunidade em que vive. Está constituído por instituições como a família, a vizinhança, a escola, o núcleo de trabalho, grupos de bairros, o partido político, etc. O controle social que exercem essas instituições é regido por um sistema normativo informal de usos, costumes, tradições, e com freqüentes apelações a um código ético ou moral não escrito e, também, a reciprocidade. Suas sanções podem ser segundo as circunstâncias mais ásperas, arbitrárias e desproporcionais. Podem consistir, ainda, na perda de postos de trabalho, isolamento social, criação de estigmas e rótulos, perda de consideração social e posição econômica. Já o controle social formal é aquele exercido por instâncias que têm sido estabelecidas com a finalidade de exercer o controle social, como a polícia, os tribunais, o direito penal, o processo penal, os estabelecimentos prisionais (cárceres, estabelecimentos sócio-terapêuticos, etc), e também, as repartições e os órgãos públicos encarregados de classificar, arquivar, processar, registrar informações sobre as pessoas que tenham sido objeto de punição criminal. Diferentemente do que ocorre com o controle social informal, a resposta nessa última espécie de controle, diante da conduta desviante, está regulada por um direito escrito e previamente sedimentado. Desse modo, cada órgão referido constitui-se em uma peça que, quando atua em concomitância, termina por conformar um sistema maior e integrado de controle formal, cuja função específica é o exercício de um controle social específico: o controle penal. Ibid., pp. 18-19.

⁷⁰ Nesse caso, a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, pode vir a ser um exemplo da valorização de interesses fundamentais que antes não eram alvo de tutela estatal.

⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Op. Cit., p. 22.

Desse modo, conforme enfatiza Díez Ripollés, o debate originário sobre o Direito Penal da sociedade do risco parte da constatação de um conjunto de realidades sociais, que poderia ser sintetizado em três grandes blocos: de um lado a generalização no seio da sociedade moderna de novos riscos, incidentes sobre toda a coletividade, podendo ser qualificados como artificiais, em razão de consistirem como produtos de novas atividades humanas; ou, de modo concreto, seriam conseqüências colaterais do advento de novas tecnologias aplicadas em diversos âmbitos sociais; por outro lado, torna-se difícil a determinação e individualização do agente ou dos agentes responsáveis pela geração desses riscos.⁷²

Com isso, os critérios de distribuição dos riscos já não satisfazem plenamente as exigências de imputação de responsabilidade; e, por fim, a difusão de uma sensação generalizada de insegurança tem se manifestado de modo progressivo na sociedade contemporânea, mas que, no entanto, parece não guardar correlação com os referidos riscos, senão que, a dita insegurança, sofre uma potencialização, mediante a intensa cobertura feita pela grande mídia, acerca de sucessivos delitos de perigo e lesões, situação que é agravada pela dificuldade que o cidadão tem de compreender a acelerada mudança tecnológica que o atravessa cotidianamente. Nesses termos, Ripollés ressalva que a moderna sociedade tecnológica concebe uma notável transformação das relações e dos valores sociais, além de uma significativa redução da solidariedade coletiva.⁷³

Em síntese, para o referido autor, todo esse conjunto de fatores ativa demandas de intervenções sócio-estatais que permitem controlar tais riscos e aplacar tais temores, e isso se aplica, entre outros mecanismos sociais, por meio da política criminal expansionista.⁷⁴ Por sua vez, a política criminal que pretendesse dar respostas a essa sociedade do risco poderia evocar-se a partir de quatro grandes traços que a seguir se expõe.

Em primeiro lugar, está a considerável ampliação dos âmbitos sociais – alvo da persecução penal, dirigindo sua incidência sobre novas realidades sociais problemáticas ou pré-existentes, cuja vulnerabilidade havia aumentado. Entre tais setores, encontramos a

⁷² RIPOLLÉS, José Díez. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Org. André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 84.

⁷³ Ibid., p. 84.

⁷⁴ Ibid., p. 84.

fabricação e distribuição de produtos de segurança duvidosa e desconhecida, o meio ambiente, as novas esferas de desenvolvimento tecnológico, como a nuclear, informática e genética, delitos contra a ordem econômica e as atividades classificadas em estruturas delitivas organizadas, como, por exemplo, o tráfico ilícito de drogas.⁷⁵

No segundo plano, temos o redirecionamento do poder persecutório contra os delitos do colarinho branco, concentrado seus esforços em perseguir a criminalidade originada pelos poderosos – até então, único nicho de gestação criminológica que dificilmente entrava em contato com a máquina penal. A esse efeito se deve o aval das demandas de intervenção penal procedentes das organizações sociais surgidas nos últimos tempos em defesa de novos interesses sociais, tais como: associações de defesa específica dos consumidores, ambientalistas, transparência na administração pública, dentre tantos outros.⁷⁶

Em terceiro lugar, ocorre a prevalência outorgada à intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social: a contundência e a capacidade socializadora do direito criminal são sobrelevadas, por conceber-se como meio mais eficaz na prevenção de tais condutas, frente a outras medidas de política econômica ou social; ou ainda, do que intervenções materializadas em outros setores jurídicos, como o direito civil, e o direito administrativo; sob tal aspecto o princípio da subsidiariedade penal resta seriamente questionado.⁷⁷

Por fim, Ripollés refere a necessidade de se acomodar os conteúdos de Direito Penal e Processual Penal nos peculiares meandros levantados pela nova criminalidade, consistente, por exemplo, nas novas técnicas delitivas, nos obstáculos para determinar-se os riscos não permitidos, e a trabalhosa individualização de responsabilidades que hão de se contrapor a uma atualização dos instrumentos punitivos. Fatores fenomênicos resultantes dessa nova sociedade complexa e tecnológica, que demandam reconsiderar ou flexibilizar o sistema (tradicional) de imputação de responsabilidade e de garantias individuais vigentes, o que se há de fazer em função da necessidade político-criminal de melhorar a efetividade na persecução, julgamento e aplicação da lei penal.⁷⁸

⁷⁵ Ibid., p. 84.

⁷⁶ Ibid, p. 83.

⁷⁷ Ibid., p. 83.

⁷⁸ Ibid, pp. 84-85.

Entretanto, a reação estatal diante dessa nova ordem de criminalidade tem provocado o alargamento das barreiras de punição do poder penal do Estado, na suposição de que a mais radical de todas as esferas do direito possa, por si só, dar conta desse fenômeno da modernidade, tão complexo quanto a própria sociedade que a experimenta. As medidas expansionistas se concentram na antecipação da criminalização de condutas que denotam um risco abstrato de lesão ao bem jurídico. Nesses termos, não há a necessidade da existência de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Nesse sentido, a criminalidade na atualidade tem proporcionado à sociedade a suportabilidade dos riscos advindos desse fenômeno. Assim, o Estado, por sua vez, com o intuito de manter, a todo custo, os padrões mínimos de controle social, transfere o ônus da suportabilidade dos riscos da coletividade para o indivíduo-infrator, mediante a concretização de medidas de política criminal pautadas pela repressão, pela criminalização em massa e pela supressão de garantias no processo e na persecução penal, com o fim de aplacar o anseio coletivo, demandante por segurança pública.⁷⁹

Nessa seara da suportabilidade dos riscos, Ulrich Beck, refere que, ao se originarem os riscos industriais no processo de tomada de decisões, proclama-se, de modo irrevogável, o problema da exigência de responsabilidades sociais, inclusive naqueles âmbitos nos quais as normas dominantes da ciência e do direito só admitem em casos excepcionais tal exigência de responsabilidade. As pessoas em geral, as organizações estatais e os políticos são responsáveis pelos riscos industriais. A questão das raízes sociais dos riscos bloqueia a externalização do problema da exigência de responsabilidades.⁸⁰

⁷⁹ Nesse sentido, Ana Izabel Pérez Cepeda refere que, na atualidade, tem aparecido espaços macrossecuritários de conteúdo supra-estatal, como sendo espaço policial europeu, tornando a gestão das seguranças nacionais dentro de uma concepção multifatorial: a emergência de um espaço de segurança europeu tem aberto um grande número de interrogações sobre seus mecanismos de operação e de controle. Tem-se caminhado, segundo a autora, na direção de políticas claramente repressivas vinculadas a grandes temas securitários (terrorismo, drogas, livre circulação e movimentos migratórios para a Europa, crime organizado, violências), fatores que fomentam um amplo debate sobre os riscos derivados da construção de uma Europa-Fortaleza em lugar de uma Europa-Cidadã. Junto a isso, tem se nutrido um progressivo interesse por aspectos microssecuritários, consistentes na insegurança da pequena delinqüência, do risco e dos medos dos cidadãos. O risco e o medo do delito, uma vez que aparece, tende a difundir-se. Assim, de modo auto-reprodutivo se criam novas demandas securitárias, num mundo normativamente instado, onde os produtos normativos (vistos como lógica da segurança) se constroem na lógica da segurança, ainda que à custa de outros valores político-fundamentais, como a liberdade. Conforme a autora, é nesse contexto que surgem as campanhas político-normativas de Lei e Ordem (especialmente na Europa), caracterizada por uma intensa repressão estatal e uma certa convivência à rudeza policial, pautando-se pela busca de eficácia (persecutório-criminal) estribada em princípios de repressão-reação. PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: iustel, 2007, pp. 50-51.

⁸⁰ BECK, Ulrich. *Op. Cit.*, p. 78.

Desse modo, será o indivíduo - alvo da persecução penal - titular dos riscos advindos com as repercussões sociais dos efeitos tecnológicos de uma sociedade pós-industrial, pautada na exclusão de pessoas. Por conseguinte, segundo Ulrich Beck, não é relevante o número de mortos e feridos, no diagrama dos riscos, e sim, uma característica social: sua autorreprodução industrial, o que faz dos perigos da megatecnologia, uma questão política, especialmente, no que tange à ausência de atribuição das responsabilidades dela (política) inerentes.⁸¹

Com a transferência do ônus na produção dos riscos, do Estado para o indivíduo, a expansão das barreiras criminais é ofertada como instrumento de controle dos indivíduos que, supostamente, geram esses riscos na modernidade. O Estado (re)age sobre o indivíduo, buscando aplacar os riscos que este proporciona, sem refletir acerca de suas reais origens.

Por tal razão, Beck volta a reforçar que, o problema disso resulta da falta de responsabilidades, eis que, o reconhecimento e atribuição científica e legal dos perigos, possuem lugar em nossa sociedade dentro do princípio da causalidade, fundada no seguinte dogma causal: quem contamina paga.⁸² Assim, o Poder Público se ocupa das consequências do problema da violência, deixando suas causas mediatas e imediatas distantes de uma política criminal coerente, que se mostre inteligentemente eficaz em tais assuntos da modernidade.

Nesse sentido, as causas que contribuem para a referida expansão dos limites de criminalização oferecidos pelo Direito Penal – braço armado do Estado – consistem na imbricação de fatores atrelados aos novos tempos, dentre os quais Alessandro Baratta identifica-os como sendo: a conformação ou generalização de novas realidades cotidianas, que antes não existiam – ou não com a mesma intensidade – que interferem na vida privada do indivíduo, influenciando-o em seu modo de ver e agir no mundo, e, mais precisamente, no meio social em que vive. Ainda, sob tais perspectivas, podemos referir a deterioração de realidades que antes eram abundantes, e que agora começam a depreciar-se pela sua escassez progressiva, resultando na inevitável limitação de acesso a bens finitos, e que, antes, não eram alvo de preocupações coletivas, como é o caso do meio ambiente e dos recursos hídricos.

⁸¹ Ibid., p. 79.

⁸² Ibid., p. 84-85.

Esses fenômenos têm fomentado a crescente valorização do meio ambiente e do patrimônio histórico-artístico, dentre outros.⁸³

Sob tais realidades mutantes, Baratta reconhece a existência de duas versões opostas da expansão dos limites de intervenção penal. A versão da expansão “razoável” do Direito Penal reconhece, acertadamente, as novas demandas de disseminação de danos nefastos ao organismo comunitário; ao passo que, também refere a sua versão “desarrazoada” de expansão da esfera penal,⁸⁴ descomprometida do senso de aplicação racional do braço armado do Estado, radicado em juízos alheios ao senso da proporcionalidade, centrados (esses juízos) na função modeladora de condutas generalizantes para diversas realidades de micro-criminalidade (destituídas de lesão penalmente relevante) e macro-criminalidade.

Assim, uma das conseqüências da expansão irrazoável do Direito Penal, tende a consistir em estímulo à criminalidade, eis que não havendo um senso racionalizador da punição, consoante a extensão dos danos advindos com a conduta lesiva a bens jurídicos, havemos de generalizar punições idênticas para delinqüentes de baixa e alta criminalidade. O resultado disso, Silva Sánchez alerta:

De minha parte, acrescentaria que possivelmente o princípio de proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, ou ao menos alguns de seus aspectos, resultam também serem conseqüências iniludíveis de uma análise econômica de custo/benefício. Sem ir mais adiante, um elemento de controle permanente do sistema a adotar perspectivas de eficiência é o preceito de que os custos sociais globais da repressão aos delitos não podem ser superiores a sua tolerância, sob pena de incorrer em crassa ineficiência. De modo que o princípio da fragmentariedade e outros próximos têm assim uma óbvia fundamentação econômica. Ademais, regras de proporcionalidade interna do sistema de

⁸³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia y Sistema Penal*. Buenos Aires: editorial BDF, 2004, p. 25.

⁸⁴ Um exemplo que ilustra tal inferência suscitada por Baratta reside no delito de lavagem de dinheiro, onde o deslocamento das barreiras punitivas do Direito Penal oferece, em duas situações distintas dois resultados igualmente distintos, tendo em vista o espectro de lesão à ordem pública que as versões opostas de expansão apresentam. Por isso, a “(...) entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (singularmente, do narcotráfico) em um determinado setor da economia provoca uma profunda desestabilização desse setor, com importantes repercussões lesivas. É, pois, provavelmente razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante). *Ibid.*, p. 28.

sanções derivam sem dúvida de uma aproximação utilitarista; constituem uma imposição da chamada ‘dissuasão marginal’ (...).⁸⁵

Entretanto, Silva Sánchez afirma que tal critério de proporcionalidade relativa⁸⁶ (entre a gravidade do fato e a gravidade da pena) nada acrescenta em relação à proporcionalidade absoluta entre fato e sanção, pois induziria a se pensar em um modo sancionatório ilimitado de progressivas punições, há medida em que os delitos apresentassem lesões mais difusas, profundas e complexas.

Outro efeito nefasto da expansão irrazoável do Direito Penal, reside no alto custo da persecução penal para a criminalização de delitos de escassa danosidade. Essas situações poderiam ser relegadas a outras esferas do direito, que não o braço armado do Estado.

Para conceber tais efeitos incidentes sobre um sistema de atuação desordenada, é pertinente avaliarmos e diagnosticarmos a extensão dos caracteres conformadores dessa sociedade pós-industrial, forjada na era da tecnologia, em meio, também, à facilidade de difusão da informação e da comunicação em larga escala. Para tanto, Baratta colaciona a nova configuração da sociedade pautada por riscos. Para ele, “a sociedade contemporânea aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade”.⁸⁷

Nesse novo cenário, a complexidade social é inevitável, e, conseqüentemente, os riscos advindos desse fenômeno são igualmente complexos. Por isso, Baratta refere o

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Eficiência e Direito Penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 60. Silva Sánchez refere em sua obra as contribuições de Beccaria, no que tange à proporção entre os delitos e as penas: “Se se destina uma pena igual a dois delitos, que ofendem desigualmente à sociedade, as pessoas não encontrariam um obstáculo suficientemente forte para não cometer o mais grave deles, se disso resultar maior vantagem”. Ver também: BENTHAM, J. Compendio de los tratados de legislación civil y penal, II, p. 52, em sua terceira regra: “se concorrem dois delitos de gravidade desigual, o mais grave deve ser punido com pena mais severa, a fim de dar ao delinqüente um motivo para se deter no menos grave”. E em sua quarta regra: “quanto mais grave é um delito, tanto mais pode ser cabível uma pena severa, pela probabilidade de assim preveni-lo; e, ao contrário, aplicar grandes suplícios a pequenos delitos é pagar bem caro pela probabilidade de livrar-se de um pequeno mal”.

⁸⁶ A análise de uma intervenção jurídico-penal passa pelo princípio da proporcionalidade, sendo que este, para Roxin, “pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações. Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a conseqüência deve ser a ineficácia de uma norma penal ‘desproporcional’”. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 26-27.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 29.

surgimento dos riscos de procedência humana, oriundos de decisões e frutos das atividades humanas – produtoras de danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis, que afetam a todos os cidadãos.⁸⁸ Assim, boa parte desses riscos é proveniente do manejo descuidado, imprudente e de fins egoísticos adotados na concreção e realização dos avanços técnicos. Riscos estes, que incidem de modo razoavelmente mediato e derivado de “avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc”.⁸⁹ Por outro lado, tais fatores ocasionam o deslocamento para a marginalidade de muitos indivíduos que são vistos pelos demais membros da coletividade como fonte permanente de riscos pessoais e patrimoniais, excluídos de uma sociedade tecnológica e crescentemente competitiva.

Esse progresso técnico-científico, e de grande complexidade multifatorial, é responsável pela adoção de métodos, como instrumentos, de produção de resultados lesivos, fazendo surgir modalidades de delitos dolosos em segmentos antes inexistentes, mas que, agora, ganham destaque e longo alcance dentre instituições e pessoas. Tais segmentos representam novos horizontes que tornam difícil a aplicação de meios de persecução penal. É o caso da criminalidade associada aos delitos praticados mediante a utilização de meios informáticos, utilizando-se da rede mundial de computadores – a internet. Os delitos praticados nesse meio são conhecidos como *ciberdelinqüência*. Nesse ínterim, soma-se ao progresso técnico, o desenvolvimento de modalidades de criminalidade organizada, de abrangência e sustentáculos internacionais.

Nesse contexto estrutural, que marca a sociedade pós-industrial, assentada na aceitação e na convivência com o risco em suas diversas categorias e gradações, outra marca indelével desses novos tempos da humanidade, reside na caracterização de uma “sociedade de objetiva insegurança”. Tal avaliação é fruto dos meios técnicos empregados, da comercialização de produtos, ou a utilização de substâncias cujos efeitos nocivos se desconhecem, vindo a se manifestar muitos anos mais tarde da época em que se deu a conduta difusora dos referidos riscos geradores de danos (ocultos), referentes à conseqüente atividade

⁸⁸ Ibid., p. 29.

⁸⁹ Ibid., p. 29. Além disso, Baratta alerta para o aumento de incidência da delinqüência não-intencional. O referido autor está a se referir aos resultados lesivos das falhas técnicas e operacionais no manuseio desses recursos tecnológicos, que repercutem de maneira considerável nesse modelo, no qual se admite ou se tolera a ocorrência de certa parcela de acidentes graves de atribuição inevitável, tendo em vista a “complexidade de desenhos técnicos”. Assim, faz-se necessário optar pelos critérios de localização de tais falhas técnicas, seja no “âmbito do risco penalmente relevante”, seja no “âmbito próprio do risco permitido”. Ibid., p. 29.

humana desarrazoada, responsável pela materialização futura, desses danos projetados no mundo fático.

Nesse sentido, segundo Brandaríz García, o relançamento de uma linha dura, dotada de maior punibilidade objetiva, no que tange ao controle social formal constitui um mecanismo de gestão cidadã e institucional da emergência da sensação social de insegurança. Com efeito, esse modo de gestão, pautado em retóricas discursivas (denominadas de Lei e Ordem, ou de Tolerância Zero), que são apresentadas na forma de antídoto contra esse sobressalto social, o que pressupõe uma submissão aos ditames disseminados pelos meios de comunicação,^{90 91} ao passo que, gera uns benefícios político-eleitorais imediatos. Diante disso, segundo o autor, não é difícil constatar que as demandas públicas de segurança se convertem em um valor público que pode ser facilmente negociado, mediante a troca de interesses convergentes: consenso eleitoral em troca de simbólicas representações de segurança. Por meio desse procedimento, o Estado reencontra, ou melhor, persegue a legitimação perdida como conseqüência de sua retirada dos territórios do econômico e do social.⁹²

⁹⁰ Nessa seara, a sociedade do risco sofre a influência da mídia, tendo em vista a sua ordenação no formato de uma aldeia global, onde o que está distante, e o que está próximo têm uma presença quase similar no modo como o receptor recebe a mensagem. Além disso, junto com os meios de comunicação, as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens distorcidas da realidade, que auxiliam na difusão da sensação de insegurança. Todavia, não se pode imputar aos meios de comunicação a origem do medo causado pela criminalidade, uma vez que esta “constitui a concreção de um conjunto de medos difusos dificilmente perceptíveis que de algum modo são inerentes à posição das pessoas nas sociedades contemporâneas”, ou seja, “o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada”. Assim, em medida crescente, “a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”. A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, ‘lugar natural’ clássico – o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente ‘rígidas’ e se apregoa sua ‘flexibilização’. Apenas como exemplo, aludir a demanda de criminalização em matéria meio ambiente, econômica, de corrupção política, no âmbito sexual (especialmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar, etc. Com isso, o modelo atual de pós-industrialização se afigura de modo oposto ao do modelo da sociedade industrial do Século XIX e primeira metade do Século XX, dando ensejo à sociedade de riscos (novos e incertos). BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp. 36-39.

⁹¹ Consoante Luhmann, “(...) a produção em série de notícias prova que tinha de existir fraude” na disseminação da informação. “Para passar de um tipo a outro deve ter ajudado o fato de que não havia necessidade de diferenciação entre notícias e entretenimento no mesmo *medium* e de que notícias, fossem verdadeiras ou falsas, deveriam ser apresentadas de maneira que entretivesse”. Assim, para o autor: “Os meios de comunicação interessam-se por aquilo que é verdadeiro só sob condições fortemente restritivas, condições que se distinguem claramente daquelas da pesquisa científica”. LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus Editora, 2005, pp. 55-56.

⁹² BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporâneas. Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización.

Assim, ainda na esteira de Brandaríz García, a emergência da sensação social de insegurança deriva de uma multiplicidade de fatores objetivos do risco, com independência de que o relevante neste ponto não é tanto a existência desses fatores objetivos, senão que, a percepção subjetiva dos mesmos, que não guarda proporcionalidade com sua entidade efetiva.⁹³

Esse fenômeno, segundo Baratta, introduz um horizonte de total incerteza na vida coletiva e no bem-estar (finalístico) da humanidade.⁹⁴ Nesse passo, a possibilidade de neutralizar esses novos riscos foi descartada, optando-se pela distribuição (presumidamente) eficiente e mais justa dos mesmos. Dentro dessa concepção de distribuição e suportabilidade de novos riscos, o problema então, desloca-se das decisões humanas produtoras de riscos para as decisões humanas que elegem os critérios de distribuição dos mesmos. A gravidade desse problema de seleção de critérios de distribuição consiste na sua ocorrência, que se dá em um contexto de quase total obscuridade.⁹⁵

Desse modo, Baratta conclui que:

(...) estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de conseqüências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido).⁹⁶

Coordenadores: José Ángel Brandaríz García e Luiz María Puente Aba. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 37-38.

⁹³ Ibid., p. 38.

⁹⁴ BARATTA *apud* LÓPEZ, Lorezo; LÓPEZ, Luján. Ob. Cit., pp. 30-31. Para Baratta, apoiado em Lorenzo López e Luján López, que o cidadão anônimo refere que: “estão nos ‘matando’, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo”. No caso do Brasil não poderia ser diferente, estamos vivendo momentos de crucial incerteza quanto ao que ingerimos, por exemplo. É o caso dos alimentos transgênicos, de duvidosa e incerta repercussão dos seus efeitos no organismo humano.

⁹⁵ Ibid., p. 31. Sob tal aspecto da realidade de riscos, podemos asseverar que o risco permitido consiste em espaços de conflitos de liberdades, onde suas fronteiras avançam e retrocedem constantemente, conforme os benefícios auferidos pela suportabilidade dos custos, não sendo o caso de mera proteção de uma liberdade. Conforme o aludido acima, tais fronteiras estariam a ser reduzidas em prol da alegada necessidade de se viver nessa sociedade complexa e autodestrutiva.

⁹⁶ Ibid., p. 31.

Disso extrai-se a necessidade de conhecimento de que as esferas individuais de organização já não são independentes ou autônomas. Pelo contrário, segundo o autor, “produzem-se de modo continuado na condição de fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas”. O resultado disso, para o Direito Penal, caracteriza-se pela forte “tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica”.⁹⁷

Ademais, a sociedade pós-industrial é atravessada por graves e postergados problemas de miserabilidade social, como conseqüência do aumento populacional nas últimas décadas, pela diminuição sensível da oferta de mão-de-obra, pela ausência de uma educação de qualidade e, sobretudo, pela escassez de bens mantenedores de uma vida digna. Tais fatos terminam por originar bolsões de desemprego e marginalidade, alimentando e sendo alimentada, pelas diversas espécies de tráficos (de drogas, de armas, de órgãos e de pessoas) alguns mais e outros menos estruturados em torno do sucessivo cometimento de infrações penais e danos dirigidos aos indivíduos e à sociedade.

Todos esses elementos, reunidos num plano de visualização global do fenômeno, nos proporcionam uma visão mais apurada das críticas contingências que cercam o problema da efetivação de um novo modelo de Direito Penal. Assim, o resultado dessa conjugação aleatória de fenômenos gera episódios freqüentes de criminalidade de massa. Baratta afirma que dessa versão da criminalidade surge estampado no “outro” a representação do risco que ele representa, constituindo, assim, a dimensão não-tecnológica de nossa sociedade do risco.⁹⁸

Por outro lado, não se pode negar que a interdependência entre as esferas de organização, e a necessária “terceirização” de proteção da própria esfera jurídica – redundando na perda de domínio real, constitui-se em condição fática da possível mensuração do grau de intensidade dessa sensação de insegurança experimentada pela coletividade na atual quadra dos tempos. Tal interdependência, de transferência protetiva da própria esfera jurídica, ocorre dentro de um contexto atomizador, ou seja, em circunstâncias anônimas, refletidas no desaparecimento ou no “retrocesso de estruturas orgânicas de solidariedade mais tradicionais”, o que, para Baratta:

⁹⁷ Ibid., p. 31.

⁹⁸ Idem, p. 31.

Não deixa de ser intranquilizador o manifesto paradoxo de que o incremento da interdependência social tenha lugar no contexto de uma sociedade de massas na qual se experimenta uma ‘dessolidarização’ estrutural, com o patente retorno ao privado segundo critérios de interesse individual.⁹⁹ **E certamente esse é o modo social hoje dominante do ‘individualismo de massas’, no qual ‘a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses’.** Mas vejamos, em tal modelo, em que a vida social subordina-se à forma jurídica, de modo que as ações somente se explicam em termos de realização de pretensões jurídicas, é até certo ponto razoável que a sensação de solidão (insegurança) tenda a mostrar-se mais e mais intensa.¹⁰⁰ (grifo nosso)

Vivenciamos, portanto, uma estratificação diferenciada de valores pessoais e sociais, que começa a repercutir na formação cultural do homem moderno. E tal concepção estratificante, é transmitida intensamente ao Direito Penal, redundando, por sua vez, na sua exclusiva utilização, como (primeiro) instrumento de contenção social, revestido de ideais dotados de um punitivismo revigorado, e de uma persecução penal inocuidadora, sendo esta, pautada pela eliminação coativa do produto resultante desse processo social de marginalização e reprodução de estereótipos – transmissores da sensação de insegurança. Tais atitudes estigmatizantes são estampadas com a logomarca da denominação de “outro” ou de “inimigo”, apregoadas por esse novo modelo de Direito Penal de índole expansionista, conforme veremos em linhas posteriores.

Nesse compasso, Brandaríz García refere que, nessa situação de insegurança permanente, a super valorização e a simplista construção midiática de determinados fatores de insegurança, têm a identificar a sensação de insegurança, de um modo unidimensional, com a insegurança cidadã. Nesse sentido, a gestão estatal dessa insegurança, mediante o endurecimento de um controle social expansionista como resposta às demandas sociais de segurança cumprem uma função de coesão social, que tende a ocultar, ou rebaixar o caráter conflitivo derivado de todo um conjunto de outros fatores de insegurança social.¹⁰¹

⁹⁹ Em parte desse mesmo trecho refere o autor, sob tal aspecto, que ocorre uma “monetização de qualquer relação que, em lugar de relações de reconhecimento recíproco, gera relações de ‘indiferença’ recíproca”. Podemos acrescentar a essa precisa constatação, o fato de que o vetor dos movimentos humanos passa necessariamente pela acumulação e detenção do capital monetário ou patrimonial, o que implica na divergência repulsiva das possíveis aproximações interpessoais, ao invés da cooperação convergente do mútuo relacionamento humano radicado no contexto coletivo. Ibid., pp. 31-32.

¹⁰⁰ Ibid., pp. 35-36. Contudo, ante tais premissas colacionadas acima, Baratta infere que “é duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis, que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato”. Ibid., p. 36.

¹⁰¹ BRANDARÍZ GARCÍA, José Angel. Op. Cit., p. 42.

Assim, a tolerância ao risco vai se reduzindo, e tal postura é transportada para a seara penal, ensejando assim, a (indevida) criminalização de condutas pautadas pela mera exposição a um perigo abstrato, pautado pela suposição de que o mesmo venha a se materializar no mundo dos fatos. Desse modo, antecipa-se o entorno interventivo do braço armado do Estado, como meio (tido como idôneo) de efetuar o controle (social) de tais riscos, e assim, acomodar aquela sensação de insegurança gerada pelos novos tempos e pela nova formatação social que referimos até aqui. Vejamos agora, portanto, como esses multifatores (inter)penetram na seara penal e na política criminal moderna, sujeitando-as por meio de atuações desarrazoadas e dissonantes do fim visado pelo paradigma democrático (constitucional).

2.2 DA TUTELA ESTATAL AOS DELITOS DE PERIGO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DE TUTELA INÉDITA

O Direito Penal resultante dessa política criminal renovadora, chamada a dar conta dos anseios da sociedade moderna e de seus dilemas de complexidade, como vimos em linhas anteriores, radicados no fenômeno da criminalidade poderia corresponder com as seguintes questões pontuais elencadas por Ripollés: 1. incremento da criminalização de comportamentos mediante a proliferação de novos bens jurídicos de natureza coletiva; os componentes materiais desses bens jurídicos marcariam diferenças a respeito, em boa parte, dos bens jurídicos tradicionais, produto de sua configuração a teor das funções sociais que haviam de satisfazer-se e pela perda de referenciais individuais; 2. Predomínio das estruturas típicas de simples atividade, ligadas a delitos de perigo ou de lesão ideal do bem jurídico, em detrimento das estruturas que exigem um resultado material lesivo: dentro dessa tendência, os delitos de perigo concreto cedem espaço frente aos delitos de perigo abstrato, e se consolidam os delitos de acumulação e de obstrução de funções de controle, o que aproxima dos comportamentos incriminadores, os quais são objetos de persecução por parte do direito administrativo sancionador; se abre, assim, caminho à fundamentação da punição de comportamentos na base do princípio da precaução, entendida como uma alternativa mais eficaz do que a exigência de periculosidade do comportamento; 3. Antecipação do momento em que se procede a intervenção penal: se pune abundantes ilícitos antes só administrativos, civis ou mercantis, generalizando-se o castigo de atos preparatórios especificamente delimitados, onde ocorre a autonomia da punição da associação delitativa, mesmo quando esta

não se integra dentro das modalidades de autoria e participação; 4. Significativas modificações no sistema de imputação de responsabilidade e no conjunto de garantias penais e processuais: se admitem certas perdas no princípio de segurança jurídica derivadas da menor exatidão na descrição dos comportamentos típicos, bem como, no uso freqüente da técnica das leis penais em branco; se procede, assim, numa interpretação mais generosa da lesividade real ou potencial de certos comportamentos, como na punição de determinadas tendências ou no castigo de meras apologias; se considera razoável certa flexibilização dos requisitos de causalidade ou de culpabilidade; se aproximando, até ao ponto, de neutralizar as diferenças entre autoria e participação, entre tentativa e consumação; se revaloriza o princípio de disponibilidade do processo, mediante a crença no princípio de oportunidade processual e das conformidades entre as partes; a agilidade e a celeridade do procedimento são objetivos justificativos e suficientemente importantes para conduzir a uma significativa redução das possibilidades de defesa do acusado, etc.¹⁰²

Diante de todos os elementos até agora descritos começaram a se produzir mudanças significativas na política criminal. Por tal razão, Ripollés diagnostica a existência de quatro posturas doutrinárias, responsáveis pela conformação da evolução sofrida e pelas influências incidentes sobre o Direito Penal, que atravessa os Séculos acompanhando (e institucionalizando) o ser humano e, os que convivem com ele.

Dentre as posturas, a primeira manifestação de influência evolucionista dos rumos do Direito Penal situa-se na denominada escola de Frankfurt, tendo como principal expoente Hassemer. Segundo esse autor, uma estratégia de conformação do direito penal reside na manutenção da solidez de seu conceito, iniciado na ilustração, sem, contudo, deixar de recorrer a novas demandas sociais de intervenção na medida do possível.¹⁰³

Por isso, essa postura não concebe como aceitáveis, as alterações de abordagem suscitadas pelo problema da sociedade do risco e a conseqüente exigência de atuação do Direito Penal clássico, sob o argumento de que este ficaria privado de sua identidade conquistada ao longo da história de lutas pela limitação do poder punitivo do Estado no

¹⁰² RIPOLLÉS, José Díez. Op. Cit., pp. 85-86.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal: persona, mundo y responsabilidad. Tirant, 1999, pp. 52-54.

desempenho da persecução penal, julgamento de acusados e de execução de sentenças condenatórias.¹⁰⁴

Nesse passo, as referidas transformações na abordagem do Direito Penal clássico frente aos problemas da sociedade do risco dizem respeito a dois importantes fenômenos: a concentração dos esforços punitivos em torno da tutela de um consolidado catálogo de bens jurídicos de titularidade individual, aos quais haviam de redundar num reduzido número de interesses sociais e estatais, só amparados (de modo supletivo) frente aos riscos graves e evidentes. Tal característica faz do sistema de imputação de responsabilidade vigente (fixado sobre um vasto elenco de garantias individuais destinadas ao provável responsável pela prática de um delito, e com repercussões tanto no plano material como processual do Direito Penal) inoperante por si só, não só na tutela dos bens clássicos, mas também dos novos bens jurídicos originados das novas demandas sociais (de segurança).¹⁰⁵

A referida inoperância se estende ainda na indecisão sistêmica entre a tutela de bens individuais ou coletivos: ora o sistema estatal de tutela de bens jurídicos pesa mais sobre o indivíduo acusado da prática de um delito, preservando-o de modo excessivo e irrazoável, ora pesa mais na proteção de bens e interesses coletivos, mediante a prática de violação dos bens individuais envolvidos na persecução, julgamento e execução penal, na busca da perspectiva de proporcionar respostas exteriorizadas à opinião pública.

Tal dilema tem sido constante na atual sociedade do risco. Consoante Ripollés, para evitar a desnaturalização desse Direito Penal clássico e atender simultaneamente às demandas de controle social ligadas aos problemas sociais originados na sociedade do risco, faz-se necessário criar um novo direito de intervenção, que se encontraria a meio caminho entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entre o direito civil e o direito público. Esse direito de intervenção se encarregaria de ocupar-se dessa nova criminalidade, a qual seria admissível sua abordagem com umas regras de imputação e umas garantias penais e processuais menos estritas, a qual deveria ser acompanhada da previsão de sanções de menor gravidade que as de envergadura penal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ RIPOLLÉS, José Díez. Op. Cit., p. 85.

¹⁰⁵ Ibid., p. 86.

¹⁰⁶ Ibid., p. 87.

A segunda das estratégias doutrinárias surgidas, identificada com a primeira, caracteriza-se por uma aceitação mais resignada das novas demandas sociais em que se lastreia a política criminal, além de um intento de reduzir seu impacto sobre o Direito Penal até agora vigente. Contudo, sua distinção para com a anterior, consiste na sua disposição concernente às demandas sociais, para que tenham uma direta, ainda que limitada, repercussão na configuração do Direito Penal. Sob tal ótica, Silva Sánchez avalia que seria mais razoável reconduzir ao direito administrativo sancionador a maioria dos novos objetivos de controle social que emanam da sociedade do risco.¹⁰⁷

Nesse passo, a terceira postura doutrinária é resultado da reação de um amplo setor da doutrina, empenhada na elaboração e interpretação de novos conceitos jurídicos e figuras delitivas do moderno Direito Penal, ante o questionamento de seu trabalho. Sua linha argumentativa pretende justificar a orientação seguida, e conforma-se, de modo integrado um contexto multifatorial, dentro de parâmetros a seguir delineados.

A crescente modernização do Direito Penal é consequência da acomodação das novas sociedades pós-industriais ao modelo do Estado Social de Direito, frente ao periclitante Estado de Direito Liberal; todos os esforços nessa direção, associada à reforçada tutela penal de interesses coletivos vão, em último termo, encaminhados a criar as condições que possibilitem o livre desenvolvimento pessoal dos cidadãos. Paralelamente a isso, os incrementos da intervenção penal derivam do surgimento de novas realidades e conflitos sociais, que sobrelevem a existência de relevantes interesses coletivos, cuja proteção penal resulta constitucional e plenamente justificada.¹⁰⁸

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal*. 2ª ed., Cívitas, 2001, pp. 149-162. Martínez-Buján faz uma análise a partir de Silva Sánchez, no que diz respeito à dinâmica que contrapõe criminalidade clássica e criminalidade moderna, o autor aduz que aceita a segunda velocidade para infrações, de procedência clássica ou moderna, singularmente econômicas, que sejam de menor gravidade, enquanto que a delinquência grave, qualquer que seja sua origem, deve permanecer na primeira velocidade. Por sua vez, Tamarit Sumalla infere que é adepto à idéia das velocidades desde que sua percepção adote um Direito Penal mais extenso, porém mais suave; de todos os modos, sua distinção entre um Direito Penal com pena de prisão ou sem ela, não se constrói em torno da dicotomia entre criminalidade clássica e criminalidade moderna, senão que, em função do ranço constitucional do bem tutelado em comparação com o quem possui a liberdade pessoal afetada pela pena de prisão. Ver obras de: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicopenales (especial referencia al ámbito económico)*, en Díez Ripollés – Romeo Casabona-Gracia Martín-Higuera Guimerá eds. “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir”, Tecnos, 2002, pp. 407-409, 429-430; e, TAMARIT SUMALLA, José María. *Fundamentos e orientación de un sistema penal teleológico-garantista*. *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 5, 2001, pp. 50 e ss.

¹⁰⁸ RIPOLLÉS, José Díez. *Op. Cit.*, p. 89.

Sendo assim, não se trata de meros sentimentos de insegurança socialmente difundidos, senão que, de um conhecimento cada vez mais preciso dos riscos existentes e das técnicas (des)necessárias para controlá-los, o que explica o surgimento de fortes movimentos sociais demandantes de atuações rígidas para preveni-los, respaldados por um sólido apóio dos cidadãos a tais demandas (amedrontados, que estão, com os altos índices de criminalidade); esses interesses coletivos são, sobretudo, afetados de modo específico por atividades socioeconômicas e empresariais pautadas por normas capitalistas, assim como, por estruturas organizadas e ligadas, na maioria das vezes, à obtenção de altos lucros, conseguidos à margem da lei.¹⁰⁹

Certamente as novas medidas de intervenção penal incidem sobre âmbitos sociais onde operam, predominantemente, os setores sociais privilegiados da sociedade, porém tal fato vem marcado pelas causas dos novos e graves danos sociais que tanto se quer prevenir, necessitando de avanços no emprego dos instrumentos de controle social, que, não vem sendo alvo de muita atenção e apreço pelo poder público detentor de tais instrumentos. Por isso, observa-se que as intervenções penais nos setores caracterizados pelos novos riscos se dão de modo muito raro, o que nos conduz de modo rotineiro ao mundo do faz-de-conta, típico do Direito Penal simbólico, reforçador de uma aparente realidade de eficácia na atuação da máquina pública.¹¹⁰

Por fim, o abandono, por parte do moderno Direito Penal dos princípios básicos inerentes às garantias outorgadas, resulta na necessidade de conformar algumas premissas de adequação de realidades sistêmicas, a iniciar pelo garantismo, sendo que este possui os instrumentos necessários para integrá-los em seu seio, necessitando de adequações conceituais às novas realidades criminológicas que se surgem, o que deve ser visto como avanço na determinação do sistema de imputação;¹¹¹ além disso, os princípios limitadores do monopólio estatal de punição são devidamente respeitados: especialmente no que se refere ao princípio da subsidiariedade, o direito penal tem revelado claramente ser mais eficaz que o direito administrativo sancionador na prevenção de condutas especificamente perigosas, sendo que os

¹⁰⁹ Ibid., p. 89.

¹¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico), en Díez Ripollés – Romeo Casabona-Gracia Martín-Higuera Guimerá eds. “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir”, Tecnos, 2002, pp. 403-407.

¹¹¹ RIPOLLÉS, José Díez. Op. Cit., p. 89. Adverte o autor que, na realidade, as críticas nesse campo (da espécie de imputação) não consistem mais do que um estímulo para a melhora das técnicas legislativas empregadas, não congregando, todavia, uma desclassificação global da proposta modernizadora.

âmbitos, nos quais, essa maior eficácia é questionada residem na constante carência de meios para a efetivação penal ou, ainda, do tempo necessário para que o Poder Judiciário se familiarize com as novas possibilidades de persecução.¹¹²

Nesses termos, as estruturas de perigo resultam imprescindíveis à proteção de certos bens jurídicos coletivos, quando não se pode ou não se convém aguardar a sua efetiva exposição à lesão, sem que sejam procedentes objeções de cunho garantistas, na medida em que se dá especial relevo na prova do perigo concorrente. Menciona-se, ainda, a inadequada caracterização do Direito Penal moderno, concebido como sendo um sistema repleto de estruturas de perigo, algo que não se coaduna, e não se funde com as numerosas figuras de lesão, e de resultado material introduzidas.¹¹³

A quarta postura, segundo Ripollés, pode ser qualificada como uma atitude de resistência garantista frente às modificações propostas pela moderna política criminal que se consolida gradativamente. Essa postura se diferencia das duas primeiras em virtude da sua posição concernente à desnecessidade de operar compartimentos de inserção diferenciada de níveis intermediários de intervenção penal (ou parapenais). No entanto, considera que as propostas chamadas de modernizadoras estão determinadas por uma utópica visão de mudança das garantias por eficácia: os modernizadores sustentam firmemente a maior eficácia do Direito Penal frente ao direito administrativo sancionador, ou outros tipos de intervenções jurídicas, sendo relevante inferir que um adequado manejo do princípio de subsidiariedade permite facilmente chegar a conclusões contrárias; na prática as intervenções penais nos âmbitos sociais modernos se concentram nos casos de bagatela, com o que, finalmente, resultam também lesionados os princípios da fragmentariedade e proporcionalidade.¹¹⁴

O resultado disso consiste no seguinte: a política criminal moderna – incapaz de prevenir eficazmente os comportamentos que a afetam (enquanto núcleo institucional do *jus puniendi* do Estado) – termina consignando ao Direito Penal uma função meramente

¹¹² Ibid., pp. 90 e ss. Não obstante tais limitações, os bens jurídicos coletivos têm creditado sua autonomia conceitual sem que tais limitações causassem uma desmaterialização do objeto de tutela com perda de referência aos interesses sociais tangíveis.

¹¹³ Ibid., pp. 89-90.

¹¹⁴ Ibid., p. 90.

educadora, o que, inevitavelmente, converte-o em um Direito Penal simbólico e simultaneamente inoperante.¹¹⁵

Diante disso, temos uma política criminal centrada em dois principais objetivos: manter a proteção de bens jurídicos clássicos, nem que tenha que lançar mão de práticas de endurecimento penal; ao passo que, deverá preocupar-se com o surgimento da suscitada “nova criminalidade”, demandante da extensão (irrazoável) da tutela estatal aos bens jurídicos inéditos (ou revalorizados no âmbito penal, e) no sistema punitivo clássico.

2.2.1 Da proteção dos bens jurídicos clássicos à tutela de “novos” bens jurídicos

Após as considerações expostas em linhas acima, abordaremos, nesse momento, a espécie de comportamento da política criminal diante de todos esses acontecimentos fenomênicos, disseminados pelos setores econômicos, sociais, antropológicos e tecnológicos, mais especificamente, no que diz respeito ao processo de criminalização de condutas novas e no progressivo recrudescimento sancionatório diante do aumento da violência.

Nesse patamar, deparamo-nos com um problema estratégico de política criminal, qual seja: a antecipação de barreiras punitivas do Direito Penal, mediante a formação de delitos de perigo abstrato, consegue dar conta do controle de riscos, aos quais, a sociedade pós-industrial está exposta? Mas antes da resposta objetiva, inerente a esse problema, é preciso adentrar em algumas considerações acerca dos delitos de perigo abstrato.

A partir disso, o Estado tem adotado a concepção de um Direito Penal cada vez mais punitivo e preventivo, o que o deixa hipertrofiado. Tais efeitos estão assentados na abundante utilização de tipos penais de perigo abstrato, em contraposição aos de lesão e perigo concreto, referenciais estes utilizados no Direito Penal Clássico.

¹¹⁵ TAMARIT SUMALLA, José María. Fundamentos e orientación de un sistema penal teleológico-garantista. Revista de Derecho y proceso penal, nº 5, 2001, pp. 52 e ss. Do mesmo modo, RIPOLLÉS, José Díez. Op. Cit., p. 90. O referido resultado advém da mencionada escassez de idoneidade do Direito Penal no enfrentamento das novas necessidades da sociedade do risco, privando-se da necessária justificação ou, na melhor das hipóteses, da acomodação que a política criminal modernizadora faz do Direito Penal garantista, e que podem conduzir à sua progressiva desnaturalização.

Essa técnica legislativa de conformação de uma nova Política Criminal, fomentada nas últimas décadas – quando então se despertou a consciência dos riscos e ameaças deflagradas pelo processo de evolução da tecnologia, com redundantes oferecimentos de conflitos à concretização de direitos fundamentais – provocou a utilização anômala do instrumento penal como meio de controle da criminalidade contemporânea, e na proporcional resposta violenta do controle estatal. Tais fatores estão cercados de bens e interesses jurídicos, sobretudo, de bens jurídicos tidos como inéditos na seara penal, tanto de natureza individual, quanto de natureza coletiva, justamente em razão da formação (e formatação) de uma sociedade cercada e atravessada por uma série de riscos imprevisíveis e não controlados, e de autoria imprecisa.

Assim, vivenciamos uma complexidade no objeto-alvo de tutela pelo Estado, pois se, em momentos recentes da história bastava a tutela de bens individuais frente ao arbítrio punitivo do Estado, agora aparecem novos bens jurídicos, alguns de natureza coletiva,¹¹⁶ demandantes de tutela penal pelo mesmo Estado.¹¹⁷ Esses novos bens jurídicos, no modo em que são concebidos, tornam-se incompatíveis com a legitimação e limitação no desempenho do exercício do direito de punir pelo Estado, mediante a utilização de tipos penais abertos e abstratos – dotados de dubiedades criminalizantes,¹¹⁸ antecipadores das linhas de intervenção criminal.

¹¹⁶ Segundo Alexy, “Um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos quando conceitualmente, fática ou juridicamente, é impossível dividi-lo em partes e outorga-las aos indivíduos. Quando esse é o caso, o bem tem um caráter não distributivo. Os bens coletivos são bens não-distributivos”. ALEXY, R. Derechos individuales y bienes colectivos. El concepto y la validez del derecho. Traducción de J.M. Seña, Barcelona, 1994, pp. 179-187.

¹¹⁷ Em nosso ordenamento constitucional podemos conceber o artigo 6º da Constituição Federal brasileira, como sendo um bem jurídico de natureza coletiva, de caráter não distributivo e outorgado a todos os cidadãos. Conforme o referido dispositivo: Art.6º, CF.: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança (...). Em consonância com tais direitos sociais, o artigo 144 da mesma Constituição proclama o seguinte: Art. 144, CF.: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos (...). Encontramos ainda, na Legislação extravagante do ordenamento brasileiro, a tutela ao bem jurídico coletivo consistente na tipificação de condutas passíveis de sanção penal por violar a fauna, a flora, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural, a incolumidade de recursos naturais e a administração ambiental. Tais tutelas estão consignadas na Lei n.º 9.605/1998, que trata das atividades lesivas ao meio ambiente, consistindo em bens jurídicos de tutela coletiva em nosso país.

¹¹⁸ Segundo ROXIN, a teoria de Welzel fundava-se na descrição do tipo contendo todos os elementos ensejadores do injusto, de modo que no marco da antijuridicidade somente restava a ausência de causas de exclusão do injusto; porém, segundo Welzel, como figuras contrapostas e esses tipos fechados, que constituíam completamente o tipo de injusto, existem também tipos abertos, nos quais não se descreve exaustivamente, e em todos os seus aspectos o objeto de proibição. Desse modo, Roxin refere que é impossível que existam tipos abertos contendo realizações socialmente adequadas ao tipo, pois se considera o tipo como classe de delito, como juízo (provisório) de desvalor, não podendo ser valorativamente neutro acerca da extensão do injusto. Desse modo, a descrição no tipo de todas as circunstâncias que fundamentam a conduta alvo de censura penal põe em relevo uma característica que a distingue do critério de reprovação de outros elementos do tipo: se trata de um elemento de valoração global do fato, enquanto que, a reprovabilidade da ação coativa do autor não só

Diante disso, Hassemer leciona no sentido de que o Direito Penal, utilizado como (primeiro e) único instrumento da sociedade pós-industrial na tentativa de controle dos seus referidos riscos, mediante a ampliação de seu alcance, tem (de modo compulsivo) optado pelo advento dos crimes de perigo abstrato: alvos de tipificação que vêm ganhando a preferência do legislador brasileiro nos últimos anos. Resta assim, praticamente superado o objeto de tutela dos delitos clássicos, radicados no perigo concreto.¹¹⁹

Assim, os bens jurídicos clássicos são os tradicionais interesses tutelados pelo Estado, desde os primórdios da civilização, quais sejam: vida, integridade corporal, liberdade sexual, patrimônio e imagem. Todavia, a intensificação da intervenção penal tem recaído sobre meras infrações de pequena repercussão danosa. Além disso, a antecipação da intervenção penal para situações onde não há qualquer resultado lesivo, mas a eventual

designa o injusto típico, senão que, simultaneamente, também designa o injusto concreto das coações do caso particular. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, 2.^a edición. Alemana. Madrid: Civitas, 1997, pp. 298-299. Podemos referir como exemplo, em nosso país, a Lei n.º 9.034 de 3.5.1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Consoante o artigo 1.^o, com redação dada pela Lei n.º 10.217/2001: esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Observe-se que a referida lei não descreve, em momento algum, o que se compreende por organização criminosa, quais os elementos caracterizadores e ensejadores de uma organização criminosa, isto é, não há uma definição precisa do que seja associação criminosa, sendo, portanto, um tipo penal aberto.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais – ITEC, Ano 02, n.º 08, Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001, pp. 54-67. Sob tais paradigmas (o)postos, só pertinente apresentar ao leitor algumas definições teóricas acerca do que sejam delitos de perigo abstrato e delitos de perigo concreto. Assim, podemos referir que delitos de perigo concreto são aqueles concernentes à produção de um resultado material, individualmente verificável no mundo dos fatos, consistente na perfectibilização dos elementos do tipo penal, mediante a efetiva produção de perigo (concretamente identificável), de modo que a inocorrência da lesão ao bem jurídico tutelado penalmente, se dê por força de circunstâncias casuais. Desse modo, os delitos de perigo concreto demandam, para sua realização, a existência real de um perigo efetivo de dano ao bem jurídico, não a sua pressuposição potencial. Sobre a definição de perigo concreto, Roxin pressupõe que a realização do tipo pressupõe que o objeto da ação se encontre realmente em perigo no caso em concreto. Vide: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, 2.^a edición. Alemana. Madrid: Civitas, 1997, p. 335. No caso dos delitos de perigo abstrato não há um perigo eminente de dano, mas a pressuposição de que este poderá vir a ocorrer. Nessa modalidade, ocorre uma separação entre o delito e a lesão, aquele estará perfectibilizado sem a existência de uma contundente probabilidade real da configuração (fática) desta no mundo fenomênico. Assim, o tipo penal concernente ao delito de perigo abstrato não especifica a conduta de efetiva exposição de dano do bem jurídico tutelado, pois não é preciso. Pelo contrário, o conteúdo do tipo penal de perigo abstrato traz uma descrição da conduta – objeto de censura pela norma penal – concebida como perigosa por si só, estando esse tipo penal alheio à produção de um perigo real e efetivo ao bem jurídico, eis que ele (o tipo penal) materializa-se antes mesmo da ocorrência dessa situação concreta de perigo real, sendo, por isso, de caráter abstrato. No caso dos delitos de perigo abstrato, não há uma preocupação em proporcionar uma resposta estatal ao dano ou à lesão originados com a efetiva exposição de perigo do bem jurídico tutelado. O que se visa é a atuação do tipo penal antes mesmo da provável ocorrência desse resultado, punindo-se o agente em momento distante e dissociado do dano que, eventualmente, faria se produzir em momento muito posterior ao início da intervenção estatal. Estamos, portanto, diante da antecipação das barreiras punitivas do entorno penal. Desse modo, voltamos a citar Roxin, onde para ele, há previsão penal do delito de perigo abstrato quando se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, ainda que no caso concreto não tenha havido o resultado de efetiva exposição do bem jurídico à perigo (ou risco) concreto de dano. Vide também: ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pp. 406-407.

possibilidade de sua ocorrência tem colaborado para a ampliação de presença penal num número maior de condutas passíveis de censura pelo Estado.

Ademais, com o advento de uma sociedade pós-industrial dotada de considerável complexidade, além de todos os seus variantes problemas contemporâneos, também já referidos, percebemos uma redefinição das linhas de atuação e intervenção do Direito Penal, tanto em nível nacional, quanto internacional.¹²⁰

Desse modo, uma das alterações percebidas pela política criminal contemporânea reside na utilização dos delitos de perigo abstrato, como alternativa de estratificar o controle social punitivo, antecipando o momento de incidência da norma incriminadora, diversamente dos clássicos delitos de perigo concreto, que exigiam a ofensividade real ao bem jurídico penalmente relevante.

Nessa seara, segundo Roxin, os delitos de perigo concreto requerem que no caso fático tenha ocorrido um perigo real para um objeto protegido pela respectiva norma penal. Tais delitos são de resultado, e, por isso, é necessário que se tenha criado um concreto perigo de resultado (lesivo), no sentido de um risco de lesão adequado e não permitido. Por outro

¹²⁰ Com relação à dimensão global do redirecionamento das barreiras criminalizantes do Direito Penal podemos referir algumas das inúmeras causas, sendo que muitas delas estão conectadas às características da complexa sociedade do risco, já referidas no início desse primeiro capítulo. Assim, dentre as causas do referido fenômeno podemos citar o avanço silencioso de práticas nefastas de terrorismo e a contra-resposta igualmente violenta que os governos têm dado a esse problema. O ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 em Nova York, nos Estados Unidos é emblemático acerca dessa nova e constante ameaça à paz das nações e pessoas pelo mundo. Desse modo, após tais acontecimentos, além de outros, houve um progressivo recrudescimento da vigilância, da ação policial e dos mecanismos de intervenção penal interna, refletindo, sobremaneira, na condução de investigações policiais, nos julgamentos de estrangeiros em países da América do Norte e Europa Ocidental, bem como, na adoção de dispositivos penais de exceção, como ocorre em Guantânamo, por exemplo. Junto a isso, a sensação coletiva de insegurança agravada pelo forte apego ao Direito Penal do autor e todos os estereótipos construídos sobre a figura do criminoso (ideal), a qualificar o sujeito como inimigo, antes mesmo de qualquer averiguação prévia, pega carona nesse contexto hostil, implicando na aceitação social da urgente necessidade de rápida eliminação desse inimigo, em nome da segurança nacional. Segundo Pérez Cepeda, a reconstrução do valor seguridade como axioma político, como valor prioritário e como ideia desprovida de suas dimensões materiais, também é inscrita em uma semântica que anuncia um mundo descrito e percebido como risco. Nesse sentido, a autora refere que o 11 de setembro significa uma aceleração das tendências da sociedade do risco. Ou seja, para Pérez Cepeda, a força simbólica de grandes catástrofes como a de 11 de setembro nos Estados Unidos é muito maior que a acumulação, sendo maior, inclusive, do que a posse, frente a sucessivos e gradativos males. Por isso, a capacidade de coesão e mobilização do terrorismo, associado às imagens específicas de medo, revertendo ao Estado exigências normativas, dado o caráter nebuloso e impreciso dessa nova ameaça. Isso tem provocado, segundo Pérez Cepeda, uma predisposição, como nunca antes, de grande parte dos cidadãos a desprender-se das amarras democráticas em prol de uma maior eficácia estatal na erradicação da ameaça. Ainda que, como sempre ocorre quando se inicia o caminho da flexibilização das garantias, se transcende o ponto específico do alarme (aplicável para práticas de terrorismo) para estender-se à política criminal cotidiana, tornando-se uma tendência generalizada. PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: iustel, 2007, p. 54.

lado, os delitos de perigo abstrato, são aqueles nos quais se castiga uma conduta tipicamente perigosa como tal, sem que, no caso concreto, tenha que ocorrer o resultado da colocação em perigo do bem tutelado. Assim, a prevenção de concretos perigos e lesões é só o motivo do legislador, sem que sua ocorrência seja requisito do tipo penal. Ocorre assim, a punição sem que, no caso concreto, tenha se produzido um resultado de colocação em perigo do bem tutelado. Para Roxin, a punição dos delitos de perigo abstrato pode colidir com o princípio da culpabilidade, eis que não houve um resultado passível de censura.¹²¹

Acerca da necessidade de utilização da modalidade de delitos de perigo abstrato na atualidade, Jakobs refere que, para a administração estatal de uma sociedade (mais ou menos complexa) nunca é suficiente o estabelecimento de normas contra a lesão a bens jurídicos (com o que se pretende afirmar que não seja possível descrever com grande acerto muitas partes de muitas sociedades através da metáfora do bem jurídico). Assim, para o autor sempre existiu a necessidade assentada em determinadas modalidades de comportamentos, considerados por alguns cidadãos (desde uma perspectiva descentralizada) como inócuos, e que, devessem ser fixados como perigosas, sancionando (criminalmente) a infração destas normas de (mero) perigo. Para tanto, se discute acerca da elevação de bens de perigo abstrato, de mera infração (administrativa)¹²² contra a ordem pública, à seara criminal, em razão da qualidade de violação à identidade social. Para explicar tal fenômeno, Jakobs refere três razões, que em seu conjunto, segundo o autor, justificam “a evolução”.¹²³

A primeira razão de Jakobs reside no sentido de que o bem jurídico necessita realizar suas potencialidades e o conteúdo de uma série de condições complementares, e, atualmente, não se dá por suficiente a concorrência dessas mínimas condições, como ocorre, por exemplo, com a tutela penal de bens jurídicos relacionados ao meio ambiente. Dito na linguagem da proteção de bens: não só os bens jurídicos clássicos são bens escassos, senão que, conforme o entendimento atual, também são as suas condições de utilização e fruição. Por conseguinte, se protegem tanto estas, quanto aqueles.¹²⁴

¹²¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I, 2.^a edición. Alemana. Madrid: Civitas, 1997, pp. 406-407.

¹²² No caso brasileiro, os crimes de trânsito constantes na Lei n.º 9.503, de 23.07.1997, são passíveis de exemplificar tal raciocínio esboçado por Jakobs.

¹²³ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: Civitas, 2000, p. 45.

¹²⁴ Ibid., pp. 45-46.

Por isso, o autor entende que não é preciso colocar ao lado dos bens jurídicos clássicos – vistos de modo estático – certas condições acessórias, como bens adicionais. Sendo assim, a segurança no trânsito ou a sua presença no meio ambiente (intacto) e situações similares não são, evidentemente, estados naturais, senão que, são resultados de certas decisões sociais (tomadas em conjunto pelos organismos coletivos); e isso, segundo o autor, significa que aquele que quiser orientar-se nesse sentido deverá seguir-se com base na vigência das normas, que tem configurado tais decisões. Portanto, Jakobs refere que o objeto dos delitos de perigo abstrato, e isso, de modo mais claro que no caso dos bens jurídicos clássicos, é a manutenção da vigência da norma, e não da manutenção de determinados objetos de tutela (bens jurídicos).¹²⁵

Em segundo lugar, Jakobs evidencia a juridicização com independência de qual seja sua base de convergência, onde não há, em um Estado prestacional, a segurança derivada de um mero reflexo da atividade policial, se convertendo em um direito exigível do Estado.¹²⁶ A essa elevação de ranço da seguridade corresponde-lhe uma elevação de ranço dos pressupostos que lhe afetam de modo negativo. Partindo desse entendimento, Jakobs infere que os delitos de perigo abstrato já não só perturbam a ordem pública, senão que lesionam um direito à segurança, entendida este em seu sentido normativo. De novo, não se descreve corretamente a identidade da sociedade se não há uma reflexão acerca das infrações de direitos.¹²⁷

Em terceiro lugar, e, sobretudo, a fronteira entre o comportamento permitido, ou incluído como desejado, e o comportamento contrário à norma, já não é, atualmente, em amplos setores da sociedade, uma fronteira que corresponda a uma moral vivida, senão que se constrói, fixando-se de modo aproximado e arbitrário de uma zona gris. Isso é assim, nos âmbitos da economia, do tráfico, do meio ambiente, etc. Nesse sentido, por exemplo, nos negócios de exportação, um astuto comerciante e um delinqüente econômico, amiúde não se diferenciam como antigamente se diferenciavam um cidadão e um malfeitor. Assim, a exatidão da fronteira característica, que se mostra de maneira mais chamativa nos valores-

¹²⁵ Ibid., pp. 45-46.

¹²⁶ Segundo Jakobs, de um modo geral pressupõe-se que não se pode proceder de um modo hostil contra nada, a não ser que se lesione já de modo ativo, e isso é plenamente correto, se ambos se encontram no estado civil-legal. Tal situação deflagra através da autoridade o domínio do agente e a necessária segurança esperada. Todavia, a autoridade tem que tomar as medidas necessárias: em caso de necessidade, chegando a inclusive até a penalização de comportamentos abstratamente perigosos. Ibid., p. 47.

¹²⁷ Ibid., p. 47.

limite do Direito Ambiental, por exemplo, forma parte da identidade da sociedade atual, posto que esta não só permite, senão que, a causa de sua dependência da economia, necessita que se intente extrair todo benefício possível até chegar ao limite das valorações.¹²⁸

Diante dessas três razões, Jakobs conclui que está claro que a garantia da expectativa de não levar em conta nenhum comportamento, que só, de modo abstrato está referido ao resultado, forma parte dos elementos da sociedade que determinam sua identidade, de modo a justificar, desde o ponto de vista funcional as correspondentes disposições penais. Todavia, Jakobs observa uma necessária cautela na convergência criminal dos delitos de perigo abstrato. O autor refere que não se pretende, diante de suas inferências, legitimar qualquer delito de perigo abstrato, e, tampouco, qualquer marco penal de um delito de perigo abstrato. Além disso, o autor não vê possibilidade alguma de legitimar todos os delitos enriquecidos subjetivamente, que castigam casos de preparação, por exemplo, como se de consumação delitiva fossem, e o mesmo ocorre com os delitos que pretendem fornecer um ambiente favorável ao exercício do direito.¹²⁹

Analisando-se tal ocorrência no Brasil, identificamos uma série de novas leis ordinárias, sendo que, em muitas delas, ocorrem violações aos direitos fundamentais insertos em nossa Constituição Federal. Mesmo assim, tais medidas legislativas são aprovadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, como forma de acomodar e apacar aquela referida sensação global de insegurança que o brasileiro sente todos os dias, assentada na concepção dos legisladores (pré)ocupados com a ideologia política, forjada na ilusão de ações governamentais que se pensa resultar eficazes na contenção da criminalidade, ainda que não funcionem positivamente, pois a intenção reside no ganho político-eleitoral momentâneo, consistindo em medida paliativa de satisfação social do papel político-estatal frente à segurança pública caótica de todos os dias.¹³⁰ Assim, podemos elencar outros fatores, além

¹²⁸ Ibid., pp. 47-48.

¹²⁹ Ibid., p. 48.

¹³⁰ Conforme Peter-Alexis Albrecht, os problemas sociais ganham maior espaço público por meio dos partidos políticos que, de modo generalizado, adotam posturas de reação permanente e imediata, através do chamamento do Direito Penal com os mesmos objetivos de ganho eleitoral, mas sem resolver o problema. Ver obra de: ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista*. Extrato do artigo publicado integralmente em 1994, p. 471. Assim, o Direito Penal é utilizado como instrumento de captação da simpatia do eleitor frente ao avanço da criminalidade massificada, e suas dimensões de intervenção vão sendo inflacionadas, sem um mínimo de razoabilidade, completamente alheia a um estudo prévio do impacto social que tais ampliações criminalizantes podem resultar no cotidiano da nação e do cidadão; bem como, fecha-se os olhos para a conseqüente divergência de tais ampliações do arcabouço legislativo penal em relação ao sentido da norma constitucional. Com isso, o impulso criminalizante dos legisladores brasileiros, motivados a legislar a

desse, igualmente relevantes à consolidação desse diagnóstico, tais como: o descrédito com outras instâncias de proteção e a identificação da maioria com a vítima do delito, constituindo assim, elementos convergentes para a (justificativa da) expansão (desarrazoada) do Direito Penal.

Diante disso, as atuais demandas de criminalização têm sido formuladas com referência ao debate sobre a proteção de dados, a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, da água e do ar, os perigos da tecnologia genética, o tráfico global de drogas, de armas, de órgãos, de mulheres e de pessoas destinadas à prostituição, etc. Assim mesmo, a difusão nos meios de comunicação das imagens sobre as vítimas das brigas de cachorros conduz imediatamente a um projeto de lei para castigá-los; também os escândalos relacionados ao *doping* de atletas de elite motivaram esforços em fazê-los alvos da máquina penal.¹³¹

Desse modo, as demandas de controle dirigidas ao Direito Penal são, então, uma manifestação da sociedade moderna, enquanto que, por conta do Direito Penal clássico, justificava-se, essencialmente sua intervenção, como meio apto a assegurar a liberdade do cidadão contra a arbitrariedade da justiça feudal. Nessa construção ideológica, o Direito Penal era concebido como mecanismo de defesa dos cidadãos contra as intervenções coativas do Estado.

O Direito Penal do Estado Moderno se via, então, em uma estrita legalidade apolítica, arraigado na proibição de analogia e de retroatividade, incondicionalmente, em um Direito Penal estrito, na pena proporcional sem repressão, e no reconhecimento incondicional do juiz independente da Lei, e na segurança, em si mesma, de preservar-se em um programa jurídico próprio, frente à política cambiante.

esmo, ante a consternação social da população, provocada pela ocorrência de algum crime que cause grande perplexidade social, o qual é difundido em larga escala pela mídia, termina por redundar na proliferação de leis repressivas e de caráter inocuidador, o que nos coloca, em termos de política criminal, ante um típico Direito Penal do Inimigo, ainda que não reconhecido oficialmente.

¹³¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. Cit., p. 471. Exemplo disso, no Brasil, é a Lei nº 9.605 de 12.02.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Em seu artigo 31 criminaliza a seguinte conduta: introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Todavia, é mais questionável que o Direito Penal possa solucionar tais ou outros problemas sociais tão complexos, se pode constatar-se que, sem dúvidas, o Direito Penal pose atualmente como caráter de arma política.

Dentro desse anterior panorama, aliado às modificações sociais ocorridas e referidas em linhas acima, Peter-Alexis Albrecht refere o caráter do Direito Penal pós-moderno, calcado no risco. Segundo o autor a consolidação das modernas sociedades industriais redundou na geração de riscos que comprometeram a continuidade da própria sociedade, aumentando a demanda por segurança. Devido à globalização das conseqüências de agressão ao meio-ambiente, ou da globalização sobre as economias locais – e aí, o patrimônio ganha maior relevância enquanto bem jurídico, digno de tutela criminal – entra em cena o Direito Penal, como meio de controle da política dos limites de riscos, vindo a tutelar (maximamente) riscos abstratos e perigos potenciais.¹³²

Podemos, agora, entender por que razão, cada vez mais os mecanismos formais e materiais do Direito Penal estão orientados à preservação da vítima, de acordo com o pensamento da eficácia preventiva. Assim, o ponto de referência da teoria da pena que fundamenta o Direito Penal do Risco é a estabilidade do sistema social: segunda a teoria da prevenção-integração, o Direito tem a função de garantir a orientação de ações e a estabilidade de expectativas. Desse modo, o referencial cambiante das teorias da pena tinha na pessoa o *status* de sujeito, passando, agora, para o sistema social, que passa a ocupar o *locus* daquele.¹³³

Assim, a pena tem a finalidade de conformar a confiança no sistema e a estabilidade do mesmo, acerca da vigência do Direito, incorrendo numa inversão de paradigmas conformadores do tipo de política criminal que se colocará em prática à disposição do cidadão e da sociedade.

Com isso, abandonam-se os dois baluartes construídos com o pensamento penal liberal, tendentes a limitar a atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo, a saber: o princípio do delito como lesão de bens jurídicos e o conceito de culpabilidade como limite da responsabilidade e da pena. Ocorre, com tal inversão paradigmática, o abandono às proteções do bem jurídico individual, ensejando um giro que converge para a proteção do sistema (coletivo), como sucede no caso do Direito Penal econômico, que, conforme Peter-Alexis, é aonde vão parar todas as manifestações jurídicas de Direito Penal do perigo.¹³⁴

¹³² Ibid., pp. 474-475.

¹³³ Ibid., pp. 474-475.

¹³⁴ Ibid., p. 475.

Em referência à erosão dos princípios do Direito Penal, derivados do Estado de Direito, a política criminal atual caracteriza-se como uma espécie de Contra-ilustração,¹³⁵ como movimento contrário ao ocorrido no Iluminismo, denominado de ilustração. É para este sentido que converge Luigi Ferrajoli, entendendo que somente o direito processual pode assegurar as garantias do imputado contra os espaços impróprios da discricionariedade judicial, podendo oferecer ao mesmo tempo, um sólido fundamento de independência da magistratura e a sua função de controle da legalidade do poder.¹³⁶

Agora vivenciamos uma evidente tendência a desformalização do processo penal, incluída aí, a diminuição permanente das garantias jurídicas, refletindo não apenas sobre as pretensões punitivas, senão que, também, acaba sendo consequência primária da utilização permanente e imprópria do Direito Penal para a política social. Sob tal perspectiva, de um lado, o enfoque da intervenção política no Direito Penal muda constante e manifestamente os problemas estruturais, bem como a individualização do Direito Penal; de outro, a atividade legislativa conduz rapidamente a resultados concretos, produzindo efeitos políticos imediatos, que podem parecer intervenções político-estruturais desnecessárias. Tais intervenções se elevam por sob o horizonte de relevância política quando o triunfo eleitoral está ameaçado.¹³⁷

Desse modo, Peter-Alexis identifica uma hipertrofia do Direito Penal, ocasionada pela sociedade e pela política. A criminalidade e a persecução penal são dotadas de valores

¹³⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. Cit., p. 476.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez, 3ª ed. Madrid, Trota, 1998, p. 10. O programa da ilustração consistiu na supressão de mitos e na liberação das pessoas de sua limitada visão de mundo teocêntrico, arrastada pela tradição e aproveitada pelo Estado e pela Igreja na nebulosa era medieval. Foi um convite às pessoas tomarem as rédeas de seus destinos e de sua sociedade, mediante o processo valorativo do indivíduo frente ao poder desmedido do Estado, sendo que a formalização de um procedimento penal instado a apurar a responsabilização de alguém acusado da prática de um delito foi um grande passo na conquista do processo civilizatório da relação penal havida entre o Estado e o cidadão. Daí se origina o princípio publicístico, tendo em vista a impessoalidade dos interesses em litígio, e a conotação pública que tais interesses representam para o meio social. Conforme Rogério Lauria Tucci, tal princípio se fundamenta em duas finalidades primordiais: Na primeira, o princípio está ligado à natureza pública do direito à jurisdição (pretensão à tutela jurídica estatal), e, por conseguinte, ao dever de prestar jurisdição por parte do Estado, consoante o art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil; na segunda finalidade, o princípio em comento, “(...) é que, instrumental ao Estado – meio, e não fim, como precedente apregoado -, nas causas penais se faz mister atender à liberdade jurídica do ser humano.” Vide obra de: TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 1998. Vol. 755, p. 464-465. Por fim, o processo penal tem por escopo harmonizar duas premissas que se situam em campos paralelos, ou seja, deverá proteger os direitos e liberdades da pessoa, ao passo que, também deve formular instrumentos legais para que o Estado cumpra com o seu dever de prestar jurisdição e segurança pública à coletividade, tornando viável a aplicação da lei penal, e, por fim, a manutenção da paz e harmonia social. Podemos, então, concluir que essa tarefa é árdua, mas essencial ao Estado Democrático de Direito, devendo operar-se a conjugação harmônica dessas duas premissas.

¹³⁷ Ibid., p. 478.

políticos, e servem de comercialização pelos meios de comunicação. Tais fenômenos sobre a criminalidade obedecem a outros fins, tais como, os interesses econômicos dos que ofertam produtos nos meios de comunicação; ou, aos interesses eleitorais de uso político, referidos anteriormente.¹³⁸

Nesse sentido, Callegari já vem, há muito, alertando para os entraves de uma política criminal centralizada na utilização exclusiva da pena, na qualidade de resposta a essa crise vivenciada, como se fosse o único instrumento eficaz de controle social disponível atualmente. Para o autor, “segue-se com a antiga política ultrapassada de criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes e sujeitar cada vez mais o indivíduo à pena de prisão, política já demonstrada ineficaz na teoria e na prática”.¹³⁹

Além disso, como vimos anteriormente, mas que, sobretudo, reflete-se instrumentalmente como (uma das) causa(s) da adoção dos delitos de perigo abstrato, é, conforme Callegari, a antecipação da intervenção penal na vida dos cidadãos em suas condutas cotidianas, ante a mera potencialidade de ocorrência de dano aos bens jurídicos tutelados, configurando um Direito Penal assentado na prevenção, diferindo da anterior política criminal (clássica), consistente na limitação de intervenção estatal em circunstâncias limitadas à ocorrência do dano efetivo, incidindo, por isso, a um número menor de bens passíveis de tutela. Desse modo, segundo Callegari:

Outra tendência desta política criminal é a de configuração de um Direito Penal preventivo com uma característica de antecipar a proteção penal, o que leva, por uma parte, a freqüente elaboração de delitos de perigo – em boa medida de perigo abstrato – por outra, a configuração de novos bens jurídicos universais. Portanto, a mais importante diferença entre o ‘velho’ e o ‘novo’ Direito preventivo é que o novo Direito Penal do ‘controle social’ protege mais e distintos bens, além disso, protege-os antes, isto é, num estágio prévio à lesão do bem jurídico.

De outro lado, essa tendência preventiva levaria a uma flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como de princípios garantistas próprios do Direito Penal de um Estado de Direito.¹⁴⁰

¹³⁸ Ibid., p. 478.

¹³⁹ CALLEGARI, André Luís *apud* SANZ MULAS, Nieves. A expansão do Direito Penal como forma simbólica de Controle Social. Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 3. Segundo o autor: “A prisão novamente surge como a resolução dos problemas sociais, assistindo-se a um crescimento da população carcerária sem precedente”.

¹⁴⁰ CALLEGARI, André Luís. Op. Cit., p. 4.

E, assim, o referido autor refere o encontro dessa nova (des)ordem com a legislação brasileira, pautada pela “criminalização e recrudescimento no sistema penal, fato este que se verifica com as alterações na legislação penal vigente e na criação de novas leis penais”.¹⁴¹

Desse modo, as conseqüências, da mencionada hipertrofia, residem na degradação sistemática da formalidade própria do Estado de Direito em sua função protetora. Além disso, a política se serve de uma arma terminológica prodigiosa, para não sucumbir ante ao rótulo da inefetividade: o direito penal preventivo, sendo que este acaba sendo um meio ideal de consolação política, uma carta de apresentação para demonstrar que, aparentemente, existe uma atividade política “atuante”,¹⁴² ainda que mascarada em sua ineficiência constitucional na concretização de direitos fundamentais, travestida de simbolismos e aparências de atuação.

Diante desses caracteres, uma das conseqüências da perda de formalidade do Direito Penal assenta-se no incremento da utilização de tipos penais abertos, e de delitos de perigo abstrato (Direito Penal econômico e meio-ambiente), ao passo em que ocorre a *estandarização* excessiva de deveres no sentido dos delitos imprudentes e de omissão, e uma intervenção penal por meio de cláusulas gerais e de tipos indeterminados, pautados por condutas imprecisas e generalizáveis.¹⁴³

Nesse sentido, Demetrio Crespo, aduz que a idéia de segurança que justifica o recrudescimento punitivo é, em parte real, em parte simbólica, em parte objetiva, e, em parte subjetiva, difícil de delimitar, como vimos em linhas anteriores. Por isso, segundo o autor, a insegurança que pode congrega tais procedimentos de política criminal se transforma em insegurança jurídica através, por exemplo, da indeterminação da tipificação de condutas, a indefinição dos bens jurídicos protegidos, o adiantamento da punibilidade, mediante a utilização dos delitos de perigo (abstrato), ou em geral, mediante o relaxamento das garantias em busca de uma suposta eficácia.¹⁴⁴

¹⁴¹ Ibid., p. 4.

¹⁴² ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. Cit., p. 478.

¹⁴³ Ibid., p. 483.

¹⁴⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006, pp. 480-481.

O resultado, dessa ampliação de alcance das fronteiras de caráter criminógenas, pode ser sintetizado no seguinte raciocínio formulado por Sternberg-Lieben:

Cuanto menos concreta sea la prueba del peligro que se considere necesaria para autorizar la utilización del instrumental penal, tanto mayor será la probabilidad de que se aleguen peligros más o menos generales para justificar de forma aparentemente objetiva y racional una prohibición que no se orienta de modo principal a la protección de bienes jurídicos concretos. Al hacerlo se corre el riesgo de que el Derecho penal sea utilizado de manera espuria como una ética coercitiva creadora de valores en lugar de como un instrumento de refuerzo de los valores existentes, o como un acabado sustituto de las disposiciones del Derecho administrativo.¹⁴⁵

Essa transposição temporal do tipo penal, consistente na criminalização de uma conduta que ainda não tenha produzido danos ao bem jurídico, é caracterizadora da sociedade do risco. Sob tais perspectivas, as palavras de Sternberg-Lieben encontram ressonância na legislação brasileira, na qual é crescente o número de incriminações de situações de mero perigo abstrato.

Assim, podemos ilustrar tal fenômeno de antecipação temporal do marco incriminatório pela análise dos dispositivos de natureza criminal contidos no Código de Trânsito brasileiro, Lei n.º 9.503, de 23.07.1997. Para essa concepção está o art. 306¹⁴⁶ da referida Lei de Trânsito, alterado recentemente pela Lei n.º 11.705 de 2008. Nesse dispositivo o legislador criminalizou a conduta antes da ocorrência do perigo efetivo de dano, eis que o agente adentra nos meandros da esfera criminal apenas por conduzir veículo em via pública com concentração de álcool por litro de sangue em quantidade igual ou superior a seis decigramas, ainda que o mesmo esteja de posse de suas faculdades motoras, e dirigindo de modo adequado com a sinalização da via urbana onde se encontra. Por isso, esse dispositivo caracteriza-se como sendo de perigo abstrato, tendo em vista que o legislador optou pela antecipação dos limites de intervenção criminal, ainda que a exposição do bem jurídico ao perigo efetivo de dano não venha a ocorrer faticamente.¹⁴⁷

¹⁴⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad y libertad del Legislador Penal. La teoría del bien jurídico. Org. Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115.

¹⁴⁶ Lei n.º 9.503, de 23.07.1997, Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Redação dada pela Lei n.º 11.705 de 2008. Penas: detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

¹⁴⁷ Em tal situação fática, referente ao mencionado artigo 306 da Lei de Trânsito, poderia o legislador ter lançado mão de medidas administrativas de punição ao infrator, ainda que de modo rígido, sem a necessidade de recorrer

Nessa seara, os delitos de perigo abstrato têm ganhado força. Sob tal modalidade, o dano ao bem jurídico tutelado ainda não ocorreu, podendo, ainda, não vir a materializar-se no mundo dos fatos, mas, no entanto, pune-se pelo mero perigo que a sua possibilidade (abstrata) de ocorrência representa. Essa modificação, atinente à criminalização antecipada de atos anteriores ao presumível delito, mediante a punição de atos precedentes à ocorrência efetiva de dano, ou de lesão ao bem jurídico tutelado, configura a ordenação de indícios que estão a demonstrar uma postura de inocuidade do (presumido) infrator, o que nos remonta ao Direito Penal do Autor, vindo com isso, a repercutir nos moldes ensejadores e norteadores da imputação penal que se dirige na prática cotidiana dos cidadãos.

Outro exemplo, ainda na Lei de Trânsito, que ilustra essa antecipação das barreiras de atuação e incidência do Direito Penal reside no artigo 298,¹⁴⁸ que determina o agravamento da punição dos crimes praticados no trânsito para o condutor do veículo que tenha cometido a infração com dano potencial a duas ou mais pessoas, ou ainda, com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros. Nessa circunstância, podemos detectar duas anomalias concernentes ao Estado Democrático de Direito e à intervenção desarrazoada do Direito Penal, em campo que deveria ser exclusivo do Direito Administrativo e do Direito Civil (indenizatório).

A primeira anomalia consiste no agravamento da pena para o agente, em razão da simples potencialidade de dano para duas ou mais pessoas. Agora, se tal circunstância agravante incide sobre todos os crimes de trânsito, e, sendo que, em muitos deles, há apenas o perigo abstrato como alvo da censura penal, o seu agravamento também se dá com base em situação de perigo abstrato, com a diferença de envolver duas ou mais pessoas. Em suma, a punição principal pode ocorrer por um crime de perigo abstrato e o seu agravamento se dá por circunstância que, também, tenha em sua gênese o perigo abstrato.

à esfera penal, evitando-se inflacionar a quantidade de intervenções penais nas condutas dos cidadãos, sendo que, em grande parte dessas condutas, a relevância digna de tutela penal é ínfima, para não dizer inexistente.

¹⁴⁸ Lei n.º 9.503, de 23.07.1997, Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração: I - com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;

Assim, imaginemos a incidência do artigo 308 da Lei de Trânsito,¹⁴⁹ que tutela a segurança da incolumidade pública (coletividade) ou privada, mediante a criminalização de um dano potencial a esse bem jurídico (incolumidade pública ou privada). Nesse sentido, o agente teria contra si, além da sanção nuclear do artigo 308, o agravamento da pena, com base no artigo 298, inciso I, já referido, pois este tutela o perigo de dano dirigido a duas ou mais pessoas, mediante um agravamento obrigatório de pena, enquanto que o tipo penal daquele já tutela a coletividade. O problema, portanto, está na imprecisão normativa do artigo 298, inciso I, que prescreve a agravante sem restringir a sua aplicação, no *caput* do referido artigo, de modo que a sua incidência somente seria possível quando a (mesma natureza da circunstância) agravante não constituísse elemento do tipo penal, ou não o qualificasse de antemão, como o artigo 61 do Código Penal¹⁵⁰ faz de forma devida e precavida. Assim, essa circunstância sempre agrava a pena, e, no caso do artigo 308, essa valoração incorrerá em *bis in idem*, o que nos demonstra a lascívia criminalizadora, compulsiva e impensada que o legislativo tem tomado em suas atuações desarrazoadas em termos de política criminal, violando, assim, o princípio da proibição da dupla valoração da mesma circunstância, que se encontra na base da proibição do excesso.

Desse modo, estamos diante da incriminação em cascata, cunhada por ilações e projeções de dano ao bem jurídico tutelado no trânsito, conforme os exemplos aqui listados, mediante a criminalização de um mero perigo potencial. Sendo assim, sob tal conformação sistêmica da política criminal em curso no país, punem-se circunstâncias caracterizadas pela frágil e eventual projeção do dano, ou seja, a conduta é punida porque adentrou numa esfera cercada por certo grau de riscos, mas que, porém, é destituída da presença de elementos fáticos indicadores da produção de um resultado material lesivo, passível de ser verificada, isoladamente, no mundo dos fatos, e que, possam, vir a deflagrar a perfectibilização da materialização da figura descrita no tipo penal.

Essas premissas nos proporcionam estabelecer uma dimensão mais exata das peculiaridades do Direito Penal clássico – e a presença neste, do princípio da lesividade como

¹⁴⁹ Lei n.º 9.503, de 23.07.1997, Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Penas – detenção de seis meses a dois anos, multa, suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículos automotores.

¹⁵⁰ Código Penal brasileiro, art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...).

indicador do início de atuação da máquina penal; ao passo que, também, permite-nos, igualmente, dimensionar essa conseqüente dilação ou antecipação da barreira demarcatória do início da intervenção penal no novo modelo de Direito Penal. Assim, as esferas de acionamento da máquina penal são antecipadas, e, junto com elas, toda a aridez típica do âmago penal é transportada para junto dessa nova linha demarcatória, dentro desse fenômeno antecipatório. Todavia, conforme a referência de Jakobs em linhas anteriores, os comportamentos que só de modo abstrato estão referidos ao resultado, contribuem para a conformação de parte dos elementos da sociedade, forjando uma identidade comunitária, justificadas desde o ponto de vista funcional às correspondentes disposições penais.¹⁵¹

Contudo, mais nefasto ainda, é o agravamento da pena em virtude da geração de grave risco de dano patrimonial a terceiros, eis que, o dano não ocorreu, tendo em vista que a capitulação legal refere “grave risco de dano”, sem exigir sua material ocorrência. Assim, estamos diante da segunda anomalia sistêmica provocada por esse dispositivo, radicada na falta de operacionalidade e sintonia dentre as esferas do Direito Civil e do Direito Penal, no que diz respeito ao trânsito. Explico: o artigo 927 do Código Civil preceitua o dever de indenização partindo da causação efetiva de dano, como sendo, *aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*¹⁵² Sendo assim, só haverá obrigação civil de reparação dos danos, caso estes (os danos) venham a existir no mundo dos fatos, a fim de possibilitar, inclusive, a delimitação da extensão dos danos, quantificando o valor a ser indenizado pela lesão gerada. Então questionamos: como é

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 48. Entretanto, algumas medidas (como as que citamos em linhas acima) violam efetivamente os direitos fundamentais, pela utilização do direito penal do autor como instrumento de coação mais severa e personalíssima, como já trabalhamos em linhas anteriores. Além disso, as medidas de exceção ao cumprimento de pena, o isolamento carcerário, bem como a imposição de regimes específicos e diferenciados de cumprimento de pena, tendo em vista as qualificações subjetivas do agente, consistem nas tais medidas que violam os direitos fundamentais encartados na Constituição Federal brasileira, mas que, no entanto, criou-se, em torno desse problema, uma espécie de “pacto da mediocridade e hipocrisia”, e, ao que parece, tem sido muito exercitado (ainda que veladamente) dentre as autoridades ocupantes de assentos nos três poderes da República, consistente na postura de fechamento dos olhos para as barbáries que se cometem no Brasil, mais especificamente, no interior de Delegacias, Penitenciárias, Fóruns, Tribunais e Casas Legislativas; fruto de uma política criminal insana e sem logística estrutural em suas incursões no gerenciamento dos novos e dos clássicos problemas de ordem criminal, movida que é, ao sabor dos ventos, consoante ressoam os anseios populares por eficiência na prestação estatal de segurança pública. Por isso, é nítido e problemático o despreparo intelectual dos agentes públicos envolvidos no respectivo exercício diário de poder no interior das tais instituições mencionadas, eis que, ainda atuam como se estivessem nos primórdios da década de 80, onde os Códigos imperavam soberanos dentro do arcabouço legislativo do sistema jurídico brasileiro, deixando-se de lado a necessidade de factuar uma política criminal sóbria, racional e cientificamente projetada para atender aos sentidos indicados pela norma constitucional, constituindo na única direção para onde os ventos deveriam nos conduzir.

¹⁵² Art. 186 do Código Civil vigente no Brasil: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

possível conceber que a mera possibilidade de ocorrência de danos materiais a terceiros seja alvo de agravamento de pena na órbita criminal, dando-lhe envergadura penal, se na esfera cível não haverá legitimidade legal para a responsabilização desse mesmo criminoso, em razão da inocorrência material dos alegados danos patrimoniais? Como, poderemos inserir tal agravante na quantificação fracionada da pena, se desconhecemos a necessária extensão dos danos, justamente por não existirem? ¹⁵³

Nesse ponto, para o Direito Civil não houve infração à norma, sendo desnecessária a incidência do artigo 927 do Código Civil, vez que não se configurou o ato ilícito em tela, enquanto que, para o Direito Penal, o mesmo fato, qual seja: colocar bens patrimoniais em grave risco de dano no trânsito, repercutirá criminalmente, respondendo o agente com aumento de pena, ante a mera probabilidade de causação dos danos, que nunca existiram.

Assim, responderá o infrator, na seara penal, pelos danos que não causou, enquanto que, na esfera cível, não haverá qualquer responsabilização em termos de reparação, justamente por não ter havido danos patrimoniais. Observe-se, ainda, que estamos a tratar de bens materiais na parte final do inciso I, do artigo 298 da Lei de Trânsito, ou seja, não haveria necessidade de antecipar a intervenção da esfera penal para a tutela de bem jurídico patrimonial, tratando-se de interesses completamente disponíveis, inerentes, portanto, às partes (privadas) envolvidas faticamente em virtude da existência dos danos patrimoniais (e concretos), onde um suportaria o dever cível de indenizar, enquanto que, o outro, teria legitimidade legal para reivindicar a indenização, consoante a extensão dos danos sofridos, como já ocorre, e sempre ocorreu, nas relações jurídicas de direito privado.

Por essa razão, é, também, freqüente em nossa legislação criminal, a existência de tipos penais abertos, destituídos de elementos especificadores da conduta que se quer evitar e censurar. Tais tipos penais assumem características de *topoi*, consoante a Tópica de Aristóteles. ¹⁵⁴ Por tal razão analógica, entendemos que o tipo penal de feição aberta, isto é,

¹⁵³ Por mais esse último argumento, não há possibilidade de mensuração do *quantum* a ser agravado de pena ao agente, em razão da inexistência dos danos patrimoniais, pois se está a puni-lo por danos que não existem. Caso existissem, a extensão dos danos poderia ser um referencial de quantificação do agravamento, como ocorre na esfera cível, todavia, ante a inexistência dos parâmetros de mensuração lesiva ao patrimônio, não há critérios de proporcionalidade óbvia entre a relação do agravamento penal à pena e a extensão dos danos que não existem.

¹⁵⁴ Sob essa ótica, entende-se *topoi* como sendo sede ou depósitos de argumentos múltiplos acerca de determinado problema dialético. A tópica consistiria na arte de selecionar argumentos localizados nos *topoi*, e

concebido na formatação de um *topoi*, conduziria o intérprete a aplicar a norma penal ao sabor dos ventos, ou a agravar a pena com base em critérios arbitrários de feição essencialmente subjetiva. Desse modo, a indeterminabilidade do tipo penal conduz a esse novo paradigma, assentado na incerteza de condutas universalizantes, podendo ser compreendidas sob quaisquer fundamentos, sem um mínimo de certeza quanto ao vetor programático de censura sócio-normativa da lei penal, no caso de ser (indevidamente) aberta.

Por tais motivos, as linhas de intervenção penal se expandem de modo considerável, alheias à convergência constitucional. Nesse contexto, a questão torna-se ainda mais crítica quando o intérprete toma suas decisões de modo alheio e indiferente ao sentido da norma constitucional, passando a decidir para além dos limites da moldura constitucional que o legislador impingiu à Carta Política de 1988, no Brasil.

Contudo, como aduz a doutrina de Lênio Streck, “não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais”.¹⁵⁵ Sob tais anseios, Streck alerta para o fato de que a afirmação: “o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, não pode, de modo algum, redundar na possibilidade de que este (o intérprete) possa “(...) dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados”. O texto, segundo Streck, “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismos”.¹⁵⁶

Acerca disso, Luiz Régis Prado refere que, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens

aplicá-los ao discurso dialético, como meio de conformar o raciocínio jurídico ao potencial de convencimento. Os *topoi* constituem-se, para Aristóteles, em pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser utilizados a favor e contra ao opinável, e podem conduzir à verdade. Assim, obtém-se, após uma exaurida fundamentação filosófica, um catálogo de *topoi*, que se orienta a círculos de problemas e contém uma série de pontos de vista, que, em si mesmos, não comportam definição conceptual. Assim, Viehweg indica que a tópica é, para Cícero, um procedimento de busca de premissas (tópicos) que, na realidade nunca termina: o repertório de tópicos sempre é provisório e elástico, anuncia o autor. Diante disso, podemos admitir a possibilidade de uma simbiose entre tipo penal indeterminado e *topoi* aristotélico, resultando em similitudes estruturais em seus correspondentes caracteres. Ver obra de: VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, pp. 22-24.

¹⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 141. Desse modo, podemos observar que o intérprete não poderá ir além dos confinamentos do sentido da norma, sob pena de extrapolar ao real anseio constitucional da mesma, que é de cunho democrático.

¹⁵⁶ ADEODATO, João Maurício *apud* STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 142.

jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade, – norteada pelos princípios fundamentais da personalidade e individualidade da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade”.¹⁵⁷

Nessa seara, o Estado Democrático de Direito, via ordenamento jurídico, tem importante relevo na promoção de uma sedimentação da estrutura e do conteúdo de uma comunidade social, ao passo que garante os direitos individuais e as liberdades públicas, por meio de uma mudança paradigmática que, em nível de Brasil, tarda a ocorrer, tendo em vista o apego exacerbado aos paradigmas conservadores do positivismo legalista, ancorado no porto (tido como seguro) das leis - regras (materiais e processuais) ordinárias e, em algumas delas, anteriores a 1988.

O resultado dessa exagerada autonomia ao intérprete, e na esfera penal isso é grave, mediante a adoção de tipos penais abertos, provoca o fortalecimento de juízos assentados em atitudes estereotipadas, ensejando a prevalência progressiva do Direito Penal do autor, abordado em linhas acima, dado o alto grau de subjetividade do intérprete judicial no trabalho de preenchimento (fático) desse tipo penal dotado de imprecisões terminológicas dúbias. Sob tal aspecto, acerca da deliberação do julgamento judicial, a cultura constitucional ainda não faz parte do cotidiano forense em nosso país, eis que sua presença ainda é tímida, frente à quantidade de casos judicializados.¹⁵⁸

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 54.

¹⁵⁸ Disso resulta que, a Constituição Federal e seus princípios balizadores do modo-de-ser do sujeito (intérprete) são deixados de lado, sendo invocados apenas na presença de um caso de difícil solução pelas regras positivas das teorias discursivas e da argumentação. Nessa esteira teórica, os princípios constitucionais são relegados a uma função supletiva no ordenamento jurídico, utilizados como mandados de otimização, dotados de uma amplitude generalizante, podendo tudo abarcar como se fossem cláusulas gerais, por onde o intérprete se movimenta de modo livre e descomprometido. Tal postura teórica, que concebe os princípios constitucionais como mandados de otimização, abrindo uma gama de possibilidades ao intérprete, termina por dar azo à discricionariedade positivista, o que, consoante Streck: “(...) pode ser facilmente percebido em assertivas do tipo ‘a lei [o Código Civil, na parte relativa às cláusulas gerais] confia ao intérprete-aplicador, com absoluta exclusividade e larga margem de liberdade, a inteira responsabilidade de encontrar, diante de um modelo vago, a decisão justa para cada hipótese levada à decisão judicial’. Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas gerais’ (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a ‘escolha’ do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela ‘textura aberta da cláusula’)”. Ainda segundo Streck: “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca, como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso, é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (donde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na

Nessa seara, os delitos de perigo abstrato têm ganhado força. Nessa modalidade, o dano ao bem jurídico tutelado ainda não ocorreu e sequer poderá a vir materializar-se no mundo dos fatos, mas, no entanto, pune-se pela mera possibilidade de sua ocorrência. Essa modificação na criminalização antecipada de atos anteriores ao presumível delito, constitui indício da ocorrência de um Direito Penal do Inimigo, devido à punição de atos precedentes à potencial ocorrência do dano.

Não obstante, essa transposição temporal da criminalização de condutas típicas, outro movimento de política criminal na era pós-industrial reside na supressão de garantias ao indivíduo, técnica que tem sido tipicamente adotada em países cuja repressão estatal tem sido utilizada como instrumento de controle social. Como vimos no início desse primeiro capítulo, as causas são desse recrudescimento da máquina penal, que tem forçado à renúncia de conquistas históricas do indivíduo em sua relação com o poder persecutório penal do Estado. Gradativamente os direitos fundamentais vão sendo relativizados em proveito de leis ordinárias espúrias, garantias cidadãos vão sendo neutralizadas em prol da alegada efetividade do sistema de combate à criminalidade.¹⁵⁹

base do ‘tudo ou nada’), pois dá a idéia de que os ‘princípios’ seriam ‘cláusulas abertas’, espaço reservado à ‘livre atuação da subjetividade do juiz’, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o ‘Código do Juiz’”. STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., pp. 171-172. Sendo assim, os fundamentos que motivam a decisão judicial penal deverão guardar sintonia com os direitos fundamentais e com os limites de sentido da norma máxima, pois do contrário, o intérprete cai em decisionismos inconseqüentes e eqüidistantes de um sistema jurídico sóbrio, cujo pilar encontra-se fundado nos princípios da Constituição cidadã.

¹⁵⁹ Podemos ilustrar, essa tendência do Direito Penal contemporâneo, por meio de outro dispositivo da Lei n.º 9.503, de 23.07.1997. Logo no primeiro artigo, referente aos crimes de trânsito resultantes em lesão corporal culposa, vislumbramos a exclusão e supressão de garantias procedimentais outorgadas pela Lei n.º 9.099/1995, referentes aos seus respectivos artigos: 74 (composição civil dos danos), 76 (aplicação de pena restritiva de direitos ou multa a ser especificada na proposta de transação) e 88 (necessidade de representação para início da ação penal). Desse modo, consoante o art. 291, §1º da Lei em comento, o condutor que for flagrado dirigindo: sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; ou, participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; ou ainda, transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (todos os três incisos foram incluídos Lei n.º 11.705/2008) não terá direito às garantias processuais mais benéficas constantes na Lei n.º 9.099/1995. Vide a Lei n.º 9.503, de 23.07.1997, Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber. §1º. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n.º 9.099/1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h. §2º. Nas hipóteses previstas no §1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. Diante disso, imaginemos um condutor que seja autuado por conduzir seu veículo a 160Km/h numa via onde a velocidade máxima permitida era de 110Km/h, tendo se envolvido em acidente com lesão corporal culposa, responderá pelo fato típico

Diante disso, podemos referir o caso da edição da Lei n.º 8.072/1990, que efetivou a supressão de garantias direcionadas aos autores (específicos) de delitos específicos, redundando no primeiro movimento de recrudescimento da política criminal brasileira, consistindo, ainda, num radical endurecimento da sanção e da execução criminal para crimes que já eram tutelados penalmente pelo Estado.

Assim, segundo Callegari, “(...) sob o efeito hipnótico dessa nova solução legislativa, o legislador ordinário, de um momento para o outro, passou a dar tratamento distinto aos autores de determinados crimes já existentes, porém, agora com etiqueta nova porque levaram o nome de hediondos”.¹⁶⁰

Na linha dessa tendência repressiva de confisco ou indiferença às garantias constitucionais, o legislador brasileiro segue seu escopo de recrudescimento do sistema penal brasileiro, mediante a edição de leis ordinárias. Desse modo, em 2003, foi promulgada uma alteração na Lei de Execução Penal, através da Lei n.º 10.792, inserindo-se no sistema carcerário um instituto chamado de Regime Disciplinar Diferenciado, sem entrar em definições funcionais acerca de sua efetivação institucional no cárcere, ou seja, a referida Lei não especifica em quais moldes tal regime diferenciado deverá funcionar no interior das penitenciárias, apenas transfere, tal possibilidade de controle na execução penal, aos Estados e ao Distrito Federal, consignando-os o poder de regulamentar o regime disciplinar diferenciado, consoante o artigo 5º da Lei¹⁶¹ em comento, enunciando um rol mínimo de parâmetros a serem observados pelo poder de regulação, sem estabelecer um parâmetro máximo de regulação interventiva na execução da pena ou no cumprimento cautelar de prisão preventiva.

referido, sendo instaurado inquérito policial para averiguar o caso, além de não poder fazer uso das mencionadas garantias (procedimentais) acima confiscadas.

¹⁶⁰ CALLEGARI, André Luís. Op. Cit., pp. 7-8. Conforme o autor: “Portanto, a partir do ano de 1990, o legislador brasileiro considerou hediondos os seguintes crimes: tráfico de entorpecentes; prática de tortura; terrorismo; homicídio praticado por grupo de extermínio e qualificado; latrocínio; extorsão qualificada por morte; extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro; atentado violento ao pudor; epidemia com resultado morte; falsificação; corrupção ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e o crime de genocídio”. As conseqüências jurídicas da classificação desses crimes em hediondos, segundo Callegari, “(...) pode demonstrar uma contaminação do Direito Penal do Inimigo na legislação ordinária, pois, de fato, aos autores destes crimes passaram a ter tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais”.

¹⁶¹ Lei n.º 10.792, de 1/07/2003, Art. 5º, caput: Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei n.º 7.210/1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para (...).

Com isso, fica um campo aberto para os Estados regularem o modo como executarão sua política criminal carcerária, mediante a liberdade de implantação do regime disciplinar diferenciado. O instrumento em si, já viola garantias constitucionais, por consistir em medida de caráter excepcional.

Entretanto, segundo Callegari, o que “chama atenção neste novo regime de cumprimento de pena criado pelo legislador é que dito regime se aplica ao preso provisório ou ao condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.¹⁶²

Outra característica da moderna Política Criminal em nosso país reside no excesso de conteúdo preventivo que se quer impingir ao Direito Penal contemporâneo, transformando-o em veículo de mobilização coercitiva de condutas ou atitudes suspeitas que possam redundar na prática de crimes. Assim, antecipando, de forma preventiva, a atuação do aparelho estatal penal, tem-se a ilusão (generalizada) de que a criminalidade de massa vai ser controlada, de modo a reduzir os riscos advindos com a sua cotidiana existência. No Direito Penal clássico, a sua atribuição de função preventiva estava em plano secundário. O resultado disso consiste na inviabilização da concretização de direitos fundamentais, assentados na igualdade e tratamento igualitário.¹⁶³

Por tais razões, o sistema penal atual, no Brasil, passa por uma crise sem precedentes na história do país, eis que, não estamos sabendo eleger uma postura racional e agregadora de princípios constitucionais, imbuída de meios necessários de adequação das nossas instituições e de seus respectivos agentes públicos, relacionados à área da segurança pública. Tudo isso para que executem políticas de coesão social para a manutenção da ordem, e não posturas de eliminação marginal, com o objetivo de impor uma ordem.¹⁶⁴

¹⁶² CALLEGARI, André Luís. Op. Cit., p. 9. Segundo Callegari: “É certo que o legislador, quando elaborou o projeto de lei, tentou conceituar a organização criminosa como ‘uma organização que pelas suas características demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional ou internacional’. O legislado não manteve este conceito e, com isto, ficamos sem saber, precisamente, o que significa uma organização criminosa para efeitos penais”. Vide: Id., *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 161.

¹⁶³ CALLEGARI, André Luís. *A expansão do Direito Penal como forma simbólica de Controle Social. Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 13-14.

¹⁶⁴ Podemos diagnosticar o caos em nosso país, no qual a política criminal encontra-se inserida, mediante a constatação de uma distorção de finalidades do sistema e de seus agentes. Basta lembrar o impensável episódio

É fundamental, portanto, refletirmos o que queremos com a nossa política criminal atual, eis que, sua utilização impulsiva, mediada por fins estranhos à dimensão reguladora que uma esfera criminal possui, termina por neutralizar os fundamentos democráticos do Estado de Direito, fulminando assim, com a necessária concretização de direitos fundamentais dirigidos ao indivíduo e à coletividade simultaneamente, e em diferentes situações.

Para auxiliar nesse processo de reflexão, a que nos dispusemos aqui traçar, sói pertinente, no capítulo a seguir, abordar as finalidades pretendidas com as variantes concepções teóricas da pena no Brasil, como meio de buscarmos subsídios de entendimento e pré-compreensão acerca dos fenômenos sociais e antropológicos conectados ao direito de punir.

Diante de tais premissas, voltemos ao problema situado em linhas anteriores: a antecipação de barreiras punitivas do Direito Penal, mediante a formatação de delitos de perigo abstrato, consegue dar conta do controle de riscos, aos quais, a sociedade pós-industrial está exposta? Diante de todas as posturas catalogadas em prol de uma repressão penal estatal mais enfática e neutralizadora do indivíduo, podemos crer na insuficiência desse procedimento de política criminal em aplacar os referidos riscos, eis que, o Estado retrocede aos tempos obscuros dos excessos e barbáries que cometia contra os indivíduos; e, além disso, sua ineficiência institucional na estratégia de política criminal vigente impede que os resultados se encaminhem na direção do paradigma democrático, e a principal consequência desses fatores circunstanciais está na fragmentação do Direito Penal, tendo em vista a necessidade imperiosa, como vimos com Dworkin, de alçarmos nosso sistema jurídico ao patamar de sua integridade.¹⁶⁵

ocorrido no dia 16 de outubro de 2008, em frente ao Palácio do Governo do Estado de São Paulo, onde policiais civis mobilizados em greve marcham em direção às portas do referido Palácio para reivindicar aumento salarial, e se deparam com bloqueio feito por seus colegas de trabalho, da polícia militar. O inédito confronto foi inevitável, e ganhou repercussão internacional pela contradição dos papéis ali desempenhados. Aliás, essa “divisão genética” entre duas polícias é marca do irracionalismo totalitário de tempos passados, além de ser pouco razoável em conceber como plausível a possibilidade da atuação cotidiana de (policiais) militares empreenderem na segurança ostensiva de cidadãos civis nas ruas, fato que nos remonta a um clássico resquício da ditadura militar da década de 70 no Brasil. Diante dessa distorção atemporal do sistema, torna-se urgente a necessidade de estabelecer um vetor horizontal de inteligência policial no controle eficaz do crime, mediante a adoção de um conjunto integrado de medidas e de ações, que possam garantir a incolumidade dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, congregadas em torno de um programa interdisciplinar de promoção de um ser humano solidário em coletividade.

¹⁶⁵ Segundo Dworkin: “(...) quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica”. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 305-306.

3 AS (PRETENDIDAS) FUNÇÕES DA PENA NO NOVO MODELO PENAL DE SEGURANÇA

A configuração jurídica e a aplicação real das sanções penais determinam o espírito de um sistema jurídico-penal, talvez de modo mais intenso, como ocorre com as normas gerais sobre os pressupostos da punibilidade. Sendo assim, para Jescheck, a missão que se assina à pena estatal, como meio primário de reação, lastreia-se num significado decisivo para a orientação básica de uma política criminal que se quer humana e eficaz.¹⁶⁶

Diante disso, Jescheck refere ainda, que estamos diante de um ponto de conflito, qual seja: de um lado, o sentido da pena e sua residência na compensação do injusto cometido pelo autor; do outro, há ênfase na finalidade da sanção, que pode residir tanto na influência sobre a sociedade (prevenção geral), como também sobre o autor mesmo (prevenção individual), com o objetivo de prevenir delitos adicionais. Para tanto, o legislador tem se utilizado da culpabilidade do autor como parâmetro de medida da pena, tendo-se, em conta, os efeitos esperados da pena sobre a vida futura do agente em sociedade.¹⁶⁷

Na acepção de Mir Puig, a pena é uma sanção de caráter tradicional, que segue caracterizando o Direito Penal, constituindo-se em sua arma prioritária na tentativa de promover o exercício do controle social. Para o autor, aprofundando o conceito e a função da pena, ressalta-se o mais imprescindível: a pena é um mal, na qual o Direito Penal utiliza como instrumento de ameaça para as situações que configurem uma conduta considerada como delito.¹⁶⁸

Sendo assim, Mir Puig refere que é possível debater acerca de qual ou quais são as funções da pena – retribuição ou prevenção –, porém nada nega que a imposição da pena está assentada na concepção de um mal que se associa à comissão de um delito – seja porque se acredita que, com essa imposição de um mal, far-se-á justiça, seja porque, com a ameaça do mesmo se pretende dissuadir a prática delitiva.¹⁶⁹

¹⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002, p. 796.

¹⁶⁷ Ibid., p. 798.

¹⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, p. 53.

¹⁶⁹ Ibid. pp. 53-54.

Assim, o Direito Penal tem lançado mão da aplicação da pena, concebida como consequência em virtude da infringência a uma norma penal. Desse modo, a pena tem acompanhando o Direito Penal e o homem desde os seus (respectivos) primórdios, em diferentes circunstâncias e modos de explicitação e incidência. Entretanto, as divergências na comunidade jurídica recaem sobre as finalidades pretendidas com a imposição das penas, seja em sua previsão abstrata, contida na norma, seja em sua aplicação concreta, após o evento delituoso. Assim, para Von Liszt, Direito Penal é o conjunto das regras jurídicas estabelecidas pelo Estado, que associam o crime, como fato, à pena, qualificando-a como legítima consequência de processo estatal no exercício do *jus puniendi*.

Nesse sentido, conforme Von Liszt, em sua obra originada na Alemanha de 1909, um Direito Penal público, em sentido subjetivo, só pode partir do pressuposto de que o poder de castigar por parte do Estado, ilimitado em si, tenha se fixado prudentemente, limitando-se em si mesmo, o conteúdo e a forma de sua atuação (o crime e a pena).¹⁷⁰ É aí, que residem os lineamentos de nossa Política Criminal contemporânea, estribada na pena e no delito. Entretanto, sendo que, tal limitação deverá ser moldurada pelos vetores constitucionais democráticos, eis que são eles que se constituem nos parâmetros de legitimação da intervenção e da punição pelo Estado.

Como vimos no capítulo anterior, o direito de punir pertence ao Estado, e o modo como isso será implementado repercute no cotidiano do indivíduo e da sociedade, de diferentes formas. Por isso, essa questão torna-se complexa na atualidade, eis que vivemos um estágio de desenvolvimento humano e social implicado com a necessidade de efetivar o paradigma democrático-constitucional, demandante de uma intervenção penal racional e (prudentemente) eficiente. Por essa razão, a legitimidade de o Estado, “em impor uma sanção penal a um cidadão detentor de direitos”, consoante palavras de Pedro Krebs,¹⁷¹ é sempre questionada, ao passo que, deixá-lo impune, diante da prática de uma infração penal, é

¹⁷⁰ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909, p. 5. A pena, como legítima consequência, própria do Direito Penal, se distingue das outras consequências legítimas do injusto em que representa peculiar intromissão do Estado contra o culpável em seus bens jurídicos. O crime e a pena são, pois, as duas idéias fundamentais do Direito Penal. Daí resulta que o objeto imediato da Ciência do Direito Penal é formular, desde um aspecto puramente técnico-jurídico, e baseando-se na legislação, os delitos e as penas como generalizações ideais, desenvolver prescrições particulares da lei, elevando-se até as idéias fundamentais e os últimos princípios para formar um sistema fechado.

¹⁷¹ KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 5, Coordenadores: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs, Porto Alegre: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2000, pp. 99-120.

igualmente criticável. Mas, diante desse paradoxo, qual seria a medida ideal de intervenção penal que o Estado deve promover contra o indivíduo? ¹⁷² Para buscar elementos solucionadores dessa proposição devemos analisar quais são as finalidades implícitas à pena, buscando, com isso, identificar um meio de intervenção estatal que possa ser, ao mesmo tempo, eficiente na tutela de interesses coletivos, sem deixar de atender aos direitos fundamentais do indivíduo na persecução penal.

Sendo assim, os pensadores jurídicos, ao longo do tempo, tentaram explicar e/ou justificar a finalidade da pena no legítimo exercício do direito de punir. Disso resultaram algumas escolas de pensamento, que se detinham em teorias elucidativas acerca das finalidades atribuídas à pena. Tais escolas teorizavam, e teorizam ainda hoje, tentando justificar a imposição legítima da restrição à liberdade ambulatoria de quem comete infrações criminais, ou ainda, visa justificar a imposição de penas alternativas, sempre no sentido de encontrar a sua eficácia coercitiva, concreta e abstrata, de modo a legitimar o aparelho repressor estatal, mediante a imposição de restrições ao indivíduo em sociedade. Sendo assim, Consoante aduz Beccaria:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. ¹⁷³

¹⁷² Essa pergunta conecta-se com o nosso primeiro problema exposto na introdução, qual seja: a antecipação de barreiras punitivas do Direito Penal, mediante a formação de delitos de perigo abstrato, consegue dar conta do controle de riscos, aos quais, a sociedade pós-industrial está exposta? Tal conexão nos fornece elementos reflexivos para uma complementação da prévia conclusão exarada no final do capítulo anterior, eis que a antecipação (desmedida) das barreiras punitivas do Direito Penal pode não ser uma medida ideal de intervenção penal, o que nos coloca diante das finalidades da pena e sua eficácia enquanto instrumento de punição do infrator.

¹⁷³ BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi di. Dos delitos e das penas. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 2000, p. 17. Segundo o próprio Beccaria, ao se referir ao poder de direito, ele observa que “a palavra direito não contradiz a palavra força. O direito é a força submetida a leis para vantagem da maioria. Entendo por justiça os laços que reúnem de maneira estável os interesses particulares. Se esses laços se quebrassem, não haveria sociedade.” Assim, conclui o clássico jurista italiano: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado”, p. 35.

Sendo assim, a idéia de interesse público, até então desconhecida no regime feudal e ignorada pelo direito canônico, bem como, o repúdio aos excessos que se cometiam nesses sistemas, deu origem à Escola Clássica, com Beccaria, Locke, Rousseau e Montesquieu, mais tarde, ingressaram John Howard, Jeremias Bentham e outros, para assim, desenvolver a primeira teoria justificadora da pena: a retribuição.

Assim, a pena, na concepção dos clássicos, resultava na imposição de um castigo exemplar ao criminoso, para que este não mais voltasse a reincidir, além de servir de exemplo ao corpo social acerca das conseqüências que adviriam de condutas similares. Esse raciocínio esboça a opção pretérita da função da pena pelos clássicos, que só indiretamente concebiam a sua finalidade futura.¹⁷⁴

Nessa referência, Jakobs reconhece que a pena, analisada de forma isolada não é mais que um mal. Para o autor, em outra de suas obras, a infração da norma não representa um conflito penalmente relevante por causa de suas conseqüências externas, já que o Direito Penal não pode sanar tais conseqüências. A pena não determina uma reparação do dano; até porque muitas infrações à norma podem ocorrer na tentativa, ou em condutas criminalizadas em virtude de um mero perigo abstrato, incorrendo o dano ao bem jurídico.¹⁷⁵

Assim, para Jakobs, a pena – enquanto infração à norma – está a indicar que a significação de um comportamento infrator não é fator determinante de sua imposição, sendo a norma, por isso, elemento determinante da pena. Essa correlação entre infração à norma e imposição da pena na esfera do significado, e não em suas conseqüências externas atreladas à conduta, está a indicar que a missão da pena não consiste na evitação de lesões de bens jurídicos (função preventiva). Pelo contrário, sua missão, para o autor, é reafirmar a vigência da norma, equiparando a tal efeito, vigência e reconhecimento. Em todo caso, a pena dá lugar a que a norma siga sendo um modelo idôneo de orientação sistêmica. Resumindo: a missão da

¹⁷⁴ KANT, Emmanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint-Ediouro, 1990, p. 80. O fim social da imposição da pena pelos clássicos encontrava, assim, no homem, o seu meio de satisfação do castigo. Consoante Kant, acerca de tais meios e fins: “Vê-se aqui que aquele que lesa os direitos dos homens livres está decidido a usar da pessoa alheia como simples meio, sem levar em consideração que os demais, como seres racionais que são, devem ser tidos sempre ao mesmo tempo como fins, digamos, só como tais seres que devem conter em si o fim próprio da ação”. Ibid. p. 80.

¹⁷⁵ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de un Derecho Penal funcional. Traducción de Manuel Cãncio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Civitas, 2000, p. 17.

pena é, para Jakobs, a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar a custa do infrator, frente ao questionamento da norma (frente ao delito).¹⁷⁶

Com o conseqüente desgaste da Escola Clássica em justificar a pena pelo castigo exemplar que esta ensejaria, na esperança de que não seriam mais cometidos novos crimes pelo acusado, ou pelos outros membros da sociedade, surgem, então, os adeptos da Escola Positivista, idealizadas inicialmente por Lombroso, Garófalo¹⁷⁷ e Ferri, distinguindo-se dos Clássicos no que diz respeito ao método, e não ao objeto, diante dos insucessos da política de controle da criminalidade da Escola Clássica.¹⁷⁸

Os positivistas, em outra seara teórica, tentaram encontrar a origem da criminalidade no homem e não nas deficiências da sociedade, deslocando o foco de estudo para a formulação da teoria do “homem delinqüente”, na tentativa de estabelecer o biótipo do homem criminoso. Os positivistas partiam da tese de que o homem não é moralmente responsável pelos seus atos, e, em contrapartida, cabia à sociedade reagir e defender-se do “homem delinqüente”, em busca da sua autopreservação.

Em seguida, surge uma inovadora visão da pena, vista sob um viés utilitarista, tendo como entusiasta Von Liszt, responsável pela influência das reformas penais que se processaram na Alemanha e no Brasil. Esse pensador acabou por agregar os postulados das Escolas Clássica e Positiva, de modo que o direito penal atingisse outro fim: “o de proteger os bens jurídicos”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997, pp. 13-14.

¹⁷⁷ GARÓFALO, R. Criminologia. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas, São Paulo: Péritas Editora, 1997, p. 173. Ao esboçar suas posições, o autor articula alguns referenciais teóricos, referindo Romagnosi, para quem infere um interessante raciocínio: “Se houvesse certeza moral de que a um primeiro crime não sucederia um outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo”. Kant, por outro lado, dizia: “Supondo a sociedade em eminência de desaparecer, o último homicida encarcerado deveria ser submetido à morte para que nenhum culpado deixasse de receber a pena do seu crime”. Uma solução oposta a esta, mas semelhante à de Romagnosi, é a de Ellero, para quem: “Se todo o receio de futuros crimes desaparecesse, o último delinqüente poderia ser constrangido a uma reparação privada, mas não punido, porque à pena faltaria então, o fim próprio. O delinqüente, no ato de sofrer a pena, não é senão, um instrumento destinado a oferecer em si um terrível exemplo”. Tais correlações citadas por Garófalo demonstram um aporte prévio das clássicas funções conectadas à idéia de pena.

¹⁷⁸ FERRAJOLLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, p. 482.

¹⁷⁹ Ibid., p. 482.

Diante desse perfilamento cronológico acerca das Escolas, é pertinente avaliar as teorias justificadoras da pena, que continuam apostando na efetividade de um Direito Penal essencialmente repressivo, a ponto de dar conta das mazelas sociais originadas pelos desmandos do Estado (do bem-estar) Social. Nesse sentido, o Direito Penal passa a ser instrumento lenitivo, aplicado no cotidiano do cidadão enquanto medida paliativa ao problema da criminalidade, que assola uma nação inteira, como é o caso do Brasil.

Não obstante, o surgimento da necessidade de ampliar a tutela a novos bens jurídicos, originados no processo de complexificação social, a modelação da política criminal tende a permanecer refém da uma utópica classificação justificadora da pena, como meio, a priori, de dotar-lhe de suficiente funcionalidade e justificação.

Assim, quando a imposição coativa da restrição da liberdade de um infrator criminal tornou-se a principal medida punitiva, sobretudo, a partir do século XIX, imaginava-se que poderia consistir em meio adequado para se conseguir a mutação benigna do delinqüente.¹⁸⁰ Assim, havia a convicção de que a prisão consistia em instrumento apto a realizar todas as funções da pena, acreditando-se que, dentro de certas condições, tal confinamento, poderia reabilitar o indivíduo, possibilitando-lhe o retorno ao convívio com os demais.

Tal sensação foi desaparecendo, mas hoje, sua concreta execução, na acepção de privação da liberdade é caracterizada como instrumento que mais degenera, do que regenera. O sistema carcerário – e o Brasil é uma transparente amostra disso – é um exímio (re)produtor de violências e violações das mais variadas intensidades e espécies. As precárias instalações das instituições prisionais, a cotidiana ociosidade dos detentos, a superlotação de pessoas em ambientes fétidos, úmidos, sujos e insalubres, são elementos factuais que o Estado tolera dia-após-dia, como se tais degradações e sucessivas violações dos direitos humanos fossem um complemento (acessório e necessário) da pena privativa de liberdade (mercidamente destinada aos desviantes), sem falar nos casos de presos cautelares e provisórios, jogados nesse mesmo local com outros definitivos.

¹⁸⁰ Tal idéia, assentada na intenção de transformar o delinqüente de mau em bom, como se o mesmo necessitasse de uma conversão corpórea, a fim de livrá-lo dos supostos espíritos malignos, motivadores da infringência na norma penal, remontam aos resquícios da era inquisitorial, onde a pena estava atrelada à expiação do pecado frente ao cometimento do delito/pecado.

Conforme Zaffaroni, a racionalidade da prisão preventiva é violada com argumentos que deixam de lado a natureza cautelar da mesma, levando-a a desempenhar a função de uma pena. Tais argumentos são os que defendem a restrição ao encarceramento em razão de alguns requisitos fundados no alarme social, na periculosidade, etc.; sendo que, nesses termos, não leva em conta a extensão temporal dos processos criminais na América Latina. Com isso, viola-se o princípio da presunção da inocência.¹⁸¹ Contudo, consoante Ferrajoli, a história da prisão não é a de sua progressiva extinção, mas a sua permanente atualização e reforma denominada-a, inclusive, de mal necessário.¹⁸²

Nesse imbricado patamar de justificativas legitimadoras da punição criminal pelo Estado, Krebs refere a existência primária de duas correntes demovidas de tal desiderato: “a primeira, de caráter negativo, denominava-se abolicionista, que não vislumbrava nenhuma justificativa para a punição; a segunda, com características positivas, denominava-se de justificacionistas, e, vê, no direito penal, uma resposta a entornos de ordem social ou moral irrenunciáveis”.¹⁸³ Segundo o referido autor, essa última doutrina é mais realista, com inúmeras variações, dentre as quais podemos identificá-las em teorias absoluta e relativa, sendo que esta última se divide, ainda, em teorias da prevenção geral (positiva e negativa) e teorias da prevenção especial (positiva e negativa).

Sendo assim, as teorias abolicionistas alvejavam a estrutura do direito penal com críticas à sua realidade punitiva. Seus defensores, segundo Krebs, não tinham chegado a um ponto comum acerca de quais elementos, deveriam ser abolidos: “se é a prisão, o próprio direito penal ou, até mesmo, na sua forma mais radical, qualquer forma de coerção ou constrição, penal ou social”.¹⁸⁴ Para essa teoria, o direito penal não consistia num instrumento apto a regular o organismo social, eis que, transformava-se em objeto de manutenção do poder das classes dominantes, devendo, por isso, ser substituído por outras formas de solução de conflitos, não pautadas pela punição. Tais formas consistiriam na contingência de uma moral superior comum a todos os membros da coletividade, o que, por si só, faria o papel de regulação intrínseca dos indivíduos. Todavia, o maior problema dessa teoria é a sua utopia em tornar possível tal pretensão, eis que seria de todo inútil confiar à moral do indivíduo a sua

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José – Costa Rica, 11 al 15 de Julio de 1983. Redactados por el coordinador profesor doctor Eugênio Zaffaroni. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 43.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 559.

¹⁸³ KREBS, Pedro. Op. Cit., p. 100.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 101.

autodisciplina em resolver os seus problemas no cotidiano com os demais membros da coletividade na qual interage.

Desse modo, as teorias justificadoras, por sua vez, concebem uma importância ao direito penal, e nele vêem uma solução efetiva aos inúmeros problemas sociais. Reduzem-se, segundo Krebs, em duas doutrinas: “as teorias absolutas (ou *punitur, quia peccatum est*) ou relativas (*punitur, ne peccetur*)”.¹⁸⁵ As teorias absolutas assentam-se no ideal retributivo da pena ao delito provocado, como mero ato mecânico de punição, já as teorias relativas confiam no ideal preventivo que a pena traz em sua gênese, pelo que veremos a seguir.

3.1 A FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA (TEORIA ABSOLUTA)

Segundo Mir. Puig, a concepção mais tradicional da pena tem sustentado a necessidade de consignar a função de retribuição exigida pela Justiça, frente à comissão de um delito. Por isso, responde a arraigada convicção de que o mal não deve ficar sem castigo e o culpável deve encontrar no castigo o seu merecimento.¹⁸⁶

Para Roxin, a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na persecução de um fim socialmente útil, senão que, na imposição de um mal ao infrator da norma penal, que merecidamente se impunha a pena como retribuição pelo mal praticado, ao violar uma norma penal. Trata-se de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.¹⁸⁷

Tal concepção da pena, em seu viés retributivo, se funda em razões religiosas, éticas e jurídicas. Assim, a razão da pena se dá em si mesma, tendo caráter meramente retributivo:

¹⁸⁵ Ibid., p. 103.

¹⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 87.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, p. 82. Por detrás dessa teoria da retribuição do mal pela imposição de outro mal (pena), se encontra o antigo princípio de Talião: olho por olho, dente por dente.

ao mal provocado pelo delito se impõe o mal da pena, alheia aos parâmetros de sua utilidade. Desse modo, para Giuseppe Bettiol:

Só a idéia retributiva, tida como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que são instantes no campo da punição. Ela satisfaz a suprema exigência de que ao mal praticado corresponda a aplicação de um castigo proporcional à sua gravidade (...). A pena retributiva é, por isto, a que mais e melhor que qualquer outra concepção penal serve à manutenção da ordem social e, deste modo, à conservação da sociedade. Despertando, através da idéia da justiça, sentimentos morais no âmbito do delinqüente, coopera na sua redenção.¹⁸⁸

Sobre tais aspectos, Jakobs, ao analisar a teoria retributiva da pena estipula dois conteúdos distintos: *Punitur, quia peccatum est* (teoria absoluta) e *Punitur, ne peccetur* (teoria relativa). Assim, na atualidade, pode-se considerar demonstrado que só se castiga para manter o equilíbrio social, de modo que todas as teorias se inserem no interesse pela estabilização da norma. Nesses termos, Jakobs emana raciocínio dirigido à justificativa da absolutização dessa teoria: em uma teoria da pena se denominam absolutos aqueles elementos cujo conteúdo surge – sem consideração da contribuição da norma para a ordem social – lastreada, exclusivamente, na circunstância de que se tem causado lesão à norma, isso pode ser, também, sua medida ou limite máximo.¹⁸⁹

Desse modo, Jakobs refere que o modelo de prevenção geral positiva concebe a pena como garantia da segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade. Tal modelo, portanto, não facilita a identificação de uma justificativa das razões do porquê há de se proceder assim, senão que, parte da pressuposição de que a ordem social vale o custo que se impõe ao infrator da norma.¹⁹⁰

¹⁸⁸ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Vol. III. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 173.

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p. 20. Assim, para as teorias absolutas, idealizadas por Kant, Hegel, Carrara, dentre outros, a pena era vista num sentido de retribuição. Desse modo, não se vê mais a pena, como um meio para se atingir determinados fins, pois a sua justificação está em si mesma, em seu âmago, internalizada no Direito, atuando de forma a reparar o dano que o delito causou à sociedade. Ver também: ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Ilusão de Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 57

¹⁹⁰ Ibid., p. 57.

É, portanto, nesse ponto, que reside o primeiro problema dessa teoria, ou seja, o fim da pena limita-se à sua própria existência, consistente na mera (e descomprometida) imposição de um mal (a pena), como resposta (estatal) ao agravo provocado pelo delito (praticado pelo delinqüente). Sob tal perspectiva, uma pertinente crítica à essa teoria absoluta da pena é feita por Roxin, para ele:

(...) se o seu significado assenta-se na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena toda a culpa. Cada um de nós considera-se culpado perante o próximo de muitas maneiras, mas não somos por isso puníveis. E, igualmente, a culpa jurídica acarreta conseqüências de tipos diversos, como, por exemplo, um dever de indenização por danos, mas apenas em raras ocasiões a pena. A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto quando se tem de punir, mas apenas refere: ‘se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime.’¹⁹¹

O segundo problema, nos servindo da crítica construída por Roxin, parte da idéia de que “(...) a liberdade humana pressupõe a liberdade de vontade (livre-arbítrio) e a sua existência, como os próprios partidários da idéia da retribuição concordam, é indemonstrável”, isto é, a norma penal não proíbe determinada conduta,¹⁹² apenas estipula a conseqüência, através da sanção, caso alguém opte por lesionar um bem jurídico – alvo de tutela pelo Estado. Por essa razão, o cidadão tem o livre-arbítrio para escolher entre a possibilidade de lesão ou não, a um bem jurídico qualquer, sabedor das conseqüências que advirão em cada uma das opções. Por tal motivo, a referida teoria não é capaz de demonstrar essa liberdade de escolha do agente, limitando-se ao ideal de retribuição como pedra de toque da justificação da imposição de uma pena.¹⁹³

Sob tais críticas à teoria absoluta-retribucionista da pena, Jakobs refere duas pertinentes objeções: de um lado, o que se deve garantir não é o estado real da sociedade, senão a justiça; de outro, a garantia não deve verificar-se de modo que se utilize o autor como

¹⁹¹ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja, 1986, pp. 19-20.

¹⁹² Por exemplo, o artigo 121, *caput*, do Código Penal vigente no Brasil refere que: matar alguém, pena: Não estamos diante de uma proibição imperativa acerca do homicídio, mas de uma estipulação de conseqüências que se materializam em determinados casos onde o infrator decide-se por incorrer na figura do referido tipo penal. Aliás, não poderia ser diferente, eis que o sistema normativo seria de todo incongruente se legisse no sentido proibitivo da conduta, tendo em vista que existe a permissão estatal para a prática de homicídio, nas circunstâncias em que o agente encontra-se amparado por uma das excludentes de ilicitude, como a legítima defesa. Sendo assim, não poderia o sistema, num primeiro momento, permitir o homicídio, ainda que, para situações específicas, para depois proibi-lo taxativamente, sob pena de drástica antinomia.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 20.

meio para fomentar o bem dos demais. Tais objeções conduzem Jakobs a questionar outros pontos relevantes: não há dúvida de que o Direito Penal deva servir para a manutenção da ordem social; e, já não se trata de uma legitimação absoluta da pena, senão que, sensivelmente, de uma delimitação absoluta de uma pena definida relativamente ou do respaldo de uma legitimação absoluta que se percebe como insuficiente.¹⁹⁴

Por fim, o terceiro argumento, que Roxin aduz como crítica a essa teoria, pode ser expresso nos seguintes moldes:

(...) mesmo quando se considere que o alcance das penas estatais e a culpa humana se encontram suficientemente fundamentadas com a teoria da expiação, colocar-se-ia sempre uma terceira objeção, a saber: a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal: sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança, e que a retribuição tome a seu cargo ‘a culpa de sangue do povo’, expie o delinqüente, etc., tudo isto é concebível apenas por um ato de fé, que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal.¹⁹⁵

Desse modo, Roxin conclui que tal concepção, assentada no mero ideal retributivo, não satisfaz, eis que “(...) deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante”.¹⁹⁶

Nesse sentido, Jescheck assevera que, uma política criminal razoável depende essencialmente do sentido e da finalidade que se dá às sanções, pelo que, resulta apropriado criar um sistema de conseqüências jurídicas que possa ser graduado de acordo com a gravidade

¹⁹⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 20-21.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 20.

¹⁹⁶ Ibid., p. 20. Ainda, segundo o autor: “Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da idéia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio de Talião), pelo conceito dúbio de ‘expiação’, na medida em que, se com ele se alude apenas a uma ‘compensação da culpa’ legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma ‘expiação’ deste tipo. Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinqüente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar, mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força”. Ibid., pp. 20-21.

da culpabilidade;¹⁹⁷ e que, ao mesmo tempo, possa contribuir para se evitar novos delitos. Se, ao contrário, unilateralmente se situa em primeiro plano um dos dois aspectos, ele (o aspecto privilegiado) conduzirá, em última instância, a uma Política Criminal desumana ou injusta: caso se compreenda exclusivamente a pena como retribuição da culpabilidade se infere ao autor, um considerável dano ao situá-lo como meta, sem que derive disso, nem para ele, nem para a sociedade, vantagem alguma, de nenhum tipo; caso a pena seja somente orientada à sua finalidade social (por exemplo, a intimidação ou a cura do autor), se chega por distintos casos a sanções que não guardam proporção com o injusto culpavelmente realizado pelo autor.¹⁹⁸

Inobstante tal posicionamento, é bom lembrar que o entendimento de que a pena converge para a retribuição, sem limites, atende aos anseios dos regimes totalitários, uma vez que confere ao legislador a possibilidade de criminalizar as condutas que satisfaçam os interesses desses regimes, dos quais são, em muitas vezes, cúmplices da manutenção das estruturas repressivas.

Por isso, a pena possui o condão de instaurar a repressão e o desrespeito ao ser humano, eis que, estando dissociada dos valores éticos, o direito de punir seria ilimitado, e o Estado excederia na sua intervenção, em prol de outros interesses, que não os ditados pelos direitos fundamentais de índole constitucional.

¹⁹⁷ Sobre culpabilidade HASSEMER infere o seguinte posicionamento: “O princípio jurídico-penal da culpabilidade, diferentemente, tem tratado sua função mais nobre não na ‘fundamentação da pena’ (esta se pode produzir apenas ético-socialmente e não somente pela responsabilidade de um indivíduo), senão na ‘limitação da pena’, no preceito, o desigual de acordo com a medida de sua desigualdade e, ademais, sem exceder – também não no melhor propósito preventivo – o limite da vítima, que é determinado segundo a relação do responsável pela provocação do dano e a intensidade dos efeitos jurídico-penais. De fato, os critérios de proporcionalidade não se situam apenas no princípio da culpabilidade; eles estão situados também na medida do injusto: na gravidade do dano ou nas peculiaridades do ato perpetrado”. Sendo assim, para Hassemer, “Tem-se discutido muito atualmente se o princípio da culpabilidade pode justificar, além disso, também um juízo individual de culpabilidade em face do autor e se é possível compreender e manter os fins preventivos do Direito Penal. Diante da possibilidade de um juízo de culpabilidade, nosso Direito Penal, em todo caso, está sujeito a ‘dois caminhos’, portanto, pelo lado das penas, para as quais o juízo da culpabilidade é pressuposto e das medidas de tratamento e segurança, que se apóiam na periculosidade do autor. Porém é preciso refletir que o processo penal com seu instrumento seguro apenas pode mostrar indicadores da falta de liberdade, mas não pode mostrar as dimensões da liberdade de decisão e ação. Quanto à uma compreensão preventiva do princípio da culpabilidade deve-se prestar atenção nas garantias, as quais o princípio da culpabilidade, tem alcançado por meio da determinação da proporcionalidade e do limite da vítima, precisamente para com as conseqüências (preventivas) de interesse político-criminal”. HASSEMER, Winfried. Culpabilidade. Artigo traduzido por Pablo Rodrigo Alflen da Silva e publicado na Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 33, n.º 89, 2000, p. 211.

¹⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 798-799.

3.2 FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA (TEORIA RELATIVA)

A função preventiva da pena possui conteúdo que lhe proporciona um caráter de funcionalidade para o organismo coletivo, eis que não está centrada na mera retribuição de um mal pela imposição da pena.¹⁹⁹ Diferentemente das teorias da retribuição, está a concepção da pena sob o viés da teoria da prevenção (ou relativa). Para esta, a pena está assentada no ideal de prevenção da prática de delitos, como meio de resguardar a incolumidade da sociedade frente aos possíveis ataques a bens jurídicos tutelados pela norma estatal. Tal concepção vislumbra a pena pelo temor que ela proporciona, consistindo em um instrumento inibitório ao potencial infrator da norma, o que explica seu caráter preventivo.²⁰⁰

Para Roxin, o fim da pena atinge seu ideal de prevenção quando é dirigida ao autor individual (especial). Assim, a teoria da prevenção especial, diversamente da concepção da pena retributiva, é uma teoria relativa, eis que se refere ao fim de prevenção de delitos.²⁰¹

Assim, as teorias relativas se subdividem em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral. Assim, a segunda concentra seus ideais voltados à sociedade, mediante a intimidação de alcance universal pela cominação da pena; a primeira (prevenção especial), por sua vez, está dirigida ao delinqüente que já incorreu em contato com a máquina penal, servindo de desestímulo ao cometimento de novos delitos, de modo a dissuadir a reincidência.

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 20.

²⁰⁰ Para as teorias relativas, o fim da pena está na prevenção, como meio para a realização de “fins socialmente úteis”, objetivando resguardar a sociedade dos indivíduos criminosos. Ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Ilusão de Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 57.

²⁰¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, p. 85. Segundo Roxin, essa tese evoluiu no tempo da ilustração como teoria independente da prevenção especial. Idem, Ibidem. Um dos precursores dessa teoria foi Feuerbach, que propugnou a teoria da coação psicológica que a pena exerce sobre os cidadãos. O norte teórico dessa linha residia no argumento de que se imaginava que a alma do delinqüente havia caído na tentação, como um campo de batalha entre os motivos que o conduzem até o delito e os que se resistem a ele; desse modo, teria que provocar na psique do indeciso algumas sensações de desagrado, que proporcionassem a prevalência dos esforços para impedir a prática do delito, exercendo, desse modo, uma coação psicológica para abster-se da comissão do fato.

3.2.1 Teoria da prevenção geral

Essa teoria da pena não vê o fim da pena na retribuição, nem na sua influência sobre o autor, senão que, na influência sobre a comunidade que, mediante as ameaças da previsão da pena e a sua execução sobre o condenado-infrator da norma penal, serve, portanto, de exemplo referencial aos demais. Temos assim, uma teoria de caráter preventivo, acerca do cometimento de delitos, irradiando seus fins, por conseguinte, na concepção de uma pena que incide, não sobre o condenado especialmente, mas, de modo geral sobre a comunidade. Por isso, conforme Roxin, fala-se em uma teoria da prevenção geral.²⁰²

Segundo Bustos Ramírez, não restam dúvidas de que o ponto de vista do Estado e o efeito lógico perseguido pela utilidade da pena, como explicação da faculdade do ente estatal em castigar, reside no grau de eficácia da pena. Nesse sentido, a definição de delito e a pena levam a classificação de preventivo-geral, surgindo, como efeito advindo da sanção. Todavia, segundo o autor, importa esclarecer que isso é apenas um efeito característico da pena, porém não guarda relação com sua essência ou finalidade da sanção, pois seria incompatível com um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse patamar paradigmático da atualidade, a pena o Estado são constatáveis dentro de uma simbiose auto-reprodutiva, e a sua finalidade (como pena) ao impor-se deve ser a busca de alternativas de dignificação do sujeito, de aumentar sua capacidade de liberdade, (re)constituindo-o em ator social.²⁰³

Sendo assim, o efeito preventivo-geral, que eventualmente pode produzir a pena, deverá subordinar-se sempre a um Estado Social e Democrático de Direito e o que este deve perseguir. Em todo caso, importa revelar um aspecto básico do caráter político-criminal regulador da faculdade sancionatória do Estado: o da necessidade da pena. Se o Estado deve estar a serviço do homem, para sua felicidade, não tem sentido impor uma pena desnecessária. Para a indicação do que seja necessário, poderá servir-se do critério de prevenção geral, como eventual efeito da sanção. Isso significa que se o fato ou a atitude do sujeito não possui um

²⁰² ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 89.

²⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. Lecciones de Derecho Penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Vol. I, Madrid: Trota, 1997, p. 196.

efeito socialmente avesso ao (socialmente) desejado, a pena será desnecessária, já que não tem sentido um efeito preventivo-geral.²⁰⁴

Segundo Jakobs, a prevenção geral está assentada na idéia de que a pena tem por missão fazer com que os autores em potencial (de delitos) desistam de cometê-los. Para ele, essa variação da prevenção geral não se trata do significado expressivo da pena como conseqüência desalentadora do comportamento infrator, consistindo na prevenção geral negativa. Consoante Jakobs, das formulações mais conhecidas da teoria da prevenção geral negativa, cita-se Fueurbach e a sua teoria da coação psicológica. Assim, não se trata de uma teoria da pena, senão que, de uma cominação penal mediante leis penais. O cidadão que se vê impulsionado pelos seus instintos a cometer uma infração, onde não há a possibilidade de contenção física do mesmo, está a mercê da incidência psicológica da pena, eis que, a resposta a um estímulo sensorial (de infração à norma penal) deverá se dar no mesmo patamar de abstração, por meio de outro estímulo sensorial (a imposição da pena). Desse modo, todo cidadão sabe que, após o fato típico, sucederá contra ele um mal maior que aquele praticado com o intento de satisfazer uma necessidade. Essa consciência da incidência da pena se transmite ao cidadão ameaçado pela lei e pela pena, em abstrato, sendo a conduta – que se quer censurar – descrita com exatidão e antecedência no tipo penal. Assim, sob tais marcos teóricos, a pena é conseqüência juridicamente necessária do delito.²⁰⁵

Porém, as insuficiências desse modelo, segundo Jakobs, residem na necessidade de aumento da intensidade de persecução até uma medida na qual uma intimidação atue sobre todas as pessoas. Para ele, a teoria da prevenção geral negativa parte de uma base equivocada: amiúde, o benefício potencial do delinqüente e a compensação desta vantagem mediante um mal não atende ao dano que o fato produz na ordem social. Se para alguns autores deve ser atrativo o fato, o mal deve ser mais importante que o benefício do fato, porém é independente do dano social que o fato produz. Nessa desproporção, segundo Jakobs, derivada entre o dano social e o *quantum* de pena, fracassa qualquer aplicação, mesmo quando só se aproxima do modelo de Feuerbach.²⁰⁶

²⁰⁴ Ibid., p. 196.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 26.

²⁰⁶ Ibid., p. 28. Nesse sentido, Silva Sánchez aduz acerca da influência de vantagens pelo delinqüente na comissão de crimes, a partir da análise econômica do Direito Penal. Segundo ele: “A economia – diz-se – é a ciência da eleição racional de um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades e desejos humanos. A conduta humana segue o critério da eleição racional, que é a busca dos próprios interesses na maior

Sendo assim, para a teoria da prevenção geral negativa (Bentham, Feuerbach, Beccaria) os destinatários são concebidos como infratores potenciais, sendo que, a “(...) função da pena é a intimidação ou dissuasão neles provocada pela mensagem contida na lei penal, em especial pela cominação da pena em abstrato, que estaria então dirigida a criar uma contramotivação ao comportamento contrário à lei”.²⁰⁷

Mir Puig, por outro lado, assinala que, atualmente, a intimidação não é a única via de prevenção geral. Uma corrente doutrinária sustenta que esta prevenção não deve amparar-se através da pura intimidação negativa (ou seja, inibidora da tendência a delinquir), senão que, também, mediante a afirmação positiva do Direito Penal, como afirmação das convicções jurídicas fundamentais, da convivência social da norma, ou de uma atitude de respeito pelo Direito. Assim, enquanto a prevenção intimidatória se chama também de prevenção geral negativa, o aspecto de afirmação do Direito Penal se denomina de prevenção geral positiva, e, também, de integradora ou de estabilizadora.²⁰⁸

Essa vertente de afirmação positiva da prevenção geral poderia resultar questionável se concebesse, em termos tais, que permitisse ampliar a ingerência do Direito Penal na esfera da atitude interna do cidadão. Todavia, também poderá ser entendida como uma forma de limitar a tendência de uma prevenção geral puramente intimidatória, em vez de ensejar num terror penal, pela via da progressiva agravação da ameaça penal. Esse é o caminho correto para Mir Puig, de modo que se possa exigir da prevenção geral, sua concretização finalística,

medida possível. Para empreender essa busca, os sujeitos são motivados por estímulos. Partindo dessa premissa, a análise econômica do Direito Penal sustenta que os que cometem delitos são sujeitos racionais, os quais, em sua atuação delitativa, também obedecem a considerações de eficiência, isso é, calculam os custos e as vantagens que cada ação lhes proporciona. Isso determina que, com as informações de que o sujeito dispõe, se uma das alternativas de comportamento mostra-se menos vantajosa por força das circunstâncias, a probabilidade de que ele opte por ela diminui. Ou seja, um sujeito cometerá um fato delitivo se, e somente se, a sanção esperada por inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato. Tal descrição corresponde à teoria (criminológica, em nosso caso) do comportamento racional, ou do *rational choice*: em outros termos, da imagem do indivíduo como *homme machine* ou *homo oeconomicus*, oposto a um *homo sociologicus*. O pensamento econômico da criminologia, na verdade, não busca responder por que os homens decidem cometer um delito, se em razão própria personalidade ou do ambiente; apenas trata de explicar a criminalidade como um comportamento cuja base está na decisão racional que busca obter mais vantagens: tanto os homens em geral, como os delinquentes em particular, respondem a estímulos nesse sentido. Este modelo de interpretação permite afirmar – ainda que outras concepções defendem o contrário – que entre o sujeito delinquentes e o não-delinquentes não há diferenças estruturais (não há um sujeito ‘normal’ e um sujeito ‘desviado’), mas ambos, sim, operam seguindo idênticos princípios. São, em definitivo, ao fatores situacionais – ou de confluência de motivações favoráveis e contrárias – que dão lugar ou não à realização do fato delitivo”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e Direito Penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, pp. 10-13.

²⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Op. Cit., p. 57.

²⁰⁸ MIR. PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 92.

não apenas pelo medo da incidência da pena, senão que, também, por uma razoável afirmação do Direito em um Estado Social e Democrático (de Direito), mediante a tarefa de limitar a prevenção geral por uma série de princípios que devam restringir o Direito Penal nesse modelo de Estado. Entre tais princípios evidenciam-se a exigência de proporcionalidade²⁰⁹ entre delito e pena. Tal admissão significa a obstrução das objeções dirigidas a uma prevenção geral ilimitada.²¹⁰

Mesmo assim, algumas das objeções à teoria da prevenção geral são levantadas por Roxin, nos seguintes moldes:

(...) permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. (...) A ela se acrescenta uma ulterior objeção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível. Outro argumento reside no fato de que, em muitos grupos de crimes e delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Por fim, uma última objeção: Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha uma mal a alguém para que outros omitam cometer um mal.²¹¹

Assim, para o referido autor, essa teoria não sustenta suas finalidades de fundamentação do poder punitivo do Estado em seus pressupostos, deixando, ainda, de limitá-lo em suas conseqüências (persecutórias, judiciais e extrajudiciais) destoando, portanto, dos fundamentos do ordenamento jurídico, sob o viés do paradigma democrático-constitucional.

212

²⁰⁹ O princípio da proporcionalidade pressupõe que a pena há de estar em uma determinada relação com o bem jurídico afetado. Todavia, nem toda lesão ao bem jurídico acarreta uma pena privativa de liberdade. Sendo assim, a proporcionalidade supõe uma hierarquização dos bens jurídicos e uma determinação qualitativa e quantitativa da pena consoante a identidade do respectivo bem jurídico e a intensidade da lesão. Vide: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Vol. I. Madrid: Trota, 1997, p. 166.

²¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 93.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986, pp. 22-25.

²¹² *Ibid.*, pp. 24-25.

Além disso, podemos ir além, e complementar a inferência de Roxin, no sentido de que as finalidades dessa teoria não encontram guarida com os direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, vetores que fundam uma nova ordem de conformação sistêmico-legislativa de verticalização empírica, caracterizada pela indiscutível constitucionalização do Direito Penal e do Processo Penal, e tal fenômeno, se amplia para zonas de investigação policial e de execução de condenações criminais.

Nessa seara, para Jakobs, a pena tem uma função que deve surtir efeitos no nível onde se dá a interação social, e que não se esgota em significar algo: a pena deve proteger as condições de tal interação, e tem, portanto, uma função preventiva.²¹³

Sendo assim, Jakobs tem suscitado posicionamentos áridos acerca do direito de punir o indivíduo frente ao monopólio da jurisdição estatal. É imputada ao autor alemão, uma insignificante relevância à pertinente e necessária observação acerca da “relação interna entre o autor (potencial) do fato e a norma, questão central para o finalismo²¹⁴ (e em especial para

²¹³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p. 18. Conforme Peñaranda Ramos, Cancio Meliá, [et al], Jakobs entende que o Direito Penal extrai: “sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social”. Assim, para os autores: “Em sua obra ‘culpabilidade e prevenção’, tal aspecto aparecia fortemente destacado, até o ponto de que Jakobs parece aqui praticamente identificá-lo com o inteiro conteúdo da prevenção geral que ele mesmo mantém. Em tal sentido, depois de assinalar que, ao se agravar a pena com o comportamento defeituoso com conseqüências desfavoráveis, incrementam-se as possibilidades de que dito comportamento seja aprendido pela generalidade, como alternativa inaceitável de conduta, afirma de forma literal: ‘Isto é prevenção geral em sentido não intimidatório, mas como exercício na fidelidade do Direito’. Certamente, em outros lugares dessa mesma obra, a prevenção geral (positiva) se apresenta em outros termos: concretamente no sentido de preservação ou manutenção da confiança na corrente de uma norma. Mas ambas as manifestações do pensamento da prevenção geral positiva se encontram aqui sobrepostas, sem que se estabeleça, com clareza, em que relação se encontram entre si e com o conceito de prevenção geral utilizado”. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs / Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez Gonzáles, Manuel Cancio Meliá; tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 02 e ss.

²¹⁴ Sobre finalismo, conforme Roxin, podemos entender como sendo um modelo distinto do sistema do Direito Penal, que marca a discussão da dogmática penal nas duas primeiras décadas do pós-guerra. Seu ponto de partida é um conceito de ação distinto das anteriores concepções sistemáticas. Para a teoria finalista da ação, a essência da ação, que determina toda a estrutura sistemática assenta-se na sua antecipação mental e a correspondente seleção de meios, onde o homem controla o curso causal dirigindo-o até um determinado objetivo, isto é, determina-o de modo final. Por conseguinte, só haverá uma ação de matar se o autor atua com conhecimento e vontade, ou seja, se mata dolosamente. Daí deriva como conseqüência sistemática, que o dolo, que no sistema clássico e inclusive no sistema no neoclássico se havia entendido como forma da culpabilidade e, também, era considerado como componente necessário da conseqüência do injusto, agora, sob esse viés finalístico, aparece numa forma restrita à direção causal e se considera, desde já, como componente do tipo. ROXIN, Claus.

sua orientação mais radicalmente imperativista), e sua preocupação, paralelamente crescente, pelo significado social da vigência das normas e de sua violação”. A questão fulcral para Jakobs reside no sentido de que a pena não tem a finalidade de coagir os potenciais agentes de futuras infrações a retrocederem; mas, de modo contrário, Jakobs sustenta que a pena tem como “destinatários todos os membros da sociedade”, na posição de possíveis vítimas dessas infrações, “a fim de assegurá-los na vigência da norma infringida”.²¹⁵

Em consonância com esse apanhado, podemos identificar uma advertência de Jakobs, quando infere acerca de sua concepção da função da pena, que sua atenção converge, em primeiro, para a identificação de traços comuns que permitam abordar a questão da pena de modo unitário, de sua conceituação em diversos e diferentes ordenamentos, ainda que, e ciente disso, existam enormes diferenças da configuração concreta das espécies de ordenamentos jurídicos, e, também, em razão do tipo de sociedade a que eles são dirigidos; em segundo, seu propósito declarado consiste em desenvolver essa análise para o Direito vigente em seu país, a Alemanha. Por isso, Müssig, seguidor de Jakobs, refere que: “é preciso um modelo formal ou positivista na medida em que é evidente, isto é, não transforma num tema a ser tratado a configuração concreta de sociedade”.²¹⁶

Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, p. 199.

²¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 04. A respeito, Jakobs referencia a teoria sistêmica de Luhmann, devido à exposição mais clara da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que têm conseqüências para o sistema jurídico, se bem que, com uma enorme distância com respeito ao Direito Penal, “(...) se encuentra la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann”. JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de un Derecho Penal funcional. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Civitas, 2000, p. 16. Sob tais aspectos, Peñaranda, Meliá e González referem, acerca de Jakobs, que: “A violação da norma consiste, pois, nessa contradição, que com ela estabelece, e na desautorização que a mesma implica. A pena, como resposta à violação da norma, situa-se no mesmo contexto de significado que esta, e simboliza, por sua vez, a contradição dessa violação, ou, dito em termos positivos, que a norma infringida continua sendo, apesar de sua violação, a regra de comportamento em que se pode continuar confiando”. Assim, ao referir Luhmann, Jakobs tenta inferir que: “a violação de uma norma não tem significado para o Direito Penal por suas conseqüências externas, pois não pode remediar tais conseqüências quando já se produziram, nem é necessário, tampouco, que esta se produza para que uma violação normativa tenha lugar, como viria a confirmá-lo o fato de que muitas violações (por exemplo, os correspondentes às condutas de tentativa) se completam antes que se produza qualquer dano externo”. Desse modo, a alusiva identificação da teoria da prevenção geral positiva de Jakobs com a teoria dos sistemas de Luhmann resulta incongruente, eis que a Sociologia do Direito de Luhmann é só um dos materiais do edifício erguido por Jakobs. Mesmo assim, a influência existe e é aceita por este autor. Entretanto, ele mesmo reconhece que a pretendida conexão é mais limitada do que se imagina. Vide: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., pp. 5-8.

²¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio *apud* MÜSSIG, B.J.A.; Op. Cit., pp. 14-19. Assim, segundo os autores: “O fim primário da pena’, seria mais apropriadamente, ‘o restabelecimento da ordem externa da sociedade’. Certamente, ‘o delito ofendeu materialmente a um indivíduo, a uma família, ou a um número qualquer de pessoas’, mas este mal não poderia ser reparado com a pena. Ao invés, ‘o delito ofendeu a sociedade violando suas leis: ofendeu a todos os cidadãos, diminuindo neles a opinião de sua própria segurança, e criando o perigo do mau exemplo’. Pois bem, assim como Jakobs considera que a violação

Para rebater as críticas dirigidas à sua concepção, consistentes na alegada formalidade da exposição e a conseqüente necessidade de preenchê-la com decisões, Jakobs sustenta que tal complementação realmente é necessária, fazendo-se indispensável sua aplicação a uma sociedade concreta, mas que nessa mesma necessidade reside qualquer concepção que se mova num mesmo nível de abstração.²¹⁷

Para o funcionalismo as questões concernentes à legitimação não podem ser resolvidas no plano interno do Direito Penal. Assim, para os autores: “o Direito penal não vale mais que a ordem social que contribui para manter, e, portanto, só podem extrair sua legitimidade, em última instância, da existência de normas legítimas”.²¹⁸

Assim, a concepção da pena exclusivamente retribucionista, além de atender aos interesses de regimes autoritários, quando estiver desprovida de limites no exercício da punição, conforme a abordagem supramencionada, também oferece dificuldade em justificar a indagação dos motivos para punir, já estando o mal feito. Diante disso, esse postulado teórico não prospera, ensejando a preocupação de se estabelecer limites à retribuição, a fim de conferir ao ideal ressocializador efetividade, deslocando, assim, o foco de análise das circunstâncias motivadoras da punição.

Sob tal perspectiva, vale a pena referir as colocações de Luigi Ferrajoli, em sua obra *Derecho y Razón*, acerca dos objetivos perquiridos pela nova ordem do ideal retributivo. O

das normas garantidas pelo Direito Penal geram, na medida em que essas normas sejam legítimas (...), ‘um conflito público’, que é precisamente o que legitima, por sua vez, sua intervenção, e não a simples lesão de expectativas ou interesses individuais, para Carrara tampouco é aquele dano material, senão um dano de outra natureza, um dano mediato, ou reflexo sobre a ordem externa da sociedade, produzida pelo Direito, o que explica o ‘caráter político’ de todos os delitos – consistente em ‘que, por uma ofensa imediatamente causada à segurança de um só, todos os demais sofram pela diminuição da confiança na própria segurança’ -, e legitima a intervenção do Direito Penal”. Desse modo, Jakobs chega ao seguinte raciocínio: “‘A pena’, portanto, deve reparar este dano com o restabelecimento da ordem violada pela desordem do delito’, e isso traria como conseqüência ‘as três resultantes de correção do culpável, reforço dos bons (reforço na sua confiança de quem confia na vigência das normas, na terminologia de Jakobs) e advertência aos mal-intencionados’; alguns efeitos que não haveria que confundir ‘nem com o conceito de correção, nem com o conceito de intimidação’, pois ‘uma coisa é induzir a um delinqüente a não voltar a delinqüir, e outra é pretender fazê-lo interiormente bom. E uma coisa é lembrar aos mal-intencionados que a lei executa suas ameaças, e outra é difundir o temor nos ânimos’”. Ibid, pp. 15-18.

²¹⁷ Ibid, p. 20. Assim: “(...) se se afirma, por exemplo, que o Direito Penal protege os bens jurídicos, se incorre em idêntico ‘formalismo’, até que não se determine o que é um bem jurídico nessa concreta sociedade”, pp. 20-21. Importa, ainda, ressaltar que o ponto de vista escolhido, no sentido de compreender o fenômeno da “normatividade em si”, não é garantia de que se trata de normas legítimas. Mas então, admitir que, em sua concepção, “a funcionalidade de um determinado sistema (por exemplo, a pena orientada à prevenção geral positiva), para a manutenção do correspondente sistema social, fundamente já sua legitimidade, há uma grande distância, contra cujo desconhecimento também previne expressamente Jakobs”. Ibid., p. 14.

²¹⁸ Ibid., pp. 20-21.

autor italiano reafirma a idéia de que a pena realmente cumpre a função de castigar o criminoso, ao passo que, diverge de Kant e Hegel, no que diz respeito à retribuição pela mera retribuição, agregando a essa teoria um novo elemento capaz de corporificar o sentido retributivo. O elemento a que se refere o autor é caracterizado pela conformação da pena às finalidades de proteção do acusado frente aos não-desviantes (prevenção especial), e de prevenção geral contra a criminalidade (prevenção integradora).²¹⁹

Assim, para Ferrajoli, a evolução do direito penal, a partir do pensamento liberal de Beccaria, Hobbes, Locke, Montesquieu e Voltaire, parte da adoção de princípios utilitaristas, mas que, no entanto, sua finalidade não pode ser limitada pela singela idéia de proteção da sociedade dos delitos ou suas ameaças, como foi proposto pelos Clássicos, Positivistas e defensivistas sociais.²²⁰ Sendo assim, é imperioso que o Estado, aplique a pena aos delitos comprovadamente cometidos e apurados no curso de um processo penal, de modo a evitar que a sociedade, levada pela consternação emocional que um crime provoca, reaja contra o acusado, ou sua família, de forma desmedida ou desproporcional, reforçando assim, mesmo que indiretamente, a crença nas instituições de controle social, mediante o processo civilizatório e democrático de correição aos atos defraudados em prejuízo dos demais membros da coletividade.

Nesse contexto, o utilitarismo expressa a idéia de pena útil, e, segundo Ferrajoli, possui duas fundamentações. Na primeira, o utilitarismo se funda em um direito penal máximo, onde a lei e a ordem constituiriam prevalente fonte criminalizadora, intensificada por um poder punitivo mais severo, rotulado de “tolerância zero”, à custa de sucessivas e descaradas violações dos direitos fundamentais.²²¹ Tais violações constituem-se nos velhos resquícios totalitários e repressivos, incompatíveis com a atual concepção de Estado Democrático de Direito, que passou a vigorar desde 1988 no Brasil.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez *et al* 5.ed. Madrid: Trota, 2001, pp. 93-94.

²²⁰ *Ibid.*, p. 94.

²²¹ *Ibid.*, p. 94. Podemos utilizar como exemplo a Lei nº 9.034, de 3.5.95, que dispõe “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, onde o seu respectivo art. 9º explicita: “O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei”. Tal regramento, produto da moderna política criminal que se tem alimentado de forma progressiva evidencia o intenso grau de intolerância e violação das garantias constitucionais.

Assim, podemos suscitar os seguintes inconvenientes a respeito da primeira fundamentação de cunho utilitarista: a primeira versão do utilitarismo – onde os fins da pena estariam voltados à segurança social – acaba por não limitar o poder punitivo do Estado, uma vez que não existiria, dessa forma, preocupação com os direitos fundamentais dirigidos ao indivíduo. Nessa concepção, portanto, a preocupação com a incolumidade social estaria sobreposta à preservação dos interesses individuais – alvos da persecução penal estatal.

Sob tais premissas, podemos inferir que essa versão maximizada da desmedida intervenção penal se coaduna muito bem com os moldes da moderna política criminal da sociedade pós-industrial, eis que, pelo que já vimos no capítulo anterior, e pelo que veremos no subsequente, há uma forte repercussão refletida na ampliação das barreiras punitivas do Estado.

Diante disso, para Ferrajoli, que traça distinto enfoque ao ideal retributivo, ainda que a pena possua essa inegável finalidade de retribuição, não se limita ao castigo por si só, nem ao mal em resposta ao crime cometido, mas, sobretudo, visa defender e salvaguardar o acusado da reação violenta da vítima e/ou demais membros da sociedade, pois a falha do Estado no cumprimento da devida prestação jurisdicional, selada nas cláusulas do contrato social, ocasionaria a volta à barbárie, e ao estado natural, onde a reação dirigida contra o acusado seria desproporcional.²²² Tal concepção tem, portanto, um viés garantista, visualizado sobre o prisma (unilateral) do indivíduo acusado da prática de um crime.

²²² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 335. A respeito disso, Salo de Carvalho busca ressonância legitimatória para a idéia da revolta coletiva diante da inobservância dos direitos fundamentais do acusado por parte do Estado na persecução, processamento e execução penal, ancorando-se na importância de um contratualismo revolucionário de Feuerbach e Marat, dando ênfase à função da pena e aos limites contratuais de intervenção que o Estado está legitimado a exercer por meio do monopólio da jurisdição penal, para ele: “Tanto em Feuerbach, como em Marat, os indivíduos preservam a esfera de personalidade que, além, de impedir a ingerência do Estado (v.g., a liberdade de consciência religiosa), permite o rompimento do contrato caso este descumpra sua função. **Se do delito, descumprimento contratual por parte do indivíduo, surge o direito do Estado em punir, evitando assim o mal maior da vingança privada, do abuso do poder (executivo, legislativo ou judiciário) nasce o direito de resistência, de rebelião, de sedição, pois rompido o elo fundante**”. (grifo nosso). Vide obra de: CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 62; ou seja, caso o Estado cometa abusos de direito na persecução e julgamento penal do acusado estará descumprindo os preceitos fundantes do contrato social – balizador de garantias fundamentais do indivíduo. Tal fato, segundo o referido autor, rompe esse elo fundante e a barbárie (re)instala o estado natural, desaparecendo a autoridade do Estado. **Entretanto, e de modo contrário, apostamos em alternativas mais racionais de resolução de tal conflito entre o Estado e o acusado na seara do processo penal, no que tange à concretização dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, sem a necessidade de legitimarmos movimentos de contra-violência, com o fim de fazer-se cumprir, efetivamente, postulados consignados em prol do cidadão na modernidade.** Caso optássemos por essa visão contratualista, de ranço revolucionário (do tudo ou nada), incidiríamos no fomento e na reprodução da violência

Assim, segundo Ferrajoli, o fim do Direito Penal está além da mera defesa (utilitarista) dos interesses constituídos de uma sociedade contra a ameaça dos crimes que nela ocorrem. Para o autor é:

(...) la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente – al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados -, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que puede parecer, a los reos

e da vingança institucional. Sob tal aspecto, e ventilando a possibilidade da concretização de uma eventual revolta coletiva contra o Estado (consistindo este, num poder institucional responsável pela não concretização de direitos fundamentais do indivíduo), tal episódio nos conduziria ao mesmo lugar e resultado anterior: a barbárie e a violência, objeto de fervoroso combate pelos defensores do contratualismo revolucionário, com a única diferença de que tal resultado caótico se daria por via diversa da primeira situação. Assim, para fundamentarmos a crítica que suscitamos ao contratualismo revolucionário, chamamos a lume a concepção de um Direito Penal assentado na eficiência, com a preservação da pessoa em seu núcleo fundamental, sem a necessidade de vingarse do Estado pela sua inadimplência (leia-se: pela inobservância de cláusulas cidadãs) na concretização do contrato social, consoante a doutrina de Silva Sánchez. Segundo este autor: “(...) inclino-me a aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. Todavia, isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura deste juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seu seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível ‘sair’ da idéia limitada de eficiência (impraticável neste ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um dos direitos ou princípios de garantia jurídico-penais: quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação. Na verdade, o conhecimento de tal ‘valor’ constitui pressuposto necessário da posterior aplicação do cálculo de custo/benefício a atos ou instituições concretas. Pois bem, é mais que discutível que esse valor – convencional, constitucional, cultural – atribuído a direitos e garantias possa ser alcançado sem ‘sair’ do método de análise econômica do Direito. Contudo, no meu entender, o valor social (econômico) que, em termos contratualistas, atribui-se a tais direitos e garantias define um campo cultural em que devem operar as análises de custo/benefício, das quais resultará a eficiência de um determinado sistema de Direito Penal. Na verdade, direitos e garantias estão, a priori, sujeitos ao jogo das preferências individuais (articulado formalmente no consenso). Pois bem, convém não esquecer que essa eficiência – assim como qualquer outro princípio jurídico-normativo, inclusive como eventual princípio integrador de todos os demais – não constitui obviamente um fim em si mesmo, mas limita-se a ser um meio, com a pessoa como horizonte. Por isso há de vigorar aqui, adicionalmente, os limites ontológicos derivados da idéia de pessoa e que, a meu juízo, operam diante de qualquer construção normativa. A questão é, então, estabelecer tais limites, que descrevem o âmbito do indisponível para o consenso e, concretamente, para o jogo das preferências individuais. Isso porque, repetimos, convém não esquecer que a discutida eficiência – assim como qualquer outro princípio jurídico, inclusive como eventual princípio integrador de todos os demais – não constitui obviamente um fim em si mesmo, mas limita-se a ser um meio com a pessoa como horizonte”. Ver obra de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e Direito Penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Barueri, São Paulo: Manole, 2004, pp. 67-68. Isso posto, entendemos que é fundamental concebermos um Sistema de Política Criminal eficiente na promoção e concretização dos direitos fundamentais de todas as pessoas que compõem a sociedade (tanto do indivíduo que responde a um processo criminal, quanto da coletividade em relação ao direito à segurança pública eficaz), não apenas daquelas que foram vítimas da ineficiência do Estado em tal desiderato – enquanto este empreendia a persecução, o julgamento e a execução penal. Desse modo, a referida eficiência na concretização e promoção dos direitos fundamentais (per)passa pela constante prática de humanização dos instrumentos de persecução penal estatal, sem a necessidade de liquidar o Estado por meio de rebeliões ou revoltas violentas de aniquilação institucional, mediante a sustentada neutralização (anulação) do soberano.

(y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas.²²³

Com esse entendimento, Ferrajoli lança as bases do direito penal dos mais fracos, e não dos mais fortes. A lei penal encontra a sua justificativa na convergência da tutela dos direitos do réu contra a violência arbitrária da maioria. Assim sendo, como refere o autor italiano, a imposição da pena (como mal menor - menos aflitivo e menos arbitrário), por mais contraditório que possa parecer, representa a garantia do réu (acusado) a um julgamento justo, proporcional e de competência exclusiva do Estado-Juiz (que deverá ser racional e imparcial).

Por essa razão, a concepção retributiva de Ferrajoli confere um sentido social à pena, onde o Direito Penal atua como instrumento de defesa do acusado contra reações violentas e desproporcionais da vítima ou membros da coletividade, ao passo que, permite a delimitação dos marcos acusatórios no processo penal; diversa, portanto, da ótica de Kant e Hegel, que expressa a retribuição pela simples retribuição, onde se impunha ao mal do crime, o mal da pena.²²⁴

Assim, a retribuição e a prevenção geral apresentam funções que se conectam, convergindo para a satisfação dos interesses (constitucionais) mínimos do acusado no exercício do *jus puniendi* por parte do Estado e da sociedade, no sentido de testemunhar o martírio do enfrentamento da máquina penal para quem é acusado da prática de infrações penais, consistindo em exemplo fático, acerca das conseqüências que se sucedem para quem opta por delinquir. Por isso, Ferrajoli é considerado retribucionista, pois, sob tal perspectiva, as penas são impostas para que as pessoas não voltem ao estado de barbárie, exercitando a

²²³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 335.

²²⁴ Ibid, pp. 334-335. Para Ferrajoli, num primeiro momento, a prevenção geral dos delitos, e, num segundo, a prevenção geral das penas tidas como arbitrárias ou desproporcionais corrobora para, no caso da primeira função, servir de limite mínimo das penas; e, no caso da segunda, de limite máximo. Assim, uma reflete o interesse da maioria de não-criminosos; enquanto que, a outra reflete o interesse do réu e de todo aquele que é suspeito da prática de crimes. Nesse sentido, o fim geral do Direito Penal para o autor resulta na dupla finalidade preventiva acima descrita, assentado em impedir que os indivíduos façam justiça com as suas próprias mãos. Nas duas situações funcionais se dá um conflito violento, dotado de força: mediante a força do réu no primeiro caso e mediante a força da parte ofendida no segundo. A força é nos dois casos: arbitrária e incontrolável, tendo em vista que, tanto na ofensa, quanto na vingança, incertas em suas essências, além de serem desproporcionais e desenfreadas, podem ser dirigidas contra um inocente. Por isso, a lei penal tem por escopo minimizar essa dupla violência, prevenindo mediante sua parte proibitiva a razão da força manifestada nos delitos e mediante seus dispositivos punitivos a razão da força manifestada nas vinganças ou em outras possíveis reações informais. Ibid., p. 335.

justiça de cuja incumbência é exclusivamente do Estado, e a pena como instrumento de garantia dessa exclusividade.

3.2.2 Teoria da prevenção especial

A posição diametralmente oposta à teoria da retribuição encontra ressonância na concepção da missão da pena consistente unicamente em desestimular o agente em potencial na prática de futuros delitos. Para Jakobs, quando se considera missão da pena desestimular o autor à prática de um delito futuro, se fala de prevenção especial.²²⁵

Conforme Bustos Ramírez, a prevenção especial e os conceitos afins, como tratamento, reeducação, reinserção ou ressocialização são alvo de críticas desde a perspectiva dos fins de um Estado Social e Democrático de Direito. Todavia, a pena no nível de sua imposição deve procurar aumentar a capacidade de liberdade do sujeito, se de alguma relação com o conteúdo tradicional de prevenção especial, ou seja, se é para apresentar ao sujeito alternativas para o desenvolvimento de sua personalidade, a pena deve estar dirigida a uma maior humanização e, nesse sentido, adequar-se às características particulares de cada sujeito. Se pensarmos tal concepção a partir dessa perspectiva, é possível resgatar um efeito preventivo especial em um Estado Social e Democrático de Direito.²²⁶

Sobre tal aspecto, Krebs adverte que, “(...) a função da prevenção especial não serve para legitimar a pena frente ao direito penal estabelecido pela ordem constitucional. É que essas teorias concebem as pessoas como meros processos mecânicos-biológicos, sem respeitar a personalidade humana”.²²⁷

O fim da pena, portanto, direciona-se para a prevenção que é dirigida ao autor em individual (por isso é especial). Segundo Roxin, a teoria preventivo-especial segue o princípio

²²⁵ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 29.

²²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 197.

²²⁷ KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 5, Coordenadores: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs, Porto Alegre: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2000, p. 117.

de ressocialização, que entre seus partidários se encontra hoje em primeiro plano, seus méritos teóricos e práticos resultam evidentes.²²⁸

Nessa seara, Roxin faz alusão ao fato de que essa teoria se obriga exclusivamente à proteção do indivíduo e da sociedade, porém ao mesmo tempo, pretende ajudar o autor, isto é, não expulsá-lo nem marcá-lo, senão que integrá-lo; vindo a cumprir as exigências do princípio do Estado Social, evitando-se assim, a esterilidade prática do princípio retributivo.²²⁹

Todavia, foi com Von Liszt que os pilares dessa teoria ganharam evidência e expressão, pois foi ele quem explicitou pioneiramente a finalidade da pena dirigida, não apenas com o fim de retribuição pelo fato passado, mas também, por meio dela, convergir-se em instrumento de prevenção para evitar-se o cometimento de novos delitos, mediante a formulação de uma classificação dos criminosos, com o intuito de corrigir o incorrigível, intimidar o intimidável e, também, de neutralizá-los ou torná-los inofensivos, mediante a imposição de uma pena privativa de liberdade. Por tal razão, Von Liszt acabou delineando, mesmo sem intenção, o que, posteriormente, se denominou de função preventiva especial da pena.²³⁰

De modo contrário à teoria da prevenção geral, que irradia os efeitos de intimidação da pena sobre a generalidade da coletividade, a acepção da prevenção específica dirige sua alegada incidência sobre o agente, com o intuito de dissuadi-lo do retorno à delinqüência. Podemos com isso, entender que a intenção dessa teoria consiste no ideal terapêutico da pena, vista como elemento de transformação do delinqüente, para que este desista de novas incursões no mundo do crime. Sob tal evidência, Michel Foucault refere o princípio da

²²⁸ ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 85.

²²⁹ Ibid., p. 87.

²³⁰ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909, p. 5. Ainda dentro dessa função preventiva da pena, é pertinente tecer algumas considerações acerca do instituto da teoria da prevenção em sua acepção especial. Essa concepção mais especializada surgiu na metade do século XIX, na Itália, tendo à frente de seus precursores Von Liszt. A partir disso, muitos teóricos passaram a conceber uma postura relacionada às funções da pena, tendo com pedra angular a sua referida tendência preventivo-especial. Para exemplificar isso, podemos referir o caso da Nova Defesa Social na França, destacando-se Marc Ancel; no caso da Espanha, podemos citar a Escola Correccionalista, de inspiração Krausista, a postulante da prevenção especial; e, na Alemanha, a prevenção especial é defendida desde Von Liszt.

correção, onde “a pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação social do condenado”.²³¹

Sendo assim, podemos afirmar que a prevenção especial não vislumbra o efeito retributivo da pena incidente sobre delito, nem à intimidação do agente infrator. Pelo que já referimos, sua base teórica e finalística, reside na inviabilização, mediante a imposição da pena (ou, como assinala Mir. Puig, em vez de pena: medidas), da reincidência delitiva pelo delinqüente (contumaz).²³² Assim, a concepção da pena, sob o viés da prevenção especial, parte do pressuposto de que os indivíduos são passíveis de intimidação pela pena.

Nutre-se, nesse patamar ideológico, a idéia ilusória de que a sanção penal possui um espectro de autoridade convergente, e suficientemente apta a refrear comportamentos ou condutas resultantes em crimes. Todavia, em termos de Brasil, num passado não muito distante, e numa sociedade mais conservadora, e, quantitativamente mais reduzida, a pena representava um forte apelo de intimidação de condutas delitivas. Todavia, hoje, numa sociedade complexa, de altos riscos, e de inoperância punitiva estatal, tal institucionalização do controle social perdeu muito de sua relevância como autoridade (mental) de prevenção de crimes.

Todavia, a teoria preventivo-especial também suscita problemas no atingimento de seus fins. Esses fins, segundo Roxin, consistiriam, em atenção às suas conseqüências, em reter o condenado ao tempo necessário até sua ressocialização. Isso nos remeteria a uma condenação com pena de duração indeterminada, e a uma progressiva desproporção entre o delito de pequena gravidade e um apenamento com privação de liberdade de muitos anos, repercutindo na alteração da personalidade do apenado. O resultado disso, para Roxin, residiria na limitação da liberdade do indivíduo de forma mais radical do que o desejável e o permitido, em um Estado liberal de Direito. Assim, a teoria preventivo-especial se depara com a questão atinente a qual direito devem desejar educar, corrigir e tratar os cidadãos adultos que optam pela vida do crime, mediante a aplicação finalística dessa teoria penalizadora por parte do Estado. Kant e Hegel viam nisso uma violação à dignidade da pessoa humana, eis

²³¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete, 35ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 224.

²³² MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 70-71.

que o Estado não tem o direito de direcionar os desejos do cidadão para o lado que julga mais adequado.²³³

Na concepção de Jakobs, a referida função da pena deve incidir sobre o agente de modo que este seja impossibilitado de cometer outros fatos delitivos, mediante a coação física se necessário. Tal ação corresponde pela via da correção do autor, seja esta via da educação ou do adestramento, pela intervenção corporal, ou a intimidação pela imposição de uma pena admoestadora. As dúvidas, segundo o autor, sobre seu funcionamento, não são oportunas, enquanto o tratamento que se aplica ao autor, corrigindo-o, intimidando-o ou inocuizando-o, surja eivado de padecimentos, marcando-o, desse modo, como titular dos custos da infração ocorrida, pois, enquanto o seu padecimento é consequência, ainda seguem sendo possíveis os efeitos da prevenção geral positiva.²³⁴

Nesse sentido, Krebs refere que “(...) a pena pode apresentar um caráter de prevenção especial negativa, ao pretender evitar que o agente expresse sua maior ou menor periculosidade, nas suas relações sociais. Para o referido autor, tal aspecto consiste na manifestação do intento inocuidador da pena”.²³⁵

Sobre isso, inclusive, é pertinente referir a circunstância de atribuição de algo ao autor, bem como a reação contra ele dirigida pelo Estado, conjugação que implicará na sinalização da causa do conflito, reafirmando-se assim, a norma. Sobre tais questões, Jakobs adverte que esses efeitos se baseiam na impressão que suscitam na generalidade o juízo penal de imputação e o tratamento preventivo, e, por isso, não há correlação alguma com as singularidades da prevenção especial; consistem mais em efeitos secundários de cunho

²³³ ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 88. Assim, pois, o próprio Roxin refere que o artigo 1 I GG da legislação penal da Alemanha proíbe uma educação forçosa em qualquer caso por quanto afeta ao núcleo intocável da personalidade de um adulto.

²³⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 29-30.

²³⁵ KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 5, Coordenadores: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs, Porto Alegre: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2000, p. 115. Para o autor: “A pena inocuidadora estenderia seus efeitos sobre os delinquentes que não necessitariam ser ressocializados (é o caso, por exemplo, de autores de crimes econômicos) ou que não podem ser corrigidos (ex.: delinquentes por convicção). A inocuidação pode ser, ainda, classificada em temporária, que se dá naquelas hipóteses em que o agente é retirado, durante um período de tempo, do contato social (é a hipótese em que a pena privativa de liberdade ensejaria uma espécie de custódia do criminoso) ou da fonte do perigo (é a previsão do art. 47, III do Código Penal, que é a ‘suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo’), ou definitiva, quando se dá a anulação de todo o vestígio de periculosidade do agente, seja o destruindo totalmente (ex. pena de morte) ou parcialmente (ex.: castração, na hipótese de crimes sexuais). Ibid., pp. 115-116.

preventivo-geral, do que na finalidade principal de ressocialização pela imposição de uma pena.²³⁶

Desse modo, Roxin aduz que, na Política Criminal internacional se pode comprovar desde 1975, que se produziu um meio de abandono da idéia de ressocialização antes dominante, e uma volta à teoria da retribuição e a prevenção geral. Esboça-se uma imagem impressionante e sombria dos retrocessos na Política Criminal e a propagação internacional de modelos autoritários da administração da justiça penal.²³⁷

O outro problema apontado por Roxin, no que se refere à teoria preventivo-especial da pena, reside no fato de que esta não sabe o que fazer com os autores que não carecem de ressocialização. Trata-se do caso de autores de fatos imprudentes e ocasionais, ou de delitos graves, sem o perigo de reincidência, cometidos em circunstâncias situacionais de conflitos que, muito provavelmente, não tornarão a se repetir. Oportuna é a indagação de Roxin: Como justificar, partindo do ponto de vista da prevenção-especial, por exemplo, o castigo de delinquentes violentos do nacional-socialismo alemão que hoje em dia são inofensivos e que vivem na sociedade de modo discreto?²³⁸

Por fim, Roxin questiona essa finalidade da pena no que tange à impossibilidade de desenvolver, até agora, um conceito para a socialização do reincidente, que seja eficaz em ampla medida. Enquanto que a pena de retribuição leva ao seu fim, em si mesma, por si só, o seu efeito, estando alheia, portanto, a qualquer resultado ou êxito esperado. Desse modo, a fixação de uma meta preventivo-especial se torna sem sentido no caso da carência de êxito, ainda que se considere correta do ponto de vista teórico.²³⁹

Desse modo, e a exemplo da prevenção geral, podemos encontrar uma subclassificação das teorias da prevenção especial, em negativa e positiva. Como bem elucidada Vera Andrade, “As primeiras (prevenção especial negativa) afirmam a função de neutralização do transgressor: custódia em lugares separados, isolamento, aniquilamento

²³⁶ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 29-30.

²³⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, p. 89.

²³⁸ Ibid., p. 89.

²³⁹ Ibid., p. 89.

físico. As segundas (prevenção especial positiva) afirmam, ao revés, a função de tratamento do condenado para a sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social”.²⁴⁰

O grande equívoco inerente à teoria da prevenção especial reside na falta de plausibilidade punitiva para o indivíduo que comete um delito, mas que, por diversos motivos não sofre uma condenação com apenamento. Após muitos anos do fato típico praticado constata-se que esse indivíduo possui uma conduta social impecável, estando integralmente incorporado ao organismo social, além de propiciar demonstrações de que sua ressocialização não foi abalada, ou se foi, pelo menos, já está restaurada. Para essa teoria, nesse caso, o indivíduo não precisaria sofrer um apenamento, tendo em vista que a utilidade teórica dela seria, tão somente, evitar a prática reiterada do delito. Assim, a teoria da prevenção especial não consegue oferecer um fundamento da necessidade de imposição de uma pena para um caso semelhante a este.²⁴¹

Assim, essa teoria da prevenção especial não se legitima com idoneidade em razão dos argumentos arrolados por Roxin:

(...) a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o Direito Penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.²⁴²

Diante disso, para Jakobs, a concepção preventivo-especial não tem por finalidade definir como conflito a lesão efetiva de sua validade de norma mediante a infração, senão que, tomar a infração da norma como mero sintoma de futuros delitos do próprio autor; o perigo de que se produzam tais delitos é o conflito desde um ponto de vista preventivo-especial. Assim, se o comportamento desviado constitui uma decepção de expectativas cognitivas, como no

²⁴⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Op. Cit., p. 58.

²⁴¹ Sob tal parâmetro, Roxin traz um contundente exemplo da falta de alcance justificador da imposição da pena nessa teoria, onde: “(...) os assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando, portanto, de ressocialização alguma; nem, tampouco, existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados a protegidos. Deverão eles, então, permanecer impunes”? Vide: ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, pp. 20-21.

²⁴² ROXIN, Claus. Op. Cit., pp. 20-21.

caso de uma enfermidade, a questão de como há de se comportar se transforma para todos na questão de como se comportam de fato. A vida social, assim como a vida humana individual, já não poderia ser organizável de se factuar essa abstenção da norma, eis que não partimos de uma sociedade com as características atuais.²⁴³

Assim, pois, existe ao menos a suspeita de que a prevenção especial só funciona enquanto há o respaldo de efeitos secundários de natureza preventivo-geral. Para Jakobs, o próprio Von Liszt reconhece os casos de pessoas que não mostram particularidades frente à generalidade, considerações tácitas ainda que claramente preventivo-gerais. Com isso, os adultos reincidentes seriam tratados, nem tanto com correção, mas com sujeição penal.²⁴⁴

3.3 A FUNÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA

Por fim, cabe-nos demonstrar ainda, o efeito mais perquirido com a imposição de uma pena, tendo em vista os ideais de democracia constitucional, qual seja: a ressocialização do indivíduo e o seu retorno ao convívio pacífico com os demais membros da coletividade.

Essa concepção centrada na ressocialização do agente foi adotada por muitas legislações em todo o mundo. No Brasil, ela chegou por meio da Reforma de 1984, mediante a simples constatação pela leitura dos artigos 59 do Código Penal (consistente na indicação de funções de *reprovação* e de *prevenção* da pena, devendo esta, ainda, ser pautada pela

²⁴³ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 30

²⁴⁴ Ibid., pp. 30-31. Importa consignar ainda, a título de referência, que há, ainda, uma concepção mista das teorias absolutas e relativas. Sobre isso, Pedro Krebs assim as descreve: “Partem do pressuposto no qual, a realização da justiça (prerrogativa das teorias absolutas), a proteção da sociedade através da ameaça da pena dirigida à coletividade (proposta das teorias da prevenção geral) e a proteção da sociedade evitando a reincidência do delinqüente (característica da prevenção especial) são distintos aspectos de um fenômeno que é único, mas complexo, que é a pena. As teorias da união, assim, caracterizam-se como sendo aquelas que tratam de combinar as distintas justificações possíveis da pena. (...) Em verdade, o que se pode concluir é que os defeitos de cada uma das teorias que compõem a doutrina mista não acabam por se compensar entre si, mas, pelo contrário, são concorrentes. (...) o problema apontado pela doutrina é que as teorias mistas apresentam um caráter ambíguo, uma vez que não estão em condições de indicar qual a finalidade da pena – retribuição, prevenção ou tratamento? – nem seu fundamento, além de não propor uma regra funcional no sentido de indicar previamente qual o efeito preponderante na hipótese de os mesmos colidirem”. KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 5, Coordenadores: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs, Porto Alegre: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2000, p. 120.

necessidade e suficiência); e, do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, Lei n.º 7.210/1984 (concernentes à *criação de condições para a integração social harmônica do condenado e do internado*).

Entretanto, os órgãos institucionais que compõem o sistema penal brasileiro, e que são responsáveis pelo intento ressocializador do infrator, estão abandonados pelo Poder Público, destituídos de agentes estatais e profissionais capacitados, de recursos financeiros e instalações condignas. Sob tais circunstâncias, as penitenciárias brasileiras constituem-se em instrumento perverso de reprodução de violência contra o ser humano, que se torna “cliente” do sistema político-criminal em voga no país.

Assim, o sistema penal reconduz o delinqüente à marginalização e os efeitos diretos e indiretos da condenação são elementos (re)produtores de violência, e esta, por sua vez, se agrava consideravelmente durante a execução da pena no interior das instituições prisionais do país. Sob tais condições, é utópico pensar no fim ressocializador da imposição de uma pena privativa da liberdade, quando se exercita o ideal de exclusão na relação originada entre prisão, sociedade e Estado.

Essa manutenção do ciclo delinquencial é possibilitada, ainda, pela indiferença sistêmica que a instituição estatal adota em relação ao criminoso (seja ele preso cautelar sem condenação, seja preso definitivo), ou seja, os agentes estatais não têm o menor interesse na ressocialização desses indivíduos, por várias razões, dentre as quais podemos elencar o fator eleitoral, eis que, nossa sociedade se coloca de modo contrário ao investimento em construção de penitenciárias, sob o argumento de que se poderia direcioná-los para hospitais ou escolas. Por isso, os governantes-gestores públicos vão adiando eventuais soluções que estariam atreladas à questão do efeito ressocializador da pena, ao passo que, recebem os delinqüentes no interior de suas instituições prisionais porque se vêem obrigados por lei.

Essa postura de aceitação forçada da tarefa de (recuperação) delinquencial ocasiona um agravamento da questão, eis que a repulsa institucional por parte do Estado (ao virar as costas para o problema), colocando-se numa posição de inércia e descaso em relação ao apenado (definitivo ou provisório), termina por viabilizar o fomento da criminalidade

circundante no interior dos presídios brasileiros, com repercussões, em muitas das vezes, no exterior de tais casas. Disso temos uma situação inimaginável e difícil de conceber como razoável: infratores confinados em penitenciárias e comandando a consecução de crimes e delitos graves no meio externo a essas instituições. Ora, se o indivíduo criminoso continua a cometer delitos, mesmo estando preso, para que, então, prendê-lo? Com isso, a instituição prisional se presta muito mais para servir de aparência factual à sociedade, no sentido de que o Estado está cumprindo seu papel de suposto afastamento do delinqüente do meio social.

Desse modo, as palavras de Michel Foucault parecem manter-se sempre conectadas à nossa realidade, pois, segundo ele:

Vamos admitir que a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão; temos então que passar um atestado de fracasso. Ou antes – pois para estabelecê-la em termos históricos seria preciso poder medir a incidência da penalidade de detenção no nível global da criminalidade – temos que nos admirar de que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre de sua manutenção.²⁴⁵

E continua o referido autor:

Mas talvez devemos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual é a utilidade desses diversos fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinqüência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinqüência. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o aparente cinismo da instituição penal que, depois de ter feito os condenados pagar sua pena, continua a segui-los através de toda uma série de marcações (vigilância que era de direito antigamente e o é de fato hoje; passaportes dos degredados de antes, e agora folha corrida) e que persegue assim como ‘delinqüente’ aquele que quitou sua punição como infrator? Não podemos ver aí mais que uma contradição, uma consequência?²⁴⁶ **Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral de sujeições. A penalidade seria então uma maneira**

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete, 35ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, pp. 226-227.

²⁴⁶ Podemos observar, com tal inferência, a manifesta caracterização da prática de um Direito Penal do Autor, já abordado por ocasião do primeiro capítulo desse estudo, mas que, contudo, conecta-se com aquela mácula do sistema de política criminal assentada em práticas subjetivas, como vimos. E, isso se agrava pelas questões de desigualdade social dentre os indivíduos em classes (econômicas, por exemplo), com repercussão, igualmente distinta, no tratamento penal dispensado aos mesmos pelos órgãos e agentes do Estado.

de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferencia’, faria sua ‘economia’ geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O ‘fracasso’ da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí.²⁴⁷ (grifo nosso).

Com isso, em termos de violação de direitos fundamentais temos o seguinte quadro estabelecido: o organismo social continua desprovido de uma segurança pública mínima, mesmo com os delinquentes confinados, violando-se direitos fundamentais coletivos;²⁴⁸ do outro lado, e no interior das prisões brasileiras, temos indivíduos encarcerados que se tornam vítimas de todo tipo de violência física e moral de outros detentos, e, também, até de agentes carcerários e policiais, violando-se assim, direitos fundamentais máximos de preservação e proteção do indivíduo²⁴⁹ no seio do Estado Democrático de Direito.

Essa sistemática violação de direitos fundamentais constitucionais, relacionados à política criminal, é fruto dessa inoperância, desorganização e desaparecimento dos órgãos e instituições públicas criados para tal, e, também, de seus agentes designados para esse desiderato. Assim, vivenciamos uma Constituição de meras intenções, num país onde as instituições públicas ainda não se impregnaram da cultura constitucional, ou como bem enuncia Lênio Streck:

²⁴⁷ Ibid., p. 227.

²⁴⁸ Nossa Carta Cidadã estabeleceu em seu artigo 6º o seguinte: Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. E, ainda, o artigo 144: Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – policiais civis; V – policiais militares e corpos de bombeiros militares.

²⁴⁹ Nossa Constituição Federal também elegeu como fundamentos balizadores do Estado Democrático de Direito os seguintes postulados, consignados no artigo 1º: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inciso III – a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, o artigo 5º, inciso III também segue sendo violado diariamente no interior das instituições prisionais do país: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária – conforme o conceito que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição – é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.).

Desse modo, o problema eficaz do texto constitucional passa, fundamentalmente, pelo tipo de justiça constitucional praticado em cada país e pelo redirecionamento do papel dos operadores do Direito. Para tanto, deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-abstencionista. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado liberal e até mesmo ao Estado Social. A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais. Além da carga elevada de valores e do caráter compromissório do texto da Constituição brasileira, este traz em seu bojo os mecanismos para a implantação das políticas do *Welfare State*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵⁰

Assim, dentre as diversas acepções teóricas, acerca das finalidades da pena, precisamos identificar uma resposta para a nossa pergunta lançada no início desse segundo capítulo, consistente nos seguintes moldes: qual seria a medida ideal de intervenção penal que o Estado deve promover contra o indivíduo? Pelo que vimos, acreditamos ser mais razoável, diante do primado democrático que vivenciamos atualmente, buscar uma medida ideal de intervenção penal no interior do arcabouço constitucional, mediante a árdua, mas imprescindível tarefa, de equalizar direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade no contexto da política criminal, operacionalizando tarefas de harmonização e estabilidade dos conflitos gerados pelo crime, mediante a atuação integrada das instituições públicas e dos agentes demovidos de tal desiderato, com a radical mudança de postura do sistema penal como um todo, não apenas com a mera edição de leis criminalizantes ou endurecedoras.

Partindo de tais premissas, marcadas pela necessidade de se fomentar uma cultura constitucional no universo penal, Mir Puig, analisando a intervenção penal (desarrazoada, que nos referimos no primeiro capítulo), refere a necessidade de correlacioná-la ao princípio da utilidade da espécie de intervenção que se proclama em um dado sistema jurídico-penal. Para

²⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 29-32.

o autor, se o Direito Penal de um Estado social se legitima só enquanto protege a sociedade, perderá sua justificação se sua intervenção se mostra inútil, por ser incapaz de servir para evitar a ocorrência de delitos. O princípio da necessidade conduz, portanto, a exigência de utilidade. Tal ponto, segundo o autor, nos coloca a questão acerca da possibilidade do Direito Penal em evitar os delitos.²⁵¹

Desse modo, a medida ideal de intervenção penal passa, portanto, pelos meandros de uma cultura constitucional de racionalização das políticas públicas de base (educação, saúde, dignidade humana, previdência adequada), e, também, pela racionalização de políticas públicas direcionadas no combate ao crime, não aos delinquentes (efetivos ou potenciais), eis que estes se originam da ausência do Estado em suas histórias de vida, demandando, para tanto, uma inversão de paradigmas estruturantes da espécie de política criminal que se executa cotidianamente em nosso país, de alteração visceral dos rumos destinados ao sistema penal.

Nesse sentido, consoante Bustos Ramírez, a necessidade de pena é um critério político-criminal consubstancial, e um limite básico à faculdade de sancionar do Estado. Está presente em toda a teoria penal, como vimos. Por conseguinte, está presente, tanto na indeterminação do injusto (delito), quanto no momento da exigibilidade de responsabilização do sujeito que praticou esse injusto. Por isso, no momento de determinação da pena, injusto e sujeito responsável, na medida em que estão informados pelo princípio da necessidade da pena, tais fatores deverão ser relevados.²⁵²

Para tanto, é importante, agora, diagnosticarmos quais os sistemas penais que estão imbricados na proclamação da política criminal que se tenta viabilizar em nosso país. Por isso, é preciso identificar quais são as influências sistêmicas que redundam no modo operacional dessa intervenção penal caracterizada como desmedida e impensada, que acaba se realizando todos os dias nas cidades brasileiras, mediante o empreendimento da persecução penal estatal.

²⁵¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., pp. 125-126.

²⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 197.

Tais sistemas serão objetos de estudo e reflexão do nosso terceiro capítulo, que busca, sobretudo, exteriorizar esses atravessamentos institucionais oscilatórios, presentes na aplicação da pena pelo Poder Judiciário, que atua, em muitas das vezes, em direções distintas, para casos uníssonos, dependendo do sistema penal adotado pelo julgador no instante do *decisum*, o que nos coloca diante de um sistema jurídico fragmentário, dotado de incertezas meritórias e destituído de coesão.

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DICOTOMIA: SEGURANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

4.1 A RELAÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E SOCIEDADE E O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA

Vimos no capítulo anterior a pena como componente do exercício de controle social pelo Direito Penal. Entretanto, e, acompanhando o processo de complexificação social, descrito no primeiro capítulo, o Direito Penal deve ser ministrado dentro de uma circularidade auto-complementar, de modo a lhe proporcionar integridade científica, ao passo que, proporciona a justificação das suas ações em consonância com o paradigma constitucional.²⁵³

É notável, portanto, a existência de uma interdependência recíproca entre sociedade e Direito Penal. Tal inferência de Jakobs remete-nos à demanda, fortificada nessa inter-relação, consistente nos esforços para assumir e resolver novas demandas de criminalidade, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada ao sistema social, do mesmo modo que, o Direito Penal deve assumir certas máximas, tidas como indisponíveis. Sendo assim, compreendemos que o Direito Penal não está subordinado à sociedade, embora faça parte dela – quando chamado a responder às demandas de (r)evolução e conflito social, eis que, enquanto não contribua para a manutenção da ordem social, mesmo que tal configuração seja passível de evolução, falta-lhe a base na qual poderia iniciar-se com êxito uma revolução.²⁵⁴

Assim, a interação coletiva entre os co-cidadãos de uma determinada sociedade é mediada por uma série de elementos inerentes ao ser humano e ao organismo sócio-cultural. É natural, portanto, a ocorrência de atritos na convivência entre eles, onde alguns desses

²⁵³ Nesse sentido, o Direito Penal, na concepção de Von Liszt, visto á luz de uma ciência eminentemente prática, que trabalha continuamente para satisfazer as necessidades da administração de justiça, criando novos frutos, a Ciência do Direito é e deve ser uma ciência proeminentemente sistemática, pois, somente com a ordenação dos conhecimentos, em forma de sistema, estará garantido aquele domínio seguro e diligente sobre todas as particularidades das incursões penais na vida privada do indivíduo, sem o que, a aplicação do Direito, entregue ao arbítrio ou ao azar, não passaria de um “ser” em eterno diletantismo. Ver obra de: LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909, p. 6.

²⁵⁴ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Traducción de Manuel Câncio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Civitas, 2000, p. 24.

(atritos) são mais tênues e outros mais graves, podendo repercutir na seara penal. Nesse sentido, a previsão abstrata da pena – como vimos no capítulo anterior – não satisfaz suas finalidades existenciais a contento. Tal fato, no plano concreto de sua aplicação, deflagra distintos modos de concepção sistêmica da política criminal ²⁵⁵ vigente em nosso país, ocasionando a reprodução de violências e a maximização dos danos oriundos do fenômeno do crime.

Nessa seara, segundo Zaffaroni, o desajuste ideológico é mais grave nos discursos do sistema penal, sejam eles jurídicos, criminológicos ou político-criminais. O curso irregular do nível de pensamento no discurso penal assinala o agravamento dos perigos desse desajuste sistêmico, o maior risco de autismo e a falta de preparo para suportar a angústia da ausência de categorias de pensamento, fatores pertinentes a essa reflexão. Uma breve consideração criminológica já é, para o autor, capaz de apresentar a magnitude e as causas do desajuste dos discursos do sistema penal atual. Assim, a globalização tem enterrado definitivamente o velho paradigma da simplicidade etiológica. ²⁵⁶

²⁵⁵ O sentido conceitual de Política Criminal, empregado por Bustos Ramírez, também espelha a construção do sentido de tal acepção utilizada no estudo dos sistemas penais, como sendo aquele aspecto do controle penal que tem relação com o poder do Estado para caracterizar um conflito social como criminal. Para o autor, o caráter social do Estado não só o legitima para intervir, senão que o obriga a intervir nos processos sociais em geral e na solução dos conflitos em particular. Diante de um conflito social, o Estado Social e Democrático de Direito deve, antes de tudo, desenvolver uma política social que conduza a sua prevenção ou solução, ou, em última instância, somente em última instância, optar por caracterizá-lo como criminal. Quando assim o faz está exercitando, entre diferentes alternativas que podem apresentar-se para a solução do conflito, uma opção política, que de modo específico tomará o nome de política criminal, tanto que está referida (e sitiada) na criminalização do conflito. Por isso, Bustos Ramírez refere que Política Criminal é exercício de poder, de um poder que se concentra na criminalização do conflito de que se trate. Por essa razão, não é admissível considerar como aspectos separados: Direito Penal e Política Criminal. Ambos se integram de modo indissolúvel em um sistema penal. Vide obra de: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. Lecciones de Derecho Penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Vol. I. Madrid: Trota, 1997, p. 29.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. Criminalidade Moderna e Reformas Penais. Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Luisi. Organização André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145. Um sensível exemplo, tão cotidiano e banal, demonstra a complexidade, quase infinita do problema contemporâneo: em qualquer cidade latino-americana, um adolescente ameaça outro adolescente com uma arma de fogo para roubar um tênis. Segundo Zaffaroni, basta esse fato insignificante para a comunicação e para o próprio sistema penal, para considerar a inviabilidade falsária de qualquer simplicidade do problema: 1º) o objeto do roubo (o tênis) foi fabricado na Ásia por crianças escravizadas; 2º) o motivo do roubo não é a necessidade de sobrevivência, senão que seu objeto é elevado a símbolo de *status* entre os adolescentes conforme propaganda em nível mundial; 3º) a produção escravizada asiática substitui o trabalho da mãe ou do pai do assaltante latino-americano, despedido no país pela mesma empresa para reduzir custos de mão-de-obra; 4º) o pai do assaltado, como pessoa de classe média, pode comprar este calçado a seu filho, porque obtém créditos de seus modestos investimentos econômicos; 5º) ficará feliz quando estes reduzidos investimentos lhe permitirem melhores rendas; 6º) essas rendas aumentaram porque o capital acumulado de todos os poupadores será investido em empreendimentos de maior rendimento; 7º) esses empreendimentos aumentam o rendimento mediante reduções do emprego e em lugares onde haja menores impostos; 8º) quanto menor seja a renda do pai da vítima, menores serão as possibilidades de trabalho futuro da

Essa complexidade no âmbito da ciência social tem uma imediata consequência no pensamento jurídico-penal: torna-se extremamente difícil referenciar o Direito Penal com objetivos de política criminal sem ter em conta essa constrangedora complexidade, pela qual não é estranho que se opte por deixar de lado essas referências, e se prefira voltar a construções dedutivas de tipo mais ou menos Kantiano ou Hegeliano, mesmo que isso conduza a uma radicalização do pensamento sistêmico em sociologia (Jakobs),²⁵⁷ com sérios reflexos no comprometimento do processo de constitucionalização do Direito Penal.

Diante desse cenário problemático, a expansão das linhas de intervenção do Direito Penal tem sido a solução mais cômoda ao Poder Público, em termos de execução de uma política criminal de aparente e camuflada eficácia, mediante a utilização do Direito Penal simbólico, ou de um punitivismo desarrazoado e desproporcional aos anseios da democracia constitucional, visando, sobretudo, ao atendimento paliativo e temporário da opinião pública, por mais segurança.

Sob tal aspecto, e diante do paradigma democrático-constitucional vivenciado na atual quadra da história, como resultado de sucessivas evoluções sociais de conquista dos direitos e das garantias de autopreservação do indivíduo frente ao Estado (e à sociedade), e, concomitantemente, da sociedade frente ao Estado e ao indivíduo-infrator, torna-se de extrema relevância identificar qual o papel dos diferentes direitos fundamentais constitucionais nesse cenário de expansão do direito penal face à aplicação da pena. Sendo assim, faz-se necessário conhecermos os diferentes sistemas²⁵⁸ penais instituidores da política

própria vítima de roubo e maiores as chances de que o membro de classe média tenha netos que sejam filhos de desocupados; 9º) a queda de renda implica em menores recolhimentos de impostos, reduzindo a inversão social e seus netos têm ainda menores possibilidades de acesso à saúde e à educação que o próprio assaltante; 10º) não é raro que o pai da vítima reclame pena de morte, menores garantias e medidas de severidade policial (homicídios) e que vote em políticos que proponham tais recursos no combate à violência; 11º) esses políticos terminarão por solapar as instituições pela corrupção, de modo a evitar uma inversão social de classes, fomentando o clientelismo por práticas de corrupção e usurpação do poder público, o que reduzirá ainda mais as oportunidades dos netos do membro de classe média e pai da vítima do roubo; 12º) as polícias mais arbitrárias serão mais corruptas e permitirão maior contrabando e mercado paralelo de armas que chegarão às mãos dos adolescentes; 13º) a maior corrupção do sistema penal determinará que suas próprias agências executivas se convertam em engrenagens da organização criminosa ou em administradoras de suas zonas liberadas para o delito; 14º) isso aumentará as chances de vitimização e seqüestro do próprio membro de classe média e pai da vítima de roubo do ténis e conseqüente perda de capital para os delinqüentes. A velha causalidade criminológica entra em uma crise demasiado grande e grave.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. Cit., p. 147.

²⁵⁸ Conforme Canaris: "(...) a idéia de sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do

criminal executada pelo Estado no cotidiano do cidadão e da sociedade brasileira (do risco). Buscamos assim, identificar os pontos de incongruência sistêmica, que obstaculizam a concretização de direitos fundamentais, demandantes de uma equalização dos interesses entre indivíduo e sociedade na execução da pena, sem comprometer a prestação de segurança pública à coletividade, e, ainda, sem comprometer a concretização de direitos fundamentais do indivíduo-alvo da persecução-julgamento-execução penal, no processo penal.

Para chegarmos ao nosso desiderato, é imperioso atentarmos para o quadro que nos é dado nos dias de hoje, em pleno Estado Democrático de Direito:²⁵⁹ o indivíduo condenado pelo Estado, em razão da prática de delitos é depositado em penitenciárias super lotadas, insalubres e sem um mínimo prestacional de estrutura material e suporte psico-emocional de enfrentamento de uma realidade que se abre à sua frente. Sua exposição a todo tipo de privações, violações e degradações terminam, nas circunstâncias em que não ocorre o óbito, por reproduzir um estado mental de ira – internalizado durante o cumprimento da pena no interior da instituição prisional. Durante esse processo de esfacelamento da porção humana do homem ocorre a maximização intrínseca da violência, exteriorizada na manifestação de atos de eliminação das potenciais ameaças à sua sobrevivência, mediante a liberação dos mecanismos de instinto pela sua sagaz sobrevivência.

Uma vez terminada a sua permanência na instituição prisional (quando não consegue empreender em fuga), e após essa submissão ao recrudescimento progressivo de sua humanidade, o Estado devolve à sociedade um indivíduo altamente perigoso, que reage aos impulsos de forma agressiva, sem um mínimo de comiseração pelo “outro”.

Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistêmico radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como o conjunto de valores jurídicos mais elevados)”. Assim, para o autor, um dos objetivos de sua obra é “(...) apurar-se um fenômeno jurídico, que constitui um ponto de contacto com um sistema no sentido da linguagem filosófica; por consequência, torna-se agora possível a tarefa de uma melhor determinação do sistema jurídico”. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

²⁵⁹ Segundo Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito deve atender aos seguintes princípios: a) constitucionalidade; b) democracia; c) sistema de direitos fundamentais; d) justiça social; e) igualdade, f) divisão de poderes; g) legalidade; h) segurança e certeza jurídica. Vide obra de: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67.

Desse modo, segundo Bustos Ramírez, o sistema penal em uma ordem democrática parte de um pressuposto básico: a dicotomia entre a liberdade e o poder. Desde essa perspectiva, o sistema penal surge como um sistema de trincheiras garantistas, cujo objetivo é a exclusão da arbitrariedade. Constitui-se, assim, como a Carta Magna da pessoa, e não do delinquente como referiu Von Liszt. O castigo penal só pode surgir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade, tanto do legislador no processo de criação da norma, quanto do juiz no processo de sua concreta aplicação.²⁶⁰

Por isso, os sistemas penais em voga no Brasil se dividem no tratamento (penal e processual penal) que é destinado a esse indivíduo que torna a cometer novos delitos, violando com isso, a segurança da coletividade. Sob tal divergência, estamos a nos referir, inicialmente, na concepção garantista penal, que concentra sua censura na atuação repressiva do Estado interventor na vida do indivíduo-infrator, isto é, seus fundamentos são direcionados à preservação do indivíduo frente ao poder de punir do Estado. Tal sistema teórico parte da idéia (iluminista) de que o “Estado é mau”, redundando no abrandamento da espécie de intervenção penal. Concebe a pena, como garantia do indivíduo contra a sociedade e contra o Estado, sem precisar a segurança coletiva dos cidadãos frente aos insucessos de ressocialização do infrator penal.

Num segundo momento, temos a concepção da segurança cidadã, radicalmente centrada na eliminação desse infrator, eis que o concebe como elemento externo à sociedade, pois age contra ela, através da lesão à ordem e ao bem-estar social.

Essa polarização sistêmica é fruto da configuração social que referimos no primeiro capítulo, baseada na sociedade do risco, dotada de altas conexões de complexidade. Nesse sentido, Zaffaroni define sistema penal como sendo o controle social punitivo institucionalizado, ainda que o elemento, controle social apresente variações de significado.

²⁶¹ Com isso, o sistema penal adotado no Brasil sucumbi diante de uma política criminal dúbia

²⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. Lecciones de Derecho Penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Vol. I. Madrid: Trota, 1997, p. 33.

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de julio de 1983, redactados por el coordinador profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1984, p. 7. Segundo o autor, a expressão controle social é difusa, esta idéia se circunscreve por meio das adjetivações que apelam para

e inconsistente, no que tange à consecução de seus anseios, variando em sua gênese, de um pólo à outro: ora em direção ao garantismo, ora em direção à segurança cidadã; dependendo de fatores midiáticos, sociais, econômicos e até raciais do indivíduo-alvo da persecução penal, o que nos coloca diante do fator estereótipo, como elemento acionador da máquina penal, em todas as suas instâncias e fases.

Sobre tal aspecto, Feijóo Sánchez questiona a sobriedade de um sistema penal dotado de uma “(...) mera orientação político-criminal”, ou seja, tratando-se de um sistema alheio aos princípios insertos no paradigma democrático. Tal circunstância nos permite vivenciar um sistema “(...) tão indefinido, poroso e aberto que se põe em dúvida, inclusive, o qualificativo de sistema.”²⁶² Veremos, portanto, cada um desses sistemas penais e as suas respectivas limitações constitucionais no trato da questão da violência envolvendo indivíduo e sociedade, e o papel do Estado nessa complexa relação mediada pelo crime.

4.2 A CONCEPÇÃO GARANTISTA E A MÁXIMA DEFESA DO INDIVÍDUO

Diante da gradual evolução ocorrida no relacionamento entre indivíduo e Estado e das novas concepções de homem, sobretudo, pela mudança paradigmática que se processou no século XVIII, como vimos no início do primeiro capítulo, houve a necessidade de instrumentalizar a imposição normativa de limites à ação estatal na persecução penal. Assim, tal desiderato (iluminista) objetivava deter o ilimitado exercício de poder do Estado intervencionista.

Para tanto, a fórmula encontrada para adequar o tratamento estatal de indivíduos e a conseqüente acusação da prática de delitos, se deu por meio da inserção de regras de cunho e finalidade garantistas. Sendo assim, essas ganharam considerável espaço nas Constituições, de

a punição e para a institucionalização. A punição, para ele, é o ato e o efeito de uma conduta que pretende responder sancionariamente a outra, e que importa em infligir certa dose de dor, usualmente resultante de uma privação que não responde aos objetivos de ressocialização ordinários, embora pretenda responder sancionatoriamente a outra, e não responde, porque na realidade podem dar-se fenômenos de punição sem a conduta prévia que pretende sancionar, e porque o filtro do sistema penal frequentemente imprime uma sensação de que este recai com preferência sobre qualidades pessoais e não sobre qualidades das ações.

²⁶² SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 100.

modo a impor limites à atuação persecutória do Estado e, até mesmo, à sociedade, no que tange à observância dos direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse diapasão, baseando-se no postulado fundamental de que os direitos humanos deveriam ser preservados da corrupção e dos excessos das instituições vigentes, presentes ainda, nos regimes jurídicos da Europa do século XVIII, o movimento de racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária, ganhou evidência e força. “Daí por que a denominação de ‘garantismo’ seja talvez a que melhor espelhe o seu projeto racionalizador”.²⁶³

Nessa seara, Segundo Ferrajoli, o cerne da questão teórica do garantismo reside nexa – característico do Estado de Direito – entre garantias jurídicas e legitimação política, e por outro lado, entre formas legais e democracia substancial. As garantias para o autor (não apenas as penais) são vínculos normativos idôneos para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos, e, num contexto geral, os princípios axiológicos sancionados pelas leis.²⁶⁴

Inobstante tais assertivas, sói necessário trazer à tona, a crucial diferença entre direitos e garantias. No entendimento de Jorge Miranda, “os direitos representam só, por si, certos bens, e as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens (...). As garantias são, desde logo, aqui, elementos da definição constitucional desses direitos”.²⁶⁵ Com isso, o sistema garantista apregoa o estudo das garantias constitucionais, como sendo vetores de concretização dos direitos fundamentais, dirigidas ao indivíduo submetido à persecução penal estatal, e/ou à ira popular.

Nesse contexto, os princípios estruturadores do modelo garantista penal clássico residem: na estrita legalidade, na materialidade e lesividade dos delitos, na responsabilidade pessoal, no juízo oral e contraditório entre as partes, bem como na presunção de inocência; que juntos constituem, em grande parte, resultado da tradição jurídica ilustrada e liberal.²⁶⁶

²⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Ilusão de Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal, p. 47.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, p. 28.

²⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3.ed. rev. e atualiz. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 95-98.

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 33.

Assim, a formação do paradigma garantista se deu por meio da filosofia iluminista, “elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo inquisitorial”.²⁶⁷ O garantismo foi concebido, sobretudo, como crítica dos sistemas penais e processuais, definindo os valores da cultura jurídica moderna, em consonância com os anseios sociais de preservação do homem: o respeito à pessoa humana, os valores fundamentais da vida e da liberdade pessoais, a correlação entre liberdade e legalidade, a desvinculação do direito e da moral, a tolerância, a liberdade de expressão da consciência e da palavra, os limites de atuação e interferência do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como sua fonte primária de legitimação.²⁶⁸

Acrescenta-se à isso, com base no raciocínio de Ferrajoli, que em todos os casos de formulação das garantias, ou “mecanismos institucionais dirigidos a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela ou na satisfação dos direitos, tal desiderato constitui-se na tarefa mais importante e mais difícil, tanto de uma teoria, como de uma política garantista de direito”.²⁶⁹ Mesmo assim, a intenção de Ferrajoli consiste em advertir acerca da premissa de que o garantismo não está atrelado ao mero formalismo, legalismo ou até mesmo processualismo. Qualquer tentativa de enquadrar essa teoria dentro desses parâmetros minimalistas e reducionistas estará incorrendo em grave equívoco, além de deslocar o objeto de estudo e de incidência do garantismo, que:

Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales – de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artificios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.²⁷⁰

²⁶⁷ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil, p. 69. Em sua obra, Carvalho compartilha da tese desenvolvida por Sergio Paulo Rouanet, afirmando que: “(...) o Iluminismo é uma tendência transepocal, que cruza transversalmente a história da humanidade, não estando limitada a qualquer período específico. Não se extinguiu, portanto, no século XVIII”. Prosseguindo como conseqüência desse enunciado, o autor indica a necessidade de diferenciar Ilustração e Iluminismo, sugerindo que “(...) o termo Ilustração fique conscrito exclusivamente a essas correntes de idéias que floresceram durante os oitocentos, ao passo que o Iluminismo corresponderia, diversamente, a um modelo crítico de produção do saber, questionador de todos os valores transcendentais, e combatente de todas as instâncias que promovem a infantilização do homem.” Ibid., pp. 81-82.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, p. 24.

²⁶⁹ Ibid., p. 28.

²⁷⁰ Ibid., p. 28-29.

Nesse sentido, para Ferrajoli a correlação biunívoca que há entre as garantias penais e as processuais é reflexo específico entre lei e juízo em matéria penal, sendo (essa correlação) imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Desse modo, as garantias penais são necessárias para viabilizar juízos não arbitrários. Sendo assim, estando elas - as garantias - ausentes, o juízo e a pena estariam descomprometidos dos limites legalmente pré-estabelecidos, e seriam não menos potestativos na ausência dessas garantias processuais, ou seja, para o autor, tanto as garantias penais, quanto as processuais servem de recíproca garantia da sua efetividade.²⁷¹

Nesses termos, Bustos Ramírez e Malarée referem que essa concepção sistêmica de Direito Penal surge como um sistema de trincheiras garantistas, onde o objetivo é a exclusão da arbitrariedade. Constitui-se, assim, na Carta Magna da pessoa, e não do delinqüente, como frisa Von Liszt. Sob tal necessidade, o castigo penal só pode surgir mediante a aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade, tanto do legislador no processo legislativo de criação da norma, quanto do juiz no trabalho de aplicação dessa norma ao caso concreto.²⁷² Desse modo, Ferrajoli refere com acerto a necessidade da referida correlação biunívoca entre lei e juízo em matéria penal, eis que o desenlace de ambos redundará na inefetividade da concretização de direitos fundamentais do indivíduo no processo penal.

Consoante Carvalho, o uso da força em uma ordem jurídico-política deve ser sempre limitado e centralizado em órgãos estatais pré-determinados, tendo em vista que a sanção jurídico-penal, independentemente da espécie da pena aplicada, constitui um ato de violência.²⁷³ Diante disso, Ferrajoli delimita, por meio de três princípios normativos, analisados em conjunto, os fins de tutela e prevenção do direito penal, ao passo que, estabelece os limites dentro dos quais se justifica a sua intervenção em um modelo garantista.²⁷⁴

²⁷¹ Ibid., p. 538. Assim, o autor defende a assertiva de que esse duplo nexos permite que todo modelo de legitimação interna da pena remeta a um correlato modelo de legitimação de seus modos de aplicação no processo penal. No sentido inverso, todo modelo processual penal, considerado sob o seu aspecto normativo ou efetivo, indica sempre, por sua vez, um correlato sistema, normativo ou efetivo, de direito penal material. Tal inferência teórica termina por maximizar a liberdade e a segurança do indivíduo frente ao poder estatal, de modo a resguardar os direitos fundamentais do cidadão acusado da prática de delito. Ibid., p. 538.

²⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. Cit., p. 33.

²⁷³ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil, p. 124.

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 224.

O primeiro princípio estruturador da doutrina reside na separação entre direito e moral, ou entre legitimação interna e justificação externa, como sendo um princípio do liberalismo moderno, que fundamenta a autonomia recíproca das duas esferas. O direito e o Estado, dentro desta opção laica e liberal, não podem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas e, menos ainda, ter fins em si mesmo, justificando-se apenas os fins de utilidade concreta, em favor dos cidadãos e principalmente, em garantir seus direitos e sua segurança. Esta segunda formulação da autonomia do direito e da moral é resultado do utilitarismo jurídico ilustrado, que possui um valor de princípio normativo meta-jurídico, impondo uma carga de justificação às finalidades utilitaristas externas a eles, ou seja, este princípio exige, mais precisamente, que a imoralidade possa vir a ser considerada como condição necessária, mas nunca como condição única, por si só, suficiente para justificar a intervenção política coativa do Estado na vida dos cidadãos.²⁷⁵

Para proibir ou castigar condutas, o princípio utilitarista da separação entre direito e a moral exige, como necessário à intervenção estatal, que ocorra a lesão dos bens jurídicos penais, cuja tutela é a única justificação das leis penais como técnica de prevenção de sua lesão.²⁷⁶

O segundo princípio se refere à justificação da jurisdição e, por isso, refere-se ao processo. O princípio normativo da separação exige que o juízo não se fundamente na moralidade, caráter, ou outros aspectos que constituam substancialmente à personalidade do acusado, devendo para tanto e, tão somente, fundar-se o juízo, em elementos de conduta externa, penalmente relevantes e proibidas pelo direito, imputados ao réu e, por outro lado, argüidos e provados pela acusação e refutados pela defesa, dentro da dialética processual pautada no princípio da estrita legalidade. Conforme aduz o pensador italiano, “El juez, por consiguiente, no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino sólo investigar sus comportamientos prohibidos”.²⁷⁷

Por fim, no que diz respeito à justificação da pena e de seus modos de execução, o princípio implica que a sanção penal não deve ter conteúdos ou fins morais. Do mesmo modo, tanto a previsão legal, quanto a aplicação judicial da pena, não devem servir para determinar a

²⁷⁵ Ibid., p. 222.

²⁷⁶ Ibid., p. 223.

²⁷⁷ Ibid., p. 223.

imoralidade do acusado, e a execução penal não pode vislumbrar, em nenhuma hipótese, a transformação moral do condenado, pois o Estado não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão de impedir que se ocasione danos à terceiros.²⁷⁸

Nessa seara, num primeiro momento, o garantismo penal persegue os valores que o fundamentam, bem como os meios que tais objetivos devem ser alcançados. Para tanto, os doutrinadores garantistas em *terra brasilis*, sustentam que Ferrajoli preconiza três teses assertivas, baseadas no caráter – positivo – e convencional do direito moderno, tanto na idéia de que o direito é um valor, como na idéia de que os valores são, enquanto tais, direitos: são dois opostos, porém convergentes, no que tange aos prejuízos ideológicos que, na prática sempre tem alimentado, como formalismo ou legalismo ético e, no que diz respeito ao substancialismo, o moralismo jurídico, o excessivo rigor legalista²⁷⁹ e o incontrolável arbítrio judicial. Por esse arrazoado, pode-se compreender o garantismo como teoria distante daquelas que tentam motivar e fundamentar a função da pena, por meio de um viés ideológico, descontextualizado de outras circunstâncias ensejadoras do direito de punir por parte do Estado. Assim, o garantismo busca a fundamentação ético-política da criminalização da conduta e a imposição da pena.²⁸⁰

Nesse sentido, Beccaria já atentava para a necessária proporção entre os delitos e as penas. Segundo ele, “(...) se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o

²⁷⁸ Ibid., p. 223. O autor también menciona que o Estado “(...) no tiene derecho a alterar – reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes – la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente determinadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico”. Ibid., pp. 223-224.

²⁷⁹ Um dos problemas acarretados com o excessivo apego aos rigores legais, consiste na presença, ainda hoje, especialmente em nossa legislação ordinária, de resquícios formais que remontam aos tempos inquisitoriais da repressão e da perseguição moral ao acusado. O juiz, em se detendo unicamente em tais peculiaridades, ao tomar uma decisão, acaba por prejudicar o acusado, ao passo que estará inobservando importantes garantias, a este inerentes, constantes em nossa Carta Política.

²⁸⁰ Ferrajoli entende que os três princípios axiológicos podem ser identificados pelo conteúdo ético-político exigidos pelo direito penal, como circunstâncias de justificação externa e como limites impostos à legislação, à jurisdição e à execução penal. Esses princípios, segundo o doutrinador italiano, irão fundamentar a base filosófico-política de todas as garantias penais e processuais, tais como foram elaboradas pelas doutrinas reformadoras da Ilustração e, mais tarde, agregadas aos códigos e constituições, nos seguintes moldes: estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da lesividade do resultado, da culpabilidade, da carga probatória, dos direitos de defesa e da correspondente presunção de inocência, devendo ensejar a absolvição ante a ausência de provas em juízo. Para Ferrajoli, os elementos acima estudados podem servir como fonte de legitimação ou não legitimação do direito penal, e será essa dualidade que caracterizará a diferença entre um “modelo de justificação” e uma “ideologia de legitimação”. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pp. 224-225.

crime mais monstruoso decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso”. O resultado dessa disparidade será a distribuição desigual das penas, produzindo a “contradição, tão notória quanto freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que fizeram nascer”.²⁸¹

O modelo utilitarista da pena propõe, tão somente, o bem-estar dos não desviantes, sobrepondo os direitos sociais aos direitos individuais. O garantismo, por sua vez, tem por escopo equiparar essas duas esferas, contrabalançando-as, de modo a impor às proibições e às penas, duas finalidades distintas e concorrentes, descritas por Ferrajoli e que refletem a essência dessa escola, consistentes, respectivamente, em proclamar o máximo bem-estar possível dos não desviantes e infligir o mínimo mal-estar possível aos desviantes, em consonância com o fim geral da máxima tutela dos direitos de uns e outros, da limitação da intervenção estatal e minimização (contenção) da violência na sociedade. Tais objetivos estão fulcrados no intento de oferecer critérios de justificação e orientação do poder potestativo de proibir e punir, configurados como instrumento de seleção dos interesses a proteger e a disciplinar as reações a sua lesão.²⁸²

Todavia, esse modelo garantista se apresenta defasado de sua gênese constitucional, em razão da limitação de abordagem no trato dos direitos fundamentais de essência coletiva. Em muitas ocasiões esse sistema se vê desmentido pelas práticas da realidade cotidiana que palpita nas ruas, nos bairros e nas favelas na insurgência de uma sociedade do risco. O distanciamento desse sistema da concretização de direitos fundamentais da pessoa ocasiona a obstaculização, em maior ou menor grau, da aplicação efetiva do paradigma constitucional.²⁸³

Por isso, muitas questões se levantam, demandando inevitáveis reflexões: como podemos conceber a extremada posição da maximização de garantias do indivíduo acusado da prática de crimes em detrimento dos direitos fundamentais destinados à coletividade – vítima indireta da ocorrência de delitos, tendo em vista a sociedade complexa em que vivemos? Como resguardarmos a sociedade e suas garantias comunitárias à segurança pública e convívio pacífico, limitando as ações (preventivas ou punitivas) do Estado porque se pressupõe que este seja “mau” em suas intervenções?

²⁸¹ BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi di. Dos delitos e das penas, p. 66.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pp. 336-337.

²⁸³ Ibid., p. 337.

São questões importantes que teriam fácil resposta à época iluminista. Entretanto, atualmente, tais perguntas ganham pertinência e exigem respostas, tendo em vista a escalada da criminalidade urbana e as deficiências do aparelho estatal na tentativa de continuar a manter o controle preventivo da segurança pública, o exercício do monopólio da jurisdição penal aos acusados da prática de crimes, bem como, o êxito no cumprimento da pena aos condenados, em instituições prisionais de nosso país.

Desse modo, a referida escola teórica, em nosso país, limita-se a circunscrever suas proposições em apenas um dos dois lados da moeda, esquecendo-se de que, do outro, existem comunidades, igualmente compostas de cidadãos, flageladas pela violência em suas variadas formas, bem como pela disseminação da criminalidade urbana.

A partir disso, podemos indicar o primeiro equívoco da teoria garantista. Conforme vimos acima, o garantismo foi concebido como crítica dos sistemas penais, tendo como pedra de toque a preservação dos direitos individuais do homem, balizados pela separação do direito e da moral.²⁸⁴

Para tanto, refere-se o posicionamento de Hart, para quem as regras morais impõem obrigações e retiram certas zonas de conduta da livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece. Para Hart seria equivocado supor a co-existência da moral e do direito dentro de um sistema jurídico, sustentando que ambos possuem exigências diversas. Segundo o autor:

Tal como um sistema jurídico obviamente contém elementos estreitamente ligados com os casos simples de ordens baseadas em ameaças, também contém óbvia e igualmente elementos estreitamente ligados com certos aspectos da moral. Igualmente, em ambos os casos, existe uma dificuldade em identificar precisamente a relação e uma tentação de ver uma identidade na sua conexão obviamente estreita. Não só o direito e a moral partilham um vocabulário, de tal modo que há obrigações, deveres e direitos, quer morais, quer jurídicos, mas também todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais. O homicídio e o uso gratuito da violência são apenas os exemplos mais óbvios da coincidência entre as proibições do direito e da moral. Mas ainda, existe uma idéia, a de

²⁸⁴ Muito embora, tal inferência teórica tenha prevalecido na Idade Média, em função da confluência entre delito e pecado, fato que implicava na necessidade de separá-los, tendo em vista a inversão paradigmática sucedida entre teocentrismo e antropocentrismo, levada pelo processo secularizador do homem. Assim, a acepção que aqui, queremos trazer à tona, com base em Hart e Dworkin, tem por fim, eliminar aquele ranço dos tempos iluministas, com o intuito de proclamar uma revitalização da exatidão dos sentidos sistêmicos do garantismo na atualidade. Para tanto, as premissas de Hart e Dworkin – mesmo que divergentes entre si, nos auxiliam nesse trabalho de depuração de sentido envolvendo o direito e a moral, na esfera penal contemporânea.

justiça, que parece unir ambos os campos: é simultaneamente uma virtude especialmente apropriada ao direito e a mais jurídica das virtudes. (...) Estes fatos sugerem o ponto de vista de que o direito é mais bem compreendido como um ramo da moral ou da justiça e de que a respectiva congruência com os princípios da moral e da justiça é da sua essência, mais do que a sua integração por ordens e ameaças. Esta é a doutrina característica não só das teorias escolásticas do direito natural, mas também de alguma teoria jurídica contemporânea que se mostra crítica, face ao positivismo jurídico herdado de Austin. Porém, aqui de novo as teorias que fazem esta assimilação estreita entre o direito e a moral parecem, no fim, confundir freqüentemente uma espécie de conduta obrigatória com a outra e deixar espaço insuficiente para as diferenças em espécie entre as regras jurídicas e as morais e para as divergências nas suas exigências. (...) É característico das oscilações entre os extremos, que constituem a história da teoria jurídica, que aqueles que não viram na assimilação estreita do direito e da moral mais do que uma inferência errada do fato de o direito e a moral partilharem um vocabulário comum de direitos e deveres, tivessem protestado contra ela, em termos igualmente exagerados e paradoxais.²⁸⁵

Entretanto, Dworkin rechaça tais posicionamentos defensores da desvinculação entre direito e moral concernentes à existência do direito e de deveres jurídicos impostos. Dworkin entende que o direito e os deveres jurídicos possuem fundamentos morais *prima facie* para a afirmação de suas respectivas existências em nosso sistema jurídico. Por essa razão, considera a idéia de que os direitos jurídicos devem ser entendidos como uma espécie (que decorre) dos direitos morais. Tal inferência é crucial à teoria desenvolvida por Dworkin, e, afirma ainda, que a doutrina positivista contrária pertence ao “mundo peculiar del esencialismo jurídico”, o qual nos é dado conhecer de modo pré-analítico, acerca dos direitos e deveres destituídos de nenhuma fundamentação ou força.²⁸⁶

Creemos que é importante, para compreender o tipo de contribuição que pode brindar uma filosofia do direito, que seja descritiva e geral a esta compreensão do direito, ver que quaisquer que sejam os méritos de sua teoria interpretativa geral, a crítica que faz Dworkin da doutrina, no sentido de que os direitos e os deveres jurídicos podem estar desprovidos de força ou justificação moral é equivocada.

Esse equívoco pode ser delineado pelas seguintes razões: os direitos e deveres jurídicos constituem o ponto em que o Direito, junto com seus recursos coercitivos, protege e

²⁸⁵ HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 12.

²⁸⁶ RODRIGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. H.L.A. Hart, Ronald Dworkin. Traducción: Magdalena Holguín e Juan Manuel Pombo Abondano. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2000, pp. 130-131.

restringe a liberdade individual, ao passo que confere ou nega às pessoas o poder de utilizar a máquina coercitiva do Direito. Por isso, mesmo que as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos modais naquelas operações do Direito que são de extrema importância para os seres humanos com independência dos méritos morais das leis. Não é, portanto, correta a afirmação de que os direitos e deveres jurídicos só podem ter sentido no mundo fático sem que haja fundamentos morais para a(con)firmação de sua existência.²⁸⁷ Além disso, como referido a pouco, para o garantismo a aplicação da pena não pode ser influenciada por juízos morais. Observe-se que há uma confusão de sentido nessa quadra da história, entre a concepção iluminista de separação do direito e da moral²⁸⁸ e a concepção do Direito Penal do Autor, irradiando frontalmente no conceito Dworkiano de direito, em contraposição à Hart. Explico: os juízos morais a que se referem os paradigmas garantistas constituem-se, atualmente, nos elementos forjadores do Direito Penal do Autor, devendo estes, serem afastados em prol do Direito Penal do Fato no instante da aplicação da pena, sob o abrigo do paradigma constitucional. Todavia, não podemos conceber uma análise judicial que relegue o conceito de Direito (Penal) à sua desvinculação da moral, sob pena de eliminarmos a extensão do conceito de Direito.

A segunda crítica, passível de formulação, reside na inobservância da advertência formulada por Ferrajoli (referida em linhas anteriores), caracterizada pela necessidade de se evitar uma limitação teórica do garantismo por meio do formalismo, legalismo ou processualismo. Amiúde, o sistema penal garantista em *terra brasilis* não observa as premissas de Ferrajoli, eis que, para se programar um direito penal de intervenção razoável na esfera privada do indivíduo, faz-se necessário observar a concretização dos direitos sociais

²⁸⁷ Ibid., pp. 130-131. A diferença mais sensível com relação à conexão entre Direito e Moral, entre a teoria do Direito desenvolvida por Hart e Dworkin se refere à identificação do Direito. Para Hart, a existência e conteúdo do Direito podem ser identificados com referência às fontes sociais do Direito – isto é: a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais, sem fazer referência à moral, exceto naqueles casos em que o Direito assim identificado tem incorporado em si mesmo critérios morais para a identificação. Por outro lado, segundo a teoria interpretativa de Dworkin, toda proposição jurídica que afirme que disse o Direito sobre um tema determinado implica necessariamente um juízo moral, posto que, de acordo com sua teoria interpretativa holística, as proposições jurídicas são verdadeiras só em si, juntamente com outras premissas, podem derivar daquele conjunto de princípios que melhor se adequam ao restante do Direito estabelecido e ministram sua melhor justificação. Esta teoria interpretativa holística geral possui, por conseguinte, uma dupla função: serve para identificar o Direito e, por sua vez, para ministrar sua justificação moral. Ibid., p. 132.

²⁸⁸ Conforme Salo de Carvalho: “Estabelecidas as regras de convivência social e os papéis (direitos e deveres) das partes (cidadão e Estado), a norma penal é extremamente limitada, de forma negativa (excludente), pela moral. Decorrente do processo de secularização implícito às teorias contratuais, não cabe ao Estado ingerência alguma na esfera interior. A intervenção é legítima somente quando a conduta (ativa ou passiva) causar perceptível dano externo”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 43.

máximos, o que, segundo Streck e Feldens, caso não se realize tal postura, persistiremos atrelados “(...) a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista”.²⁸⁹

Todavia, como elemento de caracterização da segunda crítica, os adeptos do garantismo, no Brasil, não se arvoram na amplitude teórica de Ferrajoli, quando este proclama a tutela (proporcional) de direitos sociais máximos, pois como referimos, há uma séria limitação da realidade constitucional sob o viés garantista no Brasil, que se sustenta na mera limitação da intervenção do Estado na vida do indivíduo, esquecendo-se da concomitante prevalência (igualmente constitucional) de bens jurídico-coletivos, especialmente o atinente à segurança pública. Nesse sentido, Lênio Streck enuncia que:

Embora preocupados – de forma acertada, diligente e democrática – com o arbítrio estatal, as mazelas do direito penal e as misérias do processo penal, tais juristas incorrem igualmente em um paradoxo, porque, ao repudiarem o uso do direito penal para o enfrentamento das infrações que lesam bens jurídico-sociais, deixam de lado esse importante mecanismo para o alcance daquilo que o próprio Ferrajoli denominou de “direitos sociais máximos”, circunstância que possibilita um “direito penal mínimo”, igualmente por ele proposto. Nesse sentido, entendo que o enunciado “direito penal mínimo – direito social máximo” traduz-se em uma equação que desembarca tardiamente em países de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*. E, convenhamos, mesmo nos países em que o Estado Social foi/é uma realidade, o direito penal continua a ser utilizado no combate de crimes que tratam de bens jurídicos “sociais”, ou seja, na Europa ninguém tem dúvidas, por exemplo, que os crimes fiscais e outros desse *jaez* devem ser punidos com rigor. Dito de outro modo: direito penal mínimo e direito social máximo é um paradoxo em países de modernidade tardia²⁹⁰

Sob tais influxos, o sistema garantista tem apresentado variações doutrinárias quanto ao modo de tutela de bens jurídicos. Tais variações podem ser descritas como sendo o garantismo positivo e o garantismo negativo. O primeiro pode ser caracterizado pela chamada proibição de proteção deficiente por parte do Estado (e do Poder Judiciário). Segundo Streck, ocorre “(...) onde a aplicação dos direitos fundamentais de proteção, na perspectiva do dever

²⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz; e FELDENS, Luciano. Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19. Consoante os autores: “(...) isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da sociedade brasileira”. Assim, “Desde o prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como o insculpido no texto constitucional brasileiro, não é ocioso situar os bens merecedores de tutela no terreno do social, uma vez que, diagnosticada sua primazia constitucional, apresentam-se como condições qualificadas de funcionamento e amálgama da Sociedade”. *Ibid.*, p. 24.

²⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, 2005, pp. 163-187.

de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”. Já o segundo, o garantismo negativo, se consubstancia na proteção contra os excessos praticados pelo Estado na persecução, processamento e execução penal, encontrando restrições junto ao princípio da proporcionalidade.²⁹¹

Consoante Ferrajoli, havendo alterações dos direitos objetos de tutela, alteram-se, também, as técnicas normativas predispostas em garantia dos mesmos: se aos direitos de liberdade correspondem garantias negativas, caracterizadas como limites ou proibições de fazer, aos direitos sociais correspondem garantias positivas, consistentes em obrigações de prestações individuais ou sociais.²⁹²

É por essa razão, que o Direito Penal deve ser impregnado visceralmente pelos princípios constitucionais, a fim de proteger os demais cidadãos (não desviantes da aplicação abusiva do próprio direito penal), quando este opta por um garantismo positivo, cuja proteção dos bens jurídicos será deficiente. Segundo Streck:

Portanto, mais do que proporcionar a resposta correta para aquele caso concreto, a jurisdição constitucional permite que, mediante uma sentença redutiva (‘a lei x é inconstitucional se aplicada à hipótese y’), desde que dotada de efeito *erga omnes*, possa-se proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva do direito penal (violação do princípio da presunção de inocência e o uso do direito penal sob o manto da responsabilidade objetiva, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito).²⁹³

Observa-se assim, a importância do trabalho de interpretação e aplicação dos princípios, tendo em vista, que o dever do intérprete, é se manter fiel à finalidade e à valoração que os princípios constitucionais incorporam ao ato de interpretar, afim de orientá-lo na reconstrução do valor fundamental agregado ao enunciado, remetendo-o, por fim, às circunstâncias fáticas existentes no processo penal. Tal ato de (re)construção implica na necessidade de (re)leitura da norma ordinária processual penal, em consonância com os

²⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, p. 269. A respeito disso, inclusive, o autor também descreve tais conjunturas em um dos seus artigos, estando ele assim referenciado: STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n.º 97, março/2005, p. 180.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, p. 28.

²⁹³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, p. 271.

valores perquiridos pelo espírito democrático constitucional, que orientaram os legisladores constituintes de 1988.

4.3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A MÁXIMA REPULSA AO INIMIGO

Diante do aludido, acerca do tradicional sistema penal garantista, podemos constatar o seu descompasso com a realidade da sociedade contemporânea, especialmente no que diz respeito à sua complexidade e gestão de importantes e pertinentes riscos que incidem sobre essa sociedade (pós-industrial), exercendo forte influência sobre os modos de conformação da política criminal na atualidade.

Com isso, e a título de exemplo, em sistemas jurídicos comparados, Ripollés tem sustentado a tese de que a atual política criminal espanhola só é suscetível de uma cabal compreensão se assumirmos a tese de que temos entrado em uma dinâmica que tende à progressiva superação do modelo penal garantista, sucedendo-se, por conseguinte, outros modelos penais disponíveis, como o ressocializador ou o de justiça restaurativa.²⁹⁴

Todavia, o modelo penal que tem se sobressaído e ganhado mais adeptos a cada dia, até como consequência da sensação generalizada de insegurança e pelo aumento massivo das taxas de criminalidade, é o modelo de expansão do Direito Penal, eivado de seus efeitos inocuidadores de restrições de garantias, especialmente, as de âmbito individuais frente à persecução penal desencadeada pelo Estado.

Assim, a sanção criminal passa a ter nova formatação nesse novo modelo de segurança cidadã. Segundo Mir Puig, as modificações das medidas de segurança²⁹⁵ passam a ser concebidas de outro modo: não supõem a ameaça de um mal para o caso em que se

²⁹⁴ RIPOLLÉS, José Díez. Op. Cit., p. 81.

²⁹⁵ Não estamos a nos referir às medidas de segurança constantes nos artigos 96, 97, 98 e 99, todos do Código Penal brasileiro, caracterizada pela internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; ou a sujeição à tratamento ambulatorial, para os casos de acusados criminais inimputáveis ou semi-inimputáveis. Nossa intenção, no texto, reside na explicitação de um modelo contemporâneo de Direito Penal, e, no presente caso, a expressão “medida de segurança”, utilizada por Mir. Puig refere-se ao modelo criminal espanhol, com fortes influências no Brasil, acerca da antecipação das barreiras criminalizantes no curso da conduta (tida como infratora).

cometa um delito, senão que, um tratamento dirigido a evitar que um sujeito chegue a cometê-lo. Desse modo, enquanto a pena se viola pela prática de um delito já perfectibilizado, a referida medida de segurança se impõe como medida de evitá-lo. Conceitualmente, as medidas de segurança não pressupõem a comissão de um delito prévio, senão o perigo de um delito futuro. Assim, o Direito Penal espanhol tem se caracterizado durante longo tempo por prever um amplo elenco das medidas de segurança pré-delitivas, chamadas assim, porque não exigem como pressuposto a comissão prévia de um delito. Para Mir. Puig, tais medidas são de duvidosa constitucionalidade.²⁹⁶

Sob tais pilares, Demetrio Crespo aduz que a problemática do chamado Direito Penal do inimigo traz em sua gênese uma velha discussão: a tensa relação entre liberdade e segurança. Para o autor, no modelo do Direito Penal do inimigo, essa contraposição se resolve unilateralmente em favor dessa última.²⁹⁷

Nesses termos, a referência central da estratégia esboçada consistia no desenvolvimento de um modelo penal alternativo ao da segurança cidadã, capaz de superar de forma ampla e em termos pragmáticos, mas não só ético-políticos, o emergente modelo da segurança cidadã. O modelo penal do Estado de Bem-estar indicado deveria estar em condições de demonstrar a maior eficácia e efetividade de uma aproximação da delinquência, desde suas causas pessoais e sociais, e não desde seus sintomas ou manifestações imediatas, ao passo que deveria forjar os mecanismos sociais de prevenção da criminalidade no marco das intervenções próprias do Estado Social do Bem-estar. Sobre essa sólida base não deveria haver problemas para defender a persistência de um conjunto de garantias bem assentadas nas crenças sociais, cuja independência do modelo de intervenção penal escolhido estaria direcionada à preservação dos cidadãos dos possíveis abusos dos poderes públicos durante a persecução penal.²⁹⁸

²⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, p. 53. As diferenças assinaladas entre a pena e a medida de segurança não devem ocultar os importantes pontos de contato entre ambos os conceitos. Para o autor, e isso é fundamental, a medida de segurança não se impõe como mal buscado, mas, pelo certo, é que de fato, supõe um meio de privação dos direitos básicos da pessoa em grau não menor que a pena. *Ibid.*, p. 53.

²⁹⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. *El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006, p. 474.

²⁹⁸ RIPOLLÉS, José Díez. *Op. Cit.*, pp. 81-82.

Tal panorama está a demonstrar a falta de plausibilidade na tarefa de levar a cabo uma cuidadosa caracterização dos agentes sociais, impulsionadores da vigente orientação securitária, e de quais são os interesses e motivações determinantes. Também convém aludir as escassas contribuições que o pensamento garantista – fortemente apegado em atitudes principialistas – vem realizando na acomodação da intervenção penal frente aos novos problemas e necessidades sociais. Por outro lado, não podemos ignorar as crescentes correntes doutrinárias que tem optado por uma contemporização com as novas propostas conectadas ao modelo da segurança cidadã, que começam a ganhar identidade ideológica necessária para sua credibilidade científica e social.²⁹⁹

Sendo assim, a expansão do Direito Penal e a criminalização máxima de quaisquer condutas conduziram a uma nova formatação da política criminal em tempos modernos. Assim, a criminalidade de massa nos países latinos, o terrorismo na América do Norte e Europa, as constantes divergências de interesses inter-estatais e o progresso tecnológico bélico, mediante o desenvolvimento de armas químicas, introduziram no cotidiano das comunidades globais um clima de desconfiança generalizada, ocasionando a introspecção e o isolamento (egoístico) do indivíduo em relação aos outros.

Dentro dessa realidade cambiante, o sistema penal posto já não mais responde, se é que algum dia respondeu, às demandas paradoxais de segurança pública e garantias do cidadão – alvo da persecução penal. Com isso surgem teorias e movimentos doutrinários no sentido de resguardar a coletividade em detrimento do indivíduo-infrator, em razão do descontrole da violência.

A mais radical das teorias de política criminal talvez seja a proposta por Günter Jakobs, mediante a construção teórica do Direito Penal do Inimigo. Jakobs pretende assim justificar a superação do paradigma garantista, dirigido ao indivíduo frente ao poder do Estado, no contexto atual em que estamos atualmente. Para ele “quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social”.³⁰⁰

²⁹⁹ Ibid., pp. 81-82.

³⁰⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 9.

Nesse contexto, para Demetrio Crespo, o problema do chamado Direito Penal do Inimigo reside na velha relação entre liberdade e segurança. Assim, no modelo do Direito Penal do Inimigo esse dilema é resolvido unilateralmente em favor da última.³⁰¹

Para o referido autor, esse Direito Penal do inimigo pretende despojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos, que devem ser tratados como meras fontes de perigo, merecedores da necessária neutralização a qualquer preço. Trata-se assim, a esses seres humanos, não como pessoas, mas como indivíduos perigosos, onde o Direito Penal despersonaliza parcialmente, com o fim de combater determinado tipo de delinquência (como a delinquência econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, a delinquência sexual, ou em geral, os delitos graves).³⁰²

Por essa razão, Demetrio Crespo aduz que o chamado Direito Penal do inimigo, toda vez que fixa seus objetivos primordiais em combater a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do Direito Penal do Fato, e se converte em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido Direito Penal do Autor. Para o autor, o Direito Penal do Inimigo é consequência, entre outros fatores, do uso simbólico do Direito Penal (entendendo para tanto, de modo geral, aquele que persegue fins distintos à proteção de bens jurídicos no marco constitucional) e da própria crise do Estado social.³⁰³

³⁰¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006, pp. 473-474. Consoante Demetrio Crespo, a contraposição entre liberdade e segurança pertence, sem dúvida, aos temas clássicos de Filosofia do Direito, assim como da Filosofia Política. A enorme repercussão que isso tem para o Direito Penal se explica só por esse motivo. Esses tópicos: liberdade-segurança, hermenêutica do dever-hermenêutica da liberdade, ser-dever ser do Direito, conectam-se com modelos de pensamento da Filosofia Política, que, por sua vez, se voltam ao Direito Penal através da discussão acerca dos fins da pena. Tais elementos para o autor constituem o ponto de partida e ponto de chegada da maior parte das reflexões que afetam a sua evolução dogmática e político-criminal. Ibid., p. 474.

³⁰² Ibid., p. 485. Importa contextualizar a referência do autor para as diferentes realidades que nos distancia. Estamos a nos referir sobre a delinquência econômica citada por Demetrio Crespo: no Brasil a delinquência econômica não chega a ser um delito tido como pernicioso, sendo até, tolerável, por vários motivos: consiste na criminalidade dos poderosos, e por isso eles estão acima do poder do Estado; como é executada sem violência ou grave ameaça à pessoa não é vista com repúdio pela população brasileira, o que explica o alto grau de tolerância social para delitos econômicos, bem como o tratamento penal diferenciado, perante o Poder Judiciário e policial brasileiro. Por tal razão, não podemos no Brasil inferir que a criminalidade econômica é alvo do Direito Penal despersonalizador, como afirma Demetrio Crespo na Europa.

³⁰³ Ibid., p. 495. Para Demetrio Crespo, ao Direito Penal do Autor corresponde um conceito de culpabilidade do autor, frente à culpabilidade pelo fato, sendo este típico do Estado de Direito. Boa amostra disso, segundo ele, é que na perspectiva processual, que a decisão acerca de quem é inimigo se torna a priori, ou seja, sem que o indivíduo saiba do que o acusam, e sem gozar de nenhum direito, sendo que Guantânamo é exemplo paradigmático e insólito no mundo civilizado.

4.3.1 O Direito Penal Simbólico e o ressurgir do punitivismo

Para adentrarmos na essência da concepção teórica do Direito Penal do Inimigo é necessário compreendermos o conteúdo do Direito Penal simbólico e a extensão do ressurgimento do punitivismo, elementos forjadores da referida concepção.

Consoante Pérez Cepeda, nas últimas décadas um fenômeno tem se reiterado no mundo ocidental: um forte aumento da politização do Direito Penal, acelerada pelos meios de comunicação de massas populistas direcionadas unilateralmente. A opinião pública quer ver resultados rápidos, e a isso os políticos reagem debilitando as garantias relativas à segurança jurídica, mediante a introdução de medidas legislativas simbólicas. Segundo a autora, essa é a tendência seguida no campo da criminalidade clássica, onde a cultura penal tem conseguido transmitir seu sentido de frustração ao sistema social, colocando em cena uma política criminal puramente demonstrativa, de estabilização social das necessidades de segurança através do aumento simbólico dos marcos da pena e do endurecimento do regime penitenciário. Para compensar, refere a autora, aparece um sistema penal reelaborado para a ocasião, que se trata de uma espécie de micro-sistema paralelo devidamente dirigido ao atingimento da efetividade a qualquer preço, e propositalmente distanciado da rede (constitucional) de garantias do cidadão.³⁰⁴

Assim, a expansão do Direito Penal, consoante delineamentos exarados no primeiro capítulo, repercute nos moldes da Política Criminal em voga. Nesses termos, conforme Cancio Meliá, o Direito Penal material e processual sofrem a influência de tendências congregadas em torno dos “(...) traços de um Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais”. Sob tais parâmetros, os fenômenos de expansão do Direito Penal podem ser especificados mediante a elucubração de duas linhas de conformação do Direito Penal do Inimigo: o Direito Penal simbólico e o ressurgir do punitivismo.³⁰⁵

³⁰⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: iustel, 2007, p. 51.

³⁰⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 56. Cancio Meliá adverte que as duas referidas linhas de evolução do Direito Penal do Inimigo não se mostram nitidamente no ordenamento legislativo, sendo, portanto, “aspectos fenotípicos-setoriais da evolução global”.

Por Direito Penal simbólico entende-se os fenômenos de nova criminalização, surgidos com o objetivo de deflagrar efeitos simbólicos, ou seja, essa concepção eivada de um sentido crítico está a se referir à intenção dos agentes políticos em difundir uma impressão pacificadora dos âmbitos de criminalidade reinantes, radicados no interesse de aplacar a insatisfação popular com relação ao Poder Público diante desse problema social. Segundo Ripollés, essa escassa idoneidade do Direito Penal, no sentido de fazer frente às novas necessidades da sociedade do risco priva de justificação à decadência, no melhor dos casos, a acomodação que a política criminal modernizadora faz do Direito Penal Garantista, e que pode conduzir à sua desnaturalização. Em suma, a política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente os comportamentos que a preocupam, termina consignando ao Direito Penal uma função meramente educadora, que lhe faz cair nas redes do direito penal simbólico.

306

Sendo assim, o autor esclarece que o Direito Penal simbólico não está adstrito “(...) a um grupo específico de infrações penais, caracterizadas por sua inaplicabilidade”. Sua consistência reside na especial importância outorgada pelo legislador “aos aspectos de comunicação política, a curto prazo, na aprovação das respectivas normas”.³⁰⁷ Sendo assim, para Cancio Meliá:

(...) o Direito penal simbólico não só identifica um determinado ‘fato’, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como ‘outros’, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do ‘outro’. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm relação fraternal.³⁰⁸

Dessa referida união entre o ressurgir do punitivismo e o Direito Penal Simbólico surge o Direito Penal do Inimigo que, segundo Jakobs, tal designação teórica não pretende

³⁰⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. Cit., p. 91.

³⁰⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 59. Segundo o autor: “Do exposto até o momento já fica claro que ambos os fenômenos aqui selecionados não são, na realidade, suscetíveis de ser separados nitidamente. Assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar a legislação, está nos efeitos simbólicos, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de meramente simbólicas, possam ensejar um processo penal real”. Ibid., p. 64.

³⁰⁸ Ibid., p. 65.

“ser sempre pejorativa”. Para o autor, o Direito Penal do Inimigo tem sua gênese radicada no tratamento do autor como uma fonte de constante de perigo. Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é um indicativo de uma pacificação insuficiente, atribuindo-se tal insucesso aos rebeldes. Além disso, tal concepção implica num comportamento pautado em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva.³⁰⁹ Sob tais perspectivas, Jakobs considera que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.³¹⁰

Sendo assim, Cancio Meliá refere que o Direito Penal do Inimigo, para Jakobs, é caracterizado por três elementos: primeiramente está pautado por um amplo e desmedido adiantamento da intervenção criminal, centrando-se no fato futuro, e não no fato presente; também, está pautado pela inclusão de penas altas e desproporcionais, sendo que a antecipação da intervenção penal não é pressuposto de diminuição da pena, tendo em vista a inexistência de um resultado lesivo, por exemplo; e, por fim, sua característica mais proeminente reside na relativização, e, em alguns casos, na supressão das garantias processuais destinadas ao acusado.³¹¹

Dessas inferências teóricas, Jakobs correlaciona o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, no sentido de que ambos não aparecerão na realidade de modo estanque ou puro. Para o autor:

No processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito Penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas duas tendências opostas se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor

³⁰⁹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 21-22.

³¹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 49.

³¹¹ Ibid., p. 67.

como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.³¹²

Sobre tal assertiva teórica, Zaffaroni refere que é importante esclarecer que a proposta de Jakobs está estribada na boa-fé, pois quando propõe distinguir um direito penal para o cidadão e outro para o inimigo, o faz imaginando que ambos funcionem num Estado de Direito, como o fizeram muitos autores em momentos anteriores.³¹³ Ademais, tal postura

³¹² JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 21.

³¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La legitimación del control penal de los extraños. Artículo publicado junto al Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires, a la memoria de Alfonso Reyes Echandía, 2005, s/p. Segundo Zaffaroni: Pode buscar-se em Protágoras e em Platão a pré-história do direito penal do inimigo. Platão, por exemplo, desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a idéia de que o infrator é inferior por sua incapacidade para ascender ao mundo das idéias puras, e, quando tal incapacidade é irreversível deverá ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventivo-geral e especial da pena, porém também postulava um direito penal diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade. Porém, desde o restabelecimento do poder punitivo há oito séculos, toda teoria de pluralidade de direitos penais se pautou em emergências, ou seja, em ameaças à sobrevivência mesma da sociedade que assumia o caráter de guerras e, também, reduzia o direito penal e direito administrativo e as penas a coerção direta. A primeira emergência foi teorizada pelos criminólogos medievais, chamados de demonólogos. O procedimento inquisitorial obrigava, mediante tortura, a denúncia de outros suspeitos, de modo reprodutivo ao infinito. A etiologia do mal (bruxaria) respondia a um discurso teocêntrico/biológico, fundado na inferioridade da mulher. Nessa concepção, os piores inimigos eram aqueles que negavam a existência ou o poder das bruxas, pois consideravam que a bruxaria era um crime mais grave que o pecado original. Com a modernidade, foi-se abandonando as teorizações teocêntricas/biológica, retomando-se o ideal de Platão, e se passou a deixar o estranho fora do direito penal para livrá-lo das medidas policiais (direito administrativo), em especial se tratava de sujeitos incômodos ou indisciplinados (perigosos potenciais). Pode-se teorizar-se nesse sentido, partindo do próprio Hegel, pois desde que para ele toda relação jurídica pressupunha liberdade de vontade, quem não é autoconsciente não pode entrar nessa relação. Como o estranho não é autoconsciente não pode ser submetido à pena, eis que não atua com relevância jurídica e não pode cometer um delito, senão que só representar um perigo, como um animal que foge do zoológico. Diante disso, só há um passo para convertê-lo em inimigo quando seja refratário. Justo é reconhecer que Hegel não recorreu esse caminho, ainda que suas inferências relativas à cultura colonizada permitissem deduzi-las. Com o retorno ao inquisitivo, operado pelo positivismo criminológico se teorizou todo o direito penal como direito administrativo e todas as penas como medidas de coerção direta frente a perigos. O estranho, tanto o criminoso grave, quanto o infrator dissidente voltaram a ser biologicamente inferior, não em razão do gênero, como no caso das bruxas, senão por patológico ou como membro de uma raça não suficientemente evoluída. A pena desapareceu, substituída por medidas administrativas de coerção direta destinadas a conter o perigo que os infratores apresentavam para a sociedade. Os juízes assumiam a função de policiais e os estranhos (identificáveis pelo estereótipo) resultavam muito mais perigosos que os iguais e, dada sua inferioridade imodificável, só cabia eliminá-los. Os iguais também eram submetidos a medidas policiais, todavia, só os estranhos eram eliminados. As expressões mais grosseiras dessa periculosidade pertencem a Rafael Garófalo, quem afirmava que a ciência penal tem por objeto a defesa contra os inimigos naturais da sociedade, e que a indulgência dos magistrados não é mais que um triunfo da lógica conseguida às custas da segurança e moralidade sociais. Numa variação mais positiva do positivismo, Franz Von Liszt propunha a imposição de penas ressocializadoras para os iguais (equivocados) e penas meramente intimidatórias para ocasionais (muito iguais). Todavia, os incorrigíveis (os verdadeiros estranhos, incluindo as categorias de criminosos graves e incômodos), ante a impossibilidade de matá-los, ou deportá-los, optava por impor-lhes penas de eliminação. Essa última categoria se dificultava na medida em que a doutrina voltava ao idealismo e, por onde, ao retomar-se o esquema que conduz a Hegel, seu discípulo Karl Stooss a substituiu por medidas administrativas policiais, inventando o que hoje se conhece como medidas de segurança. Desde o projeto suíço de Stooss se teoriza um direito penal para iguais e outro para estranhos, destinando aos primeiros penas retributivas e aos segundos medidas que estão com um pé no penal, e o outro na coerção administrativa direta, pois respondem à periculosidade positivista. Em definitivo, são penas sem os limites e garantias das penas, nas quais, e há tempos, se denuncia o embate aos etiquetamentos. Todavia, a elaboração mais extrema do tema do tratamento diferenciado ao estranho ou inimigo se deu na teoria de Mezger, acerca da elaboração de um projeto sobre os estranhos à comunidade, destinado a eliminá-los nos campos de

assume um fenômeno real, que é a repressividade da legislação penal, em um misto de retiro tático e resignação, tratando de impedir a extensão do fenômeno a todo o Direito Penal. Uma vez admitida que a questão é política, nossa hipótese é que nesse campo resulta intolerável a categoria jurídica de inimigo ou “estranho” no direito ordinário, seja na seara penal, seja na seara administrativa, no marco de um Estado de Direito, e assim, tais posicionamentos têm sido sempre reiterados, segundo o autor, ainda que se tenha teorizado com outros termos nominativos. Para o autor, tal modalidade de direito penal só se admite num modelo de estado absoluto, eis que a admissão da categoria jurídica de inimigo no direito ordinário (penal ou administrativo) introduz o germe da destruição do Estado de Direito, tendo em vista que suas instituições limitadoras e controladoras passam a ser um obstáculo à eficácia eliminatória.³¹⁴

Sendo assim, conclui Zaffaroni que, por óbvio, se argumentará que existe um Estado de Direito, e que este tem instituições e controles que impedem a arbitrária sinalização de inimigos. O autor concorda com tal assertiva, porém ao limitar as liberdades de todos para individualizar com eficácia os inimigos, se estreita a possibilidade de defesa dos cidadãos ante esses mesmos organismos, pois, por definição estamos neutralizando, ou, por menos ainda, debilitando os controles do Estado de Direito.³¹⁵

Contudo, além desse aspecto simbólico, há uma preocupação em posturas de criminalização progressiva de condutas, assentadas no aparecimento de novos tipos penais. Em algumas situações já criminalizadas, o processo consiste no endurecimento sancionatório. Sob tal contexto, Cancio Meliá refere a existência de um clima punitivista, sitiado no incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal.³¹⁶

Assim, segundo Jakobs, o Direito representa o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres. Numa concepção contratualista o autor observa que o descumprimento das cláusulas do clássico pacto social pelo indivíduo acarreta na sua mudança de *status*,

concentração e que, por certo, eram os mesmos que, para os positivistas, configuravam a vida má e incorriam na periculosidade sem delito.

³¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. Cit, s/p.

³¹⁵ Ibid., s/p. Segundo Zaffaroni: “La discusión sobre si la represión de los extraños debe ser penal o administrativa presupone la admisión política de la categoría de enemigos, que es lo que debe discutir con total claridad”.

³¹⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 60.

deixando de ser cidadão para tornar-se inimigo.³¹⁷ O indivíduo é excluído da relação social, política e jurídica da comunidade, transmutando-se no outro. Nesta seara, o trato do inimigo se dá por meio das ferramentas da coação.

Nessa seara, o delito é compreendido no sentido de que o delinqüente infringe o contrato, de modo que não mais participa dos benefícios deste. A partir deste momento não vive com os demais dentro de uma relação jurídica (civilizada). Sob tal égide, o infrator penal tido como inimigo não poderá gozar de seus direitos como cidadão, eis que o descumprimento do contrato social o expelle do círculo coletivo para um patamar de eliminação do mal (em si, mesmo).

Numa concepção sistêmica do Direito Penal do Inimigo, o procedimento e o trato com o inimigo modificam-se estruturalmente, tendo em vista as estruturas clássicas de acusação e defesa, e as garantias processuais inerentes ao acusado. Essa nova concepção tem o condão de deixar explícita a diferença entre aqueles que se afastam do pacto político, pelo cometimento de delitos, e daqueles que se mantêm fiéis ao ordenamento jurídico.³¹⁸ Nesse sentido, Jakobs predispõe a retirada do *status* de cidadão de quem opta por afastar-se do pacto social, tornando-se inimigo. Para ele, quem não vive sobre a base de uma imagem do mundo mais ou menos acertada, desde o ponto de vista das ciências naturais, perde de pronto, em uma sociedade moderna de corte ocidental, todas aquelas oportunidades que se estimam vantajosas.³¹⁹

Assim, o terrorista, na concepção de Jakobs, rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e, por isso, persegue a destruição dessa ordem. A perda de cidadania e a conversão do sujeito em inimigo refletem profundamente tais questões, situando-o numa espécie de grau zero de tutela (e tolerância) constitucional. Tal fenômeno traduz-se na contra-ilustração.

³¹⁷ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 10.

³¹⁸ CALLEGARI, André Luís. Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como forma simbólica de Controle Social. Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 5.

³¹⁹ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em una teoría de un Derecho Penal funcional. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Civitas, 2000, p. 27.

Todavia, a essência dos postulados de Jakobs não está assentada na proteção dos bens jurídicos, mas no sentido de evitar uma diminuição da vigência da norma.³²⁰ Por isso, Jakobs refere que a sociedade é a construção de um contexto de comunicação, que em todo caso poderia estar configurada de outro modo, e não como está nos presentes termos (até porque, se não fosse assim, não seria uma construção). Tendo em vista, então, de que se trata da configuração, e não de uma constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, isto é, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens.³²¹

Assim, uma parte das normas segue sendo dada por um mundo racional, dentro do qual se produz, na era moderna, a comunicação que é de comum acordo, e que não necessita de uma estabilização especial para sedimentar-se; essa parte das normas se encontra assegurada de modo suficiente pela via cognitiva. Outra parte das normas constitutivas da sociedade carece por completo de tal força genuína para promover sua autoestabilização; assim, concretamente, todas aquelas normas que, conforme a concepção da sociedade não possam se representar como dadas previamente, isto é, não podem representar-se como leis naturais, e, no momento atual, tampouco, como leis reveladas, senão que, só por normas feitas por boas razões. Enquanto as normas do primeiro tipo conformam uma base de comportamento obrigada para todo aquele que resulta acessível – e quem não tem acesso a ela é socialmente incompetente – sobre as normas do segundo tipo cabe dispor subjetivamente, ao menos no caso concreto.³²²

Desse modo, a causa da evidente contingência dessas normas, ou ainda, a causa da ausência de identificação da vontade correta em relação com as normas jurídicas, e também morais, sua vigência há de garantir-se, de outro modo, precisamente, através de uma sanção. E, no caso de normas jurídico-penais, portanto, através de uma pena imposta em um procedimento formal. Desde o final do Direito natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, senão que, a sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto do mundo do

³²⁰ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

³²¹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 26. Para o autor, o contexto de comunicação deve ser capaz de manter sua configuração frente aos modelos divergentes, se quiser evitar que toda divergência se tome como começo de uma evolução, pois do contrário não se poderia distinguir o que é evolução do que é casual. Ibid., pp. 26-27.

³²² Ibid., p. 28. Jakobs utiliza a seguinte fórmula para exprimir tal inferência: uma vontade defeituosa embasada em um conhecimento defeituoso é sinal de incompetência e congrega em maior ou menor medida uma pena natural, enquanto que o defeito volitivo isolado não gera o temor por si só de conseqüências negativas oriundas do comportamento censurável.

infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.³²³

De modo diverso a essa concepção, Bustos Ramírez entende que o Direito Penal como disciplina não pode ter só como objetivo a norma, pois esta não tem validade em si mesma. Sua validade provém da política criminal. As normas penais devem estar expostas à permanente revisão crítica desde a realidade social que, com elas – normas penais – se correlaciona de modo fenomênico. Por isso, segundo o autor, não deve ser alheio ao Direito Penal em particular a informação que proporcionam as ciências que se dedicam ao estudo dos fenômenos sociais, da criminologia em especial. Deve haver, em consequência, uma permanente interação entre a criminologia, a política criminal e o direito penal.³²⁴

Diante disso, para Bustos Ramírez, a política criminal guarda relação com a questão criminal dentro de um sistema penal, isso implica considerar todo o processo de criminalização. Não apenas o de criação da norma (criminalização primária), senão também o de aplicação da norma (criminalização secundária). Logo, isso significa que a visão crítica político-criminal não só alcança as normas (penais, processuais, penitenciárias), senão que alcança as instâncias concretas em que atuam os operadores sociais, isto é, a polícia, o processo penal, o subsistema penitenciário, os diferentes organismos auxiliares (assistentes sociais psicólogos, psiquiatras, médicos, etc).³²⁵

Todos esses aspectos formam uma unidade. Por isso, além de conceber-se um corpo coerente de leis penais, processuais e penitenciárias, se requerem, com urgência no caso do Brasil, instituições e agentes públicos que funcionem coerentemente com os princípios político-criminais que os inspiram e que não outros que os componentes do Estado social e democrático de direito.³²⁶

Tal predomínio teórico de Jakobs propicia-nos instaurar uma reflexão acerca da incompetência e da ineficiência do Estado, no que diz respeito à manutenção de políticas públicas eficazes, bem como no desenvolvimento de uma segurança pública coerente com o

³²³ Ibid., p. 28.

³²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 31.

³²⁵ Ibid., p. 31. Tanto é assim, segundo o autor, que ter uma boa lei não significa nada.

³²⁶ Ibid., p. 31.

caráter civilizatório, isto é, o Estado transfere sua responsabilidade ao infrator-inimigo pela conduta transgressora ao pacto social, retribuindo os males causados pelo delito, mediante um tratamento procedimental diferenciado, num modelo totalmente desproporcional, onde o peso da máquina estatal recai sobre o inimigo com rigor e severidade, buscando, com isso, uma ilusória prevenção geral e a credibilidade do sistema punitivo estatal.

Nesse marco teórico surgem as chamadas três velocidades do Direito Penal, distinguindo as espécies de delitos perpetrados, ao passo que, cataloga e categoriza o perfil do infrator, mediante a eleição da pena e do correspondente procedimento processual a incidir em virtude da qualidade de acusado, não sobre o fato.

Nesses termos, conforme Callegari, o Direito Penal de primeira velocidade seria aquele relacionado aos delitos clássicos, sujeitos às penas privativas de liberdade, tais como: homicídio, furto, estelionato, etc. Nesse caso, os requisitos da imputação e as garantias constitucionais e processuais, decorrentes do Estado Democrático de Direito, seriam observadas.³²⁷

No que tange ao Direito Penal de segunda velocidade, os delitos compreendidos nessa categoria seriam aqueles resultantes das conseqüências do processo de modernização tecnológica, referidos em linhas anteriores, responsáveis, consoante Callegari, pelo surgimento de “novos riscos à sociedade globalizada (delitos ambientais), não sendo o caso de serem sancionados com pena privativa de liberdade, mas, com sanções de restrições de atividades, multas ou inabilitações”.³²⁸ Tendo em vista, nesse caso, que o bem jurídico liberdade não estaria a mercê de restrição, tal categorização consiste numa flexibilização das regras de imputação e das garantias, a fim de empreender maior agilidade no julgamento das infrações dessa natureza.

Por fim, haveria uma terceira velocidade do Direito Penal, reservada aos delitos graves, como o terrorismo e a criminalidade organizada. Nessa categoria, ocorreria, conforme Callegari, “a relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e supressão de

³²⁷ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 5.

³²⁸ CALLEGARI, André Luís. Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como forma simbólica de Controle Social. Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 5-6.

garantias processuais e de execução penal, sendo uma espécie de Direito de guerra, onde estaria inserto o denominado Direito Penal do inimigo”.³²⁹

Por ocasião, Silva Sánchez tem denominado de Direito Penal de terceira velocidade a proposta político-criminal vinculada ao âmago do Direito Penal do Inimigo. Para o autor, essa terceira velocidade exasperadora da intervenção penal em certos âmbitos sociais se produz dentro de um discurso sobre o Direito Penal da sociedade do risco, que acaba de propor para as novas formas de delinqüência conectadas à sociedade tecnológica e à criminalidade praticada por poderosos uma retirada significativa da intervenção penal. Essa retirada, concretada no Direito Penal de segunda velocidade, possibilitará que a mudança de uma flexibilização dessas garantias se retire a pena de prisão do catálogo de penas previstas para tais comportamentos, uma vez esgotado as possibilidades de um direito administrativo sancionador.³³⁰

Segundo Ripollés, o Direito Penal de terceira velocidade está projetado para uma criminalidade muito peculiar e distinta, confirmada, facilmente, enquanto se atende às áreas preferenciais de intervenção desse Direito Penal de maior severidade e aridez. Contudo, defende-se em excluir a criminalidade oriunda da delinqüência sócio-econômica dessa área de intervenção drástica do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que tais delitos pertenceriam ao setor mais brando da segunda velocidade punitiva. Assim, esse novo Direito Penal (de terceira velocidade punitiva) ficaria encarregado de neutralizar a delinqüência patrimonial profissional, a delinqüência sexual violenta ou reiterada, a criminalidade organizada, o narcotráfico, a criminalidade de Estado e o terrorismo.³³¹

Assim, segundo Callegari, essa classificação tríade, representa o marco teórico do expansionismo do Direito Penal, responsável por situar no debate político-criminal, o estigma de inimigo.³³² Sob tal perspectiva, qualquer infrator – ou suspeito de ser um infrator da lei penal, que carregue consigo os estereótipos desencadeadores da neutralização, em função do exercício de um Direito Penal do Autor – não poderá fazer jus às garantias do cidadão, insertas na Carta Constitucional, e de incerta aplicabilidade fática no processo penal

³²⁹ Ibid., pp. 5-6.

³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

³³¹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. Cit., p. 112.

³³² CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p. 6

brasileiro, sendo este indivíduo-infrator, o principal destinatário das áridas políticas criminais ou penais atuais.

Sendo assim, o Direito Penal de terceira velocidade justifica sua existência em dois fundamentos consignados por Silva Sánchez: de um lado a conveniência de reagir de forma enérgica diante das condutas graves, ante a postura de negação frontal (do inimigo) aos princípios políticos ou sócio-econômicos mínimos de nosso modelo de convivência; por outro lado, a necessidade de assegurar a efetividade da reação penal a tais condutas, superando as dificuldades adicionais de persecução e reunião de provas contra o acusado-inimigo, de modo a facilitar a atuação dos órgãos públicos direcionados a tratar da criminalidade.³³³

Nesse sentido, Zaffaroni, denomina de estranho ao corpo social o inimigo rotulado por Jakobs. A grande justificativa teórica da distinção entre o cidadão e o inimigo reside no alto teor de periculosidade social que este representa para a coletividade. Consoante o autor:

Los jueces asumían la función de policías (como en Malleus) y, por supuesto, los extraños (reconocibles por el estereotipo) resultaban mucho más peligrosos que los iguales y, dada su inferioridad inmodificable, sólo cabía eliminarlos. El planteo teórico cancelaba el viejo trato diferencial de matriz hegeliana, los iguales también eram sometidos a medidas policiales, sólo que las destinadas a los extraños eram eliminatorias.³³⁴

Não obstante a referida consideração, Garófalo sustentava que a ciência penal tem por escopo a defesa contra os inimigos naturais da sociedade, e que a indulgência dos magistrados não é mais que um triunfo da lógica conseguida às expensas da segurança e moralidade sociais.³³⁵ Assim, evidencia-se a perspectiva do Direito Penal do inimigo, no sentido de estigmatizar e inocuizar o “outro”, que não observa o pacto social e nem suas regras de convivência em grupo.

Por fim, a compreensão mais exata dos meandros do Direito Penal, de concepção inocuizadora, encontra-se na passagem do próprio Jakobs:

³³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., pp. 165-166.

³³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. Artigo elaborado no Departamento de Derecho Penal y criminología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires, s/d, p. 1.

³³⁵ GARÓFALO, Rafael. La Criminología. Trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, s.d. p. 7, 11, 14.

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.³³⁶

É, portanto, sob tais fundamentos que o Direito Penal do Inimigo deseja encontrar guarida no seio da Política Criminal vigente, ancorando-se na lesividade dos comportamentos referidos acima, ao passo que, comunica à sociedade a necessidade de renunciar a um grau de liberdade em prol de reforço na segurança (cidadã).³³⁷

Observe-se, com essas questões acima delineadas, que a viabilização de uma terceira velocidade em nosso Direito Penal, irá transferir o custo da máquina administrativa, num primeiro momento, para o indivíduo, que poderá ser confundido ou considerado um inimigo em meio a uma persecução mal sucedida dos órgãos policiais; e, num, segundo momento, para a coletividade, que terá a aparência de uma utópica sensação de segurança, mediante a repressão estatal exacerbada e antidemocrática.

Em outras palavras: o Estado transfere a ineficiência de seu sistema de política criminal ao acusado (tido como inimigo), mediante sua flagelação frente à instituição estatal, arcando este, com o ônus advindo dos insucessos da persecução penal, pautada na ausência de coleta adequada de provas, na inexistência de uma investigação criminal inteligente e razoável – amparada em logística e perícia criminal, com profissionais qualificados e habilitados – aparelhados com recursos e estruturas de coleta hábil de provas idôneas, que venham a indicar (eficazmente) a autoria e a materialidade do delito no futuro processo penal. Muito pelo contrário, o Estado, sob tais perspectivas, ancoradas na relativização e na supressão de garantias constitucionais, opta por violar direitos (de envergadura constitucional) do indivíduo e da sociedade, em lugar de resolver a inoperância e a ineficiência dos órgãos policial-administrativos, direcionados a atuarem no combate ao crime.

Assim, é mais cômodo suprimir conquistas humanitárias apregoadas em nível constitucional, a reformar, estruturar e racionalizar os setores e os seus agentes públicos responsáveis pela direta persecução penal. Com isso, o Poder Público exime-se desse papel de

³³⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 49.

³³⁷ *Ibid.*, p. 49.

renovação das instituições públicas, e transfere ao contribuinte, ao cidadão e, por fim, à sociedade, os custos de uma Política Criminal infrutífera e mal projetada, que insiste em atuar de modo equivocado em meio à sociedade do risco.³³⁸

Desse modo, o exemplo referido, ilustra a prática de inocuização do indivíduo que está em curso no Brasil, e os termos em que é tal neutralização do “inimigo” é empregada. Disso resulta, que dentre os dois pólos de tensão constitucional (individualismo/comunitarismo) o Estado, motivado pelos anseios sociais de contenção da criminalidade de massa, termina por colocar vigorosamente seu peso em um dos lados da balança, ocasionando a desconsideração do indivíduo, que é solapado pelos instrumentos e procedimentos de persecução penal, além da legislação penal altamente contraditória e irrazoável, que se expande para abarcar um número maior de situações e condutas que poderiam ser administradas por outras esferas do Direito, que não a mais drástica.

Assim, critica-se a teoria funcional (propugnada por Jakobs) aduzindo-se que tal teoria pretende estabilizar a sociedade, sem fazer alusão à liberdade do sujeito; se diz que pretende estabilizar normas que tornem possível a liberdade ou normas que aterrorizam. Jakobs rebate tais críticas referindo que, no que se refere a primeira objeção, é correta em parte: é certo que desde a perspectiva funcional, o objeto de tratamento é a manutenção de um sistema que tem produzido por diferenciação um sistema jurídico. Todavia, a segunda metade da objeção, consistente na afirmação de que desse modo não se alude ao sujeito livre, não há correlação com a questão em pauta: a liberdade do sujeito estará presente exatamente na medida em que seja transmitido por meio da comunicação, isto é, na medida em que seja determinante a autodescrição da sociedade. Certamente, refere Jakobs, se o sujeito livre de

³³⁸ Sob esse viés, um exemplo paradigmático, que ilustra no Brasil, os indícios de vivenciarmos um Direito Penal do Inimigo, reside na proclamada Lei do Abate. Essa lei, identificada sob o n.º 9.614, de 05.03.1998, instituiu o tiro de abate, isto é, a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando drogas no espaço aéreo brasileiro. Esse dispositivo foi acrescido ao Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565 de 1986. O dispositivo do abate aéreo foi acrescido ao art. 303 do referido Código, consistindo na execução extrajudicial e sumária de todos os passageiros de aviões civis de pequeno porte, sem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Além disso, o referido dispositivo viola a Constituição, não apenas nesses preceitos fundamentais, mas também, no que diz respeito ao art. 5º, inciso XXXV, que proclama a garantia de que não haverá lei que excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direitos. Nesses termos, o piloto da Força Área Brasileira que efetuar um tiro de abate contra uma aeronave civil, de pequeno porte, levado pela elaboração contextual e indiciária de uma mera suspeita da ocorrência (presumível) do transporte de drogas ilícitas, por exemplo, estará cometendo um (ou mais) homicídio institucionalizado, nos moldes de uma pena de morte, ainda que anunciada, mesmo que não estejamos em tempos de guerra. Como é de conhecimento notório, os pontos de comunicação no espaço aéreo brasileiro são extremamente deficitários, agravados pela ausência de instrumentos adequados de bordo em aeronaves de pequeno porte, incapazes de estabelecer algum tipo de diálogo com um piloto da FAB, que poderá abater a aeronave suspeita tendo por base seus subjetivos critérios.

fato não aparece na comunicação, efetivamente, carecerá de toda importância; porém, também, pode ocorrer que se converta no objeto central da comunicação, e então, será o elemento dominante, sobre todos os demais. Portanto, o ponto de partida funcional é neutro.

339

Sob tal aspecto, há uma constatação pertinente à questão que Jakobs expõe, mediante uma constatação empírica: é errôneo contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições de constituição da sociedade, no sentido representativo de liberdade de um lado e coletivismo de outro. Sem uma sociedade em funcionamento, faltam as condições empíricas da subjetividade. Não se trata, desde logo, de inverter os termos; não se afirma aqui que toda a sociedade em funcionamento seja uma sociedade na qual os sujeitos obtenham o que é seu de direito, senão que, somente se afirma que sem uma sociedade em funcionamento não haveria nada mais que um cúmulo casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem mundo objetivo, e, por isso, não podem transpassar o marco de suas respectivas percepções individuais.³⁴⁰

Portanto, quem examina, por exemplo, se a sociedade pode ou não pode assimilar uma conduta desviada sem uma reação formal, e denomina a soma daqueles pressupostos abaixo dos quais, isso não resulta culpável, não comete nenhum modo, com isso, um pecado contra o espírito da liberdade, senão que formula algo que certamente pode estabilizar também sociedades sem liberdade, porém, tampouco, as sociedades livres podem renunciar.

341

Pois bem, a fundamentação empírica do sujeito na sociedade não se resolve na questão ontológica da relação dos sujeitos com a socialização; e de fato, não é possível resolvê-la nesse local. A dura sentença segundo a qual quem não pode viver em comunidade ou não necessita dela ou é animal ou é deus, segue manifestando uma das partes da verdade: em algum âmbito o sujeito deve entrar em sociedade, para poder delimitar-se e compreender-se como sujeito, pois uma subjetividade isolada é tão inimaginável como outras coisas isoladas. Diante disso, é na transposição do sentido comunicativo que aparece o subjetivo. Não se trata da sociedade, entendida como algo fechado e acabado, se anteponha ao sujeito, e,

³³⁹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 29-30.

³⁴⁰ Ibid., p. 32.

³⁴¹ Ibid., p. 33. Para o autor, quem não dá à César o que é de César, destrói um pressuposto que é necessário para poder servir a Deus já no mundo terreno; o resto é romantismo. Sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres.

tampouco, ocorre o contrário. Dito de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, senão também, uma conseqüência da socialização. Assim, sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade, e vice-versa.³⁴²

E arremata Jakobs, portanto, a objeção de que o Direito Penal funcional³⁴³ é, por definição, hostil ao sujeito, não é compatível nem com a relação teórica, nem com a relação prática que existe entre socialização – incluindo a socialização constituída juridicamente – e subjetividade, senão que, pelo contrário, ao tomar o sujeito de forma abstrata, oculta a realidade deste. Com isso, Jakobs refere que seus críticos confundem a perspectiva social-funcional e um modelo social de orientação coletivista ou inclusive totalitário. Entretanto, a perspectiva funcional não está atrelada a um modelo social determinado.³⁴⁴

Para Jakobs, a decisão acerca do processo de criminalização excessivo e desnecessário, ou, pelo contrário, diante da necessária defesa do coletivo é puramente política, não de âmbito jurídico-penal. Certamente, a ciência do Direito Penal pode evidenciar-se que é o que aportaram exatamente as novas regulações legais, e que do aportado há que considerar, conforme a valoração estabelecida, como algo positivo ou prejudicial. Porém, é importante frente às mudanças políticas de valores, e não pode optar em favor das mudanças políticas de valores.³⁴⁵

³⁴² Ibid., p. 34.

³⁴³ Segundo Roxin, aproximadamente, desde a década de setenta, se tem efetuado intentos, muito discutíveis, de desenvolver um sistema racional-final (ou teleológico) ou funcional do Direito Penal. Os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sentido finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do Direito Penal. ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I, 2.ª edición. Alemana. Madrid: Civitas, 1997, p. 202. No mesmo sentido, Welzel refere que, a ação humana parte de uma compreensão acerca de um acontecer sugestionado por uma finalidade, sendo esta, essencial à unidade funcional de elementos subjetivos e objetivos. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: parte general. 4ª ed. Traduzido por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1997, p. XVIII. Nesse sentido, acerca da teoria funcionalista, é pertinente referir a obra de Krebs, para quem, “tal valoração da ação humana decorre da necessidade de o direito amoldar-se à realidade social que o cerca, analisando a conduta humana frente a variáveis normativas – ou seja, em relação ao ordenamento jurídico – e, não somente físicas e biológicas”. KREBS, Pedro. Teoria Jurídica do Delito. Noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva. 2ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2006, p. 61.

³⁴⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 34. Há sociedades liberais organizadas de modo funcional, enquanto que as sociedades coletivistas organizadas de modo disfuncional se quebram, como nos ensina a história mais recente. Essa sociedade funcional possui e usa um instrumento para tratar os conflitos que se produzem de forma cotidiana, como, por exemplo, os delitos, de tal forma que os contrapesos empregados voltem a estar em equilíbrio. Desde uma perspectiva funcional, só essa força de auto-conservação é que conta. Sem embargo, nenhum sistema pode renunciar a essa força: uma crise do *jus puniendi* público, que, por exemplo, conduz a uma ampla retirada de medidas jurídico-civis, seria uma crise não só do *jus puniendi*, senão também do público.

³⁴⁵ Ibid., p. 40.

Precisamente, a causa da evidente contingência das normas e a necessidade de sua vigência em garantir-se mediante a imposição de uma sanção, e não de outro modo, dentro de um procedimento formal de concretização dessa sanção, está a indicar, segundo o autor, que a pena, desde o final do Direito natural, não se destina a sujeitos irracionais, senão que, a sujeitos refratários. Por isso, a sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que esta é irrelevante.³⁴⁶

4.4 A SEGURANÇA CIDADÃ E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO

A segurança cidadã tem sido o fundamento propugnado pelas premissas de um Direito Penal do Inimigo, como razão suficiente para eliminação do “estranho” – responsável pela ameaça constante à sociedade pós-industrial. Assim, Ripollés afirma que a criminalidade dos socialmente excluídos constitui a dimensão não tecnológica da sociedade do risco, de forma que, por exemplo, a antecipação da tutela penal se justifica, tanto pela necessidade de reagir com estruturas de perigo às novas formas de criminalidade, quanto pela urgência de atuar contra a desintegração social. Para o autor, nesse sentido, não há obstáculos em compreender a concentração de esforços na persecução da criminalidade dos inimigos, como sendo um expoente relativo à expansão penal que a nova sociedade do risco demanda.³⁴⁷

Nesses termos, Demetrio Crespo refere que é necessário esclarecer se uma intervenção mais rígida do Direito Penal realmente almeja segurança ou insegurança. Segundo o autor, se concedemos à segurança um estatuto autônomo, estaremos adentrando em um terreno firme para defender a idéia de que um recrudescimento do Direito Penal é legítimo, na medida em que isso seja necessário para efetivar a proteção dos não-delinquentes. Se pelo contrário, refere o autor, entender-se que se está realmente a tratar da proteção de bens jurídicos, diante da consideração de que, qualquer cidadão pode, em um dado momento,

³⁴⁶ Ibid, 28.

³⁴⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. Cit., pp. 92-93.

delinquir, a idéia da segurança não pode ser colocada a serviço de uma diminuição (ou supressão) de garantias, em nenhum caso, pois o que se estará introduzindo é insegurança.³⁴⁸

Para Demetrio Crespo, tal fenômeno trata, em definitivo, de um detrimento da liberdade lastreada na lógica funcional do Estado preventivo, que preconiza um modo de atuar pró-ativo frente aos riscos, e como seria próprio do Estado de Direito, delimitado de acordo com determinados princípios e garantias.³⁴⁹

Sob tal aspecto, as crescentes correntes doutrinárias têm optado por uma contemporaneização com as novas propostas atinentes á segurança cidadã. Assim, as propostas securitárias se assentam em um mix de legitimidade dialética, e isso tem significado um aspecto contundente do fenômeno de expansão do direito penal, vinculada à consolidação da moderna sociedade do risco. Para compreender a extensão dessa dinâmica, Ripollés refere que o direito penal da segurança cidadã tem mostrado uma especial habilidade para integrar suas análises e propostas de intervenção no debate sobre política criminal, no que tange sobre a conveniência de ampliar as intervenções penais a âmbitos e setores sociais, até então, fora de seu raio de ação. Essas áreas de intervenção incidem sobre a delinqüência clássica e exercitam também medidas penais até pouco tempo conhecidas.³⁵⁰

Assim, consoante García-Pablos de Molina, as posturas de reação ao delito refletem uma evolução positiva no pensamento criminológico, eis que o núcleo de dissuasão vai sendo incorporado com o fim de melhorar a resposta estatal ao comportamento criminal. Para o autor:

(...) trata-se, assim, de configurar um modelo de reação ao delito que pondere não somente o rendimento e efetividade do sistema, mas antes a satisfação razoável das expectativas dos envolvidos neste problema social e comunitário: a punição do comportamento delitivo, a reinserção do infrator, a reparação do dano causado à vítima, a solução produtiva do conflito

³⁴⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006, p. 480.

³⁴⁹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. Cit., p. 481. Segundo o autor, tais princípios referidos no texto, em particular o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso), se vê transbordado pelo pensamento preventivo da seguridade, o que resulta não resulta decisiva a ponderação de bens jurídicos, senão que, unicamente, a obtenção do fim perseguido.

³⁵⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. Cit., p. 82.

interpessoal que o delito possa evidenciar, em seu caso, e a pacificação das relações sociais e melhoria do clima social.³⁵¹

Nesse sentido, o autor refere que vivenciamos um momento histórico de regressão e perversão das conquistas históricas que se acreditavam irreversíveis. Sendo assim, García-Pablos de Molina refere os traços e as características do modelo de intervenção penal da segurança cidadã, pautados em diversos matizes, dentre eles: a) o protagonismo da delinqüência convencional e o correlativo favorecimento da criminalidade dos poderosos;³⁵² b) predomínio do sentimento coletivo de insegurança cidadã e de medo do crime;³⁵³ c) exacerbação e substantividade dos interesses das vítimas;³⁵⁴ d) Populismo e politização partidária;³⁵⁵ e) endurecimento do rigor penal e revalorização do componente aflitivo da punição;³⁵⁶ f) confiança ilimitada nos órgãos estatais do *ius puniendi* e desprezo pelo sistema

³⁵¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Tradução e organização de Luiz Flávio Gomes. Vol. V, 6ª ed. reform. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 483-484.

³⁵² *Ibid.*, pp. 483-484. Para o autor, a política criminal vigente se volta novamente contra a criminalidade clássica, mediante o confisco progressivo de direitos fundamentais do indivíduo na seara processual penal. Somam-se a esse elemento, os crimes praticados por poderosos, marcados por reformas legais – dirigidas à punição deste tipo de crime – que, na prática, rendem escassos êxitos de efetividade. Nesse contexto, a própria doutrina defende uma punição mais branda dos crimes dos poderosos, mediante alternativas procedimentais de esquiwa da máquina penal. Assim, o já referido caso do REFIS, onde ocorre a extinção da punibilidade caso o infrator tenha recolhido o valor sonogado antes do oferecimento da denúncia, é um exemplo que ilustra tal situação relatada por García-Pablos de Molina. Segundo o autor: “Este é o caso da chamada fórmula da ‘dupla velocidade’, que reservaria a pena de prisão à criminalidade convencional, prevendo para aquela criminalidade empreendida pelos poderosos, sanções administrativas ou penais atenuadas, e que excluiriam a privação de liberdade”.

³⁵³ Segundo o autor, o temor da criminalidade tem se difundido pela opinião pública, recaindo em segmentos onde, por tradição, não sofriam de tais temores. Com isso, “o medo do delito e o sentimento de insegurança têm influenciado muito negativamente as políticas criminais, gerando atitudes sociais de extremado rigor, a incompreensão do delinqüente e uma injustificada confiança na efetividade das proibições penais. (...) Os especialistas têm observado que a sociedade pós-industrial, temerosa e insegura, faz da evitação do delito ‘um princípio organizativo da vida cotidiana’”. *Ibid.*, pp. 483-484.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 485. Num setor de predomínio da esfera pública, como é o Direito Penal, a vítima passa a ter demasiada intervenção no processo penal, originando um novo modelo, segundo o autor, “de cunho privatizador e antiguarantista, no qual a vítima se manifesta por meio de seus próprios interesses gerais”.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 486. Segundo o autor: “(...) a moderna Política Criminal se encontra muito influenciada pelos ‘atuais gestores da moral coletiva’ que não são as castas burguesas – conservadoras – do Direito Penal clássico, senão, grupos e subgrupos emergentes: organizações ecológicas, feministas, de vizinhos, de consumidores, pacifistas, contrários à globalização, etc. Todos eles clamam por uma crescente e eficaz intervenção do Direito Penal para garantir a defesa dos interesses setoriais que representam, com o paradoxo de que aqueles que há décadas propugnavam o abolicionismo, hoje, se manifestam fervorosos porta-vozes de um Direito Penal de intervenção máxima que proteja estes setores”. *Ibid.*, p. 486.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 486. Conforme o autor: “As atuais tendências político-criminais, por seu populismo e orientação dedicada a favor da vítima, conferem respeitabilidade social aos sentimentos de vingança desta e da comunidade para com o delinqüente. A ressocialização do apenado perde apoios sociais, e ainda que não se elimine do repertório efeitos psicossociais da punição, submetida a outras exigências muito apreciadas (prevenções gerais, de reafirmação dos valores sociais, de mera inocuidade do infrator), perde, desde logo, sua posição espacial no âmbito da execução da pena. Hoje perdem terreno as explicações da criminalidade, que atribuíam a ocorrência desta às desigualdades sociais, em prol dos modelos consensuais, que desdenham da discrepância de

de garantias que o controla; g) implicação direta da sociedade na luta contra a delinquência;
³⁵⁷ h) do paradigma etiológico ao paradigma de controle. ³⁵⁸

Disso podemos concluir que o modelo penal de segurança cidadã dá ensejo à perversão das conquistas da humanidade ao longo do tempo e da história, no que tange ao tratamento que se imputa ao crime, enquanto fenômeno social. Ao passo que, deflagra os atos de possível evolução sistêmica que se poderiam implementar no sentido de uma resposta qualitativa ao referido fenômeno. Diante disso, vivenciamos uma regressão do sistema, eis que não são analisados outros modelos de reação ao delito, ³⁵⁹ reincidindo e recaindo na absolutização da intolerância, mediante a eliminação ou inocuização ³⁶⁰ do “estranho”, pelo mero perigo que ele pode representar à segurança pública.

Por outro lado, consistindo como importante contraponto teórico ao Direito Penal do Inimigo, há o Direito Penal do Cidadão. Esse, por sua vez, vai ao encontro dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois mantém a vigência da norma constitucional, não

oportunidades na pirâmide social, e concebem o delito como opção racional e maliciosa de um infrator que se confronta injustificadamente com a ordem social legítima”. Ibid., p. 486.

³⁵⁷ Ibid., p. 487. Para o autor: “Neste novo modelo de segurança cidadã, a comunidade assume protagonismo direto, que se traduz na colaboração com a Polícia a fim de prevenir o delito e a delinquência, buscando deter os indivíduos delinquentes. Contudo, a dita implicação da comunidade não se resume em programas de auto-proteção das vítimas ou em programas de controle vicinal, mas em algo que transcende estes limites, porque os poderes públicos, na atualidade, fomentam o desempenho, pela comunidade, de funções tradicionalmente reservadas aos órgãos de controle social formal”. Ibid., p. 487.

³⁵⁸ Ibid., pp. 487-488. Um novo enfoque criminológico acerca do problema da delinquência está sendo adotado gradativamente. Até a década de setenta predominavam na Criminologia as análises etiológicas, que atribuíam o crime a fatores sociais como a marginalidade, precária socialização, falta de oportunidades, etc. Posteriormente a isso, na década de noventa, a Criminologia passou a destinar as causas da criminalidade ao controle social e às instituições implicadas na necessidade de operar a integração e a coesão social. Assim, o crime passa a ser visto como uma opção consciente do delinquentes, convergindo para uma Criminologia contemporânea assentada em estratégias meramente situacionais de prevenção do delito, consistentes na neutralização ou redução da oportunidade de delinquir e dos contextos mais propícios a estes atos, ignorando as reais causas do problema criminal.

³⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. Cit., p. 488. O autor, quando refere outros modelos de reação ao delito está a se referir ao modelo de dissuasão, ressocialização, reparação-integração.

³⁶⁰ A intenção inocuidadora de determinados indivíduos não é recente na história da Política Criminal, como referimos no primeiro capítulo. Nesse sentido, é pertinente referir Garófalo, que assentava seus estudos num modelo ideal de criminoso a ser expelido do meio social. Para ele: “(...) a reação eliminativa é um efeito socialmente necessário da ação do delito (*quia peccatum*). E é um efeito natural, se é certo que a sociedade tem, nos organismos físicos, leis invariáveis que são condições de sua existência”. Assim, segundo o autor: “é um princípio de biologia que o indivíduo desapareça quando as suas imperfeições o impedem de suportar a ação do meio. A diferença entre a ordem biológica e a ordem moral está em que a seleção na primeira se faz espontaneamente pela morte dos inadaptáveis, ao passo que, na segunda, sendo o indivíduo fisicamente apto para a vida e não podendo existir fora do meio social a que, todavia, se não amolda, a seleção tem de fazer-se artificialmente, isto é, por intervenção do poder coletivo realizando o que nos domínios biológicos é operado pela natureza”. Assim, para Garófalo: “(...) o fim da eliminação é conservar o organismo social pela extirpação dos seus membros inidôneos (*ne peccatur*)”. GAROFALO, R. Criminologia. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas, São Paulo: Péritas Editora, 1997, p, 173.

admitindo flexibilizações ou exceções na aplicação de procedimentos penais, além de promover a incolumidade e não inocuidade da pessoa. Um dos opositores teóricos de Jakobs é Cancio Meliá, que combate o objeto do Direito Penal do Inimigo. Para ele:

A tese a que se chegará é que o Direito Penal do Inimigo supõe um instrumento idôneo para descrever um determinado âmbito, de grande relevância, do atual desenvolvimento dos ordenamentos jurídico-penais. Entretanto, como Direito positivo, o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: ‘direito penal do cidadão’ é um pleonasma; ‘direito penal do inimigo’, uma contradição em seus termos.³⁶¹

Assim, Meliá atribui o desenvolvimento do Direito Penal do inimigo ao inflacionamento (pela expansão) do ordenamento penal, pela criminalização de bens jurídicos em situação muito antecedente ao dano efetivo, de modo a punir antecipadamente situações que o próprio e possível autor, poderia arrepender-se eficazmente, por exemplo. Além disso, as punições são altamente desproporcionais, estimulando a cultura das penas altas, vistas como castigo (vingança do Estado e da sociedade) destinado ao infrator (inimigo) e não como ressocialização e (re)incorporação do indivíduo ao sistema social. Tais dogmas estão, por sua vez, assentados na Direito Penal simbólico e no ressurgir de um vigoroso punitivismo, ilimitado e desproporcional aos anseios constitucionais. Com isso, as instituições estatais de política criminal e os procedimentos de execução penal (um dos vértices do problema do insucesso de integração entre a sociedade e o indivíduo infrator) não se alteram, repercutindo apenas sobre as normas penais. Verifica-se, nessa linha também, o endurecimento de normas penais já existentes.³⁶²

Nessa seara, surge ainda o fenômeno da (re)criminalização de figuras penais já constantes no rol de tipos penais, porém travestidos e abordados sob outro enfoque (contextual) social, mas que terminam por revigorar a punição de determinado bem jurídico, já tutelado pelo ordenamento.³⁶³

³⁶¹ MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Org. e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 54.

³⁶² *Ibid.*, p. 56. Meliá colaciona os fenômenos expansionistas do alcance do Direito Penal, centrado no desenvolvimento do Direito penal simbólico e no ressurgir do punitivismo.

³⁶³ Tal fenômeno no Brasil reside, por exemplo, na Lei Maria da Penha, que passou a vigorar sob o nº 11.340, de 07.08.2006. A referida lei instituiu mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Todavia, a ordenamento penal brasileiro vigente já tutelava os bens jurídicos em apreço, por meio do art. 129, além de outros dispositivos, que promovem a tutela, não apenas da mulher, mas da pessoa, em sua acepção *lato*.

O Direito Penal do inimigo ao adotar uma concepção estrutural, diversa e excepcional induz o Estado (ente abstrato, dotado de suficiente racionalidade para gerir os litígios dos administrados, via Poder Judiciário) a demonizar determinados grupos de acusados, mediante a reprovação exacerbada e desproporcional, ensejando a institucionalização do instinto, onde o Estado toma para si o aspecto irracional do homem na condução das lides penais, violando o próprio pacto social. Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é incompatível com os pilares do Estado Democrático de Direito, cuja gênese reside na constitucionalização das leis penais ordinárias, concebidas à luz do paradigma totalitário.

Segundo Bobbio, o oferecimento de alternativas reais aos cidadãos passa pela garantia dos direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc, para o autor:

(...) os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.³⁶⁴

Por fim, Meliá equipara o Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do autor. Tal injunção parte do afastamento da análise do fato em si, para a sobrevalência de aspectos subjetivos relacionados à pessoa do infrator;³⁶⁵ isto é, tendo em vista que, o direito penal do autor caracteriza-se pela punição orientada aos meros pensamentos e atitudes internas do agente, como meio de antecipar a ação do braço armado do Estado: o Direito Penal, em sua acepção preventiva justificando-se na exagerada intervenção estatal na esfera privada do

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20. Por conseguinte, decorre disso que “o estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático”. Bobbio faz tal injunção dentro de um fenômeno estrutural de concepção estatal. Nesse sentido, o Estado Liberal e o Estado Democrático possuem uma relação de interdependência, que se dá em duas direções: uma converge no sentido do liberalismo à democracia, necessitando de certas liberdades para o exercício correto do poder democrático; a outra, por sua vez, vai na direção oposta, da democracia ao liberalismo, visando a garantia da existência e manutenção das liberdades fundamentais. Em suma, Bobbio entende que, é improvável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, por outro lado, também é improvável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. Ibid, p. 20.

³⁶⁵ MELIÁ, Manuel Câncio; JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 80.

indivíduo. O que se critica, segundo Meliá, é a antecipação das barreiras de punição, dirigidas à eliminação de um específico e determinado grupo de sujeitos (os inimigos), afastando-se da idéia e do pressuposto do fato, visto em si mesmo. Sob tais enfoques, Meliá estabelece como horizonte de sentido do Direito Penal do Inimigo, “(...) a função de estabelecer critérios de identidade entre os excludentes, mediante a exclusão”. Para ele, isso reflete na formulação técnica dos tipos.³⁶⁶

Conforme Prittwits, quase todos os intentos para determinar uma relação adequada entre a liberdade e a seguridade se tem caracterizado pelo consenso no qual, ambos os valores se assentam e surtem efeito em um mesmo nível, e se encontram em competência um com o outro. Segundo o autor, não importa se há uma maior concessão de supremacia absoluta em favor da liberdade ou em favor da seguridade, ou se há intentos de equiparação e otimização: o indivíduo ou a coletividade se encontram ante uma decisão por uma ou por outra, ou por uma mescla, e a maneira em que se decide parece uma questão de prioridades ou experiências práticas específicas. Para o autor, a liberdade e a seguridade não se comportam em respeito à outra como duas opções passíveis de livre escolha. O conceito seguridade responde mais bem a uma herança ontogênica, historicamente desenvolvida, que comporta a espécie homo sapiens com uma gama de outros seres vivos. Isso implica que raciocinamos (em todo caso por ameaças específicas à seguridade) sem ativar as mais recentes conquistas ontogênicas da consciência.³⁶⁷

Sob tal aspecto caracterizador da segurança cidadã, García-Pablos de Molina refere que:

Assistimos a um verdadeiro Anti-iluminismo, liderado pelo vigente modelo político-criminal de segurança cidadã, de forte orientação antigarantista, simbólica e defensiva. O cidadão da moderna sociedade de risco, como demonstra todos os estudo empíricos, demanda fundamentalmente do Estado, segurança e eficácia na luta contra o delito. Já não parece temer o Leviatã, nem lhe preocupa seus possíveis excessos e extra-limitações. Por seu turno, os poderes públicos sabem muito bem como obter crédito político-eleitoral satisfazendo tais demandas sociais: com o instrumento mais drástico e devastador do arsenal do Estado. Ao ter se transformado a segurança num conceito simbólico, não é de estranhar – como adverte Albrecht – que se

³⁶⁶ Ibid., p. 80.

³⁶⁷ PRITTWITZ, Cornelius e MAIN, Frankfurt an. La desigual competencia entre seguridad e libertad. Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 49-51.

utilize o próprio Direito Penal como arma política para satisfazer cada vez mais as exigentes demandas sociais de segurança; e que o mero uso político do discurso penal se transforme hoje, em instrumento de comunicação social.³⁶⁸

Nessa seara, conforme José Luis Bolzan de Moraes, o Estado de Direito surge desde logo, como:

(...) o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.³⁶⁹

Ainda, segundo Bolzan de Moraes, “a ideia de Estado carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a administração”. Tal inferência nos proporciona e nos habilita (culturalmente) a refletir acerca dos mecanismos de Política Criminal que se tem efetivado em nosso país. Diante disso, a administração pública deve priorizar o paradigma constitucional na condução de tais mecanismos, sob pena de retrocedermos ao obscuro período de aniquilação do acusado no processo penal. Nesse sentido, qualquer atuação estatal, de cunho administrativo ou judicial, em termos de Política Criminal, deverá lastrear-se, necessariamente, na Constituição Federal, afastando-se de práticas de inocuidade do indivíduo ou de ineficiência estatal no exercício do *jus puniendi*.

Segundo Bustos Ramírez, os processos de criminalização, na esfera legislativa, e os processos de aplicação da norma penal, na esfera judicial, devem cumprir as condições de validade democrática, não sendo, contudo, suficiente a promulgação de norma válidas. Faz-se necessário, que as leis responsáveis pela formalização dos processos de criminalização congreguem os princípios materiais consubstanciados no Estado Social e Democrático de Direito, para que também possam ser materialmente válidos.³⁷⁰

³⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução e organização de Luiz Flávio Gomes. Vol. V, 6ª ed. reform. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 484.

³⁶⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 66.

³⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. Cit., p. 33. Nesse sentido, conforme Ferrajoli: “La única necesidad procesal que puede justificar una coacción momentánea – la evitar la contaminación de las pruebas antes del primer interrogatorio – se vería satisfecha, al menos en parte, por la

Tal esforço, contudo, não tem demonstrado efeito algum em países de modernidade tardia, como o Brasil. Tal deficiência no ato de criminalizar condutas, ou enrijecer sanções e procedimentos processuais penais, sob o argumento da tutela de determinado bem jurídico, somente ocorre quando há um caso que choca a opinião pública por meio da mídia televisiva. Estamos nos referindo aos delitos de grande perplexidade e repercussão no meio social brasileiro, que são os motivadores da tomada de medidas legislativas no sentido de ampliar ou dobrar as barreiras do Direito Penal, de modo imediato e sem um estudo sociológico adequado do impacto prático de tais medidas.

Desse modo, não há a mínima justificação racional para a criação de muitas normas penais no Brasil, que surgem muito mais no afã e pela necessidade de promover “sedativos sociais”, com o fim de imprimir uma sensação generalizada de que os instrumentos estatais estão vigilantes e plenamente atuantes no imaginário coletivo, do que na tutela eficaz e preventiva, propriamente dita, de bens jurídicos. Tal resposta estatal, ofertada de modo impulsivo e inadequadamente, consiste nos remendos de uma extensa colcha de retalhos que o ordenamento normativo brasileiro produz a cada novo delito de grande repercussão nacional-emocional.³⁷¹

Diante disso, torna-se indispensável refletirmos acerca dos fatores que obstaculizam a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo e, até mesmo, da coletividade, na persecução penal e no combate estatal ao crime, reunindo subsídios, para então, possibilitar-nos a formulação de uma resposta relacionada ao segundo problema suscitado nesse estudo,

presentación coactiva del imputado ante el juez, al objeto de hacer posible la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas sin la oportunidad de preparar alteraciones fraudulentas. Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y éste es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 482 e 559.

³⁷¹ Assim, podemos inferir que a criação de normas penais incriminadoras, em nosso país, é movida pela difusão dos fatos típicos ocorridos até então, descartando-se estudos prévios de respaldo científico, por meio de índices qualitativos e quantitativos acerca do embrião motivador de determinada violação a bens jurídicos mercedores da tutela estatal drástica, de chamamento do Direito Penal. Estamos, por assim dizer, na era do Direito Penal da emoção, isto é, utiliza-se a esfera mais drástica do Estado para expandir seu alcance e/ou endurecer sua escala de sanções para que o Estado dê uma justificativa de sua atuação com o intuito de responder ao envolvimento emocional da população, estando esta, imbuída da consternação (coletiva) que um determinado delito ou lesão a um bem jurídico, ou pelas qualidades da vítima e do ofensor terminam por ocasionar em determinadas regiões do país. Dessa emocionalidade que o Estado se deixa impregnar no gerenciamento da Política Criminal, o sistema penal termina por resvalar no abismo da eficaz inoperância, justamente pela ausência de um Estado (dotado de governantes e agentes) que faça(m) uso dos vetores da razão, da ciência político-social, a fim de promover uma política criminal assentada na inteligência interventiva, operacionalizada e concebida para atender aos anseios de uma sociedade complexa e imersa em riscos.

consistente na seguinte indagação: como equalizar os interesses entre o indivíduo e a sociedade, dentro da persecução penal estatal, sem comprometer a prestação de segurança pública à coletividade, e, ainda, sem comprometer a concretização de direitos fundamentais do indivíduo, em meio aos sistemas penais de ideologias teóricas contrapostas?

Primeiramente, os referidos fatores responsáveis pela obstrução da concretização dos direitos fundamentais do indivíduo na persecução penal residem na correlação existencial de uma gama de elementos imbricadores relacionados à sociedade pós-industrial, seus desacertos na articulação de uma inclusão social equânime, o processo seletivo dos cidadãos em diversos contextos de interação social, a necessidade de exclusão e distanciamento daquele que representa uma ameaça, e a incorporação, dessa necessidade, pelo poder público, repercute na espécie de Política Criminal que se coloca em prática. Nesse sentido, portanto, o indivíduo que é alvo da persecução penal no Brasil terá sorte de não sofrer nenhum tipo de privação ou violação de seus direitos humanos, pois tanto a coletividade, quanto os órgãos policiais, nutrem um desejo de repulsa e asco com relação ao indivíduo-alvo da persecução penal, exceto, é claro, nos casos em que o indivíduo perseguido pelo sistema penal é pertencente à classe social privilegiada, quando então o sistema torna-se brando.

Nessa seara, os direitos fundamentais do indivíduo no processo penal são colocados em um limbo de suspensão, pois embora conste na Carta Cidadã, deixam de ser observados na prática policial e na prática forense.

No mesmo sentido, o sistema de política criminal falha quanto ao intento de promover a segurança pública, violando direitos sociais e coletivos relacionados à seara penal. Tal realidade é fruto dos processos de seleção dos sujeitos que serão dizimados pela miséria do processo penal, eis que a corrupção sistêmica³⁷² corrói as instituições estatais, permitindo

³⁷² Zaffaroni assinala, como um dos principais elementos caracterizadores negativos da prática dos sistemas penais, a corrupção. O autor coloca essa expressão em seu sentido limitado, como qualquer conduta, dentro de um dos segmentos do sistema penal, que separa as pautas normativas de modo consciente, com o objetivo de obter vantagem econômica ou poder, ou ainda, no afã de agradar poderosos, para compartilhar poder, ou ainda, avançar na carreira. Segundo o autor, uma das objeções mais sérias que se pode formular a quem pretenda se valer de estatísticas criminais latino-americanas como indicadores de “criminalidade real”, é o papel que o mecanismo seletivo de criminalização cumpre na corrupção que, por sua vez, constitui em boa medida uma forma de criminalidade duradoura que não aparece nas estatísticas de criminalização. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de julio de 1983, redactados por el coordinador profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni.* Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 56-57.

que a mesma lei tenha aplicação distinta em horizontes de sentido igualmente distintos, violando o princípio da isonomia constitucional.

Assim, os delinqüentes poderosos continuam livres para seguir lesionando a incolumidade pública (delitos econômicos, crimes ambientais, sonegação fiscal, crimes na – e contra a – administração pública, desvios de recursos públicos, etc.), fato que é agravado pelas disposições de convergência em que a Política Criminal se coloca.

Essa conformação sistêmica de supressão de garantias para os delinqüentes desafortunados, relacionados com a delinqüência clássica intensifica a impossibilidade de concretizar direitos fundamentais constitucionais no processo penal, eis que é tratado como inimigo, desde a sua detenção pela polícia, passando pelo julgamento do juiz que (certa ou praticamente) o condenará, até o cumprimento da pena em uma instituição promotora da devastação (e aniquilação) progressiva do indivíduo.

Esse indivíduo acaba sendo fruto de um sistema de Política Criminal falho e caótico, reprodutor de violência. Assim, tais fatores irão refletir na inviabilidade de se tutelar bens e interesses de natureza coletiva, tendo em vista que, o indivíduo originado de um sistema inocuidador promoverá novas incursões drásticas de violação e lesão à ordem coletiva, agravando os problemas de inefetividade de concretização dos direitos fundamentais da coletividade.

Esse fenômeno é resultado da utilização primeira do Direito Penal (em sua acepção simbólica), da tendência de criminalizar uma ampla gama de condutas de duvidosa relevância para a seara penal, no recrudescimento de penas, pensando-se que sanções drásticas previnem delitos, além, é claro, do tratamento desigual dos homens em idênticas circunstâncias fáticas de contato com a esfera penal.

Todos esses elementos, visitados ao longo desses três capítulos estão a indicar que o Estado, ao exercer o *jus puniendi*, se excede de modo desarrazoado, quando a persecução incide sobre um indivíduo qualquer; ao passo que, tal exercício estatal, é mal-sucedido quando se tenta tutelar direitos difusos conectados à segurança coletiva ou na tutela de bens criminalizados de interesse coletivo, em razão das insuficiências institucionais dos órgãos e agentes públicos demandados a atuarem no cotidiano prático de realização da Política

Criminal no Brasil. Fatores que, impedem a concretização dos princípios constitucionais ³⁷³ forjadores da inefetividade constitucional e do retardamento das promessas da modernidade, ³⁷⁴ que se pensava (esta modernidade): fosse democrática.

Desse modo, segundo Demetrio Crespo, caso não se queira retroceder ao caminho empreendido há muito tempo na defesa de uma consideração garantista e humanista do Direito Penal, não se pode perder de vista que a contraposição entre liberdade e seguridade não pode ser decantada unilateralmente a favor dessa última. Se pode, talvez, defender-se razoavelmente, e com bons argumentos, que ambos os pólos não estão desvinculados entre si, e que para garantir a liberdade se precisa de segurança. Porém, em todo caso, há que se ter em conta que o Direito Penal, não pode, por si mesmo, oferecer seguridade, senão que, apenas realizar um pequeno e limitado aporte a respeito da mesma. Ao mesmo tempo há que diferenciar entre o conceito de seguridade mediante o Estado, e o conceito seguridade frente ao Estado, para não tornar deficiente a distância entre ambos. Desse modo, para o autor, o Direito Penal deve proteger bens jurídicos essenciais para a convivência e garantir por esta via a liberdade individual de todas as pessoas. ³⁷⁵

³⁷³ Conforme Dworkin: “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

³⁷⁴ Segundo Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno. (...) É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. (...) Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas da modernidade”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. rev. atualiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 25-27. Tais questões sociais têm repercussão direta na seara criminal, e são elementos de difusão da criminalidade, frente à omissão estatal em estabelecer políticas de base, tanto em áreas afins, com educação, saúde, emprego e renda, estimulando a igualdade e inclusão social, quanto na necessidade de conferir à Política Criminal em curso, uma visceral constitucionalização dos seus dogmas e estratégia de utilização de seus instrumentos, relativos ao combate à criminalidade (eis que, trata-se de um fenômeno social).

³⁷⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. *El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006, p. 509.

Sendo assim, o autor refere que os direitos humanos devem ser a barreira intransponível a toda pretensão político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica ou dogmática.³⁷⁶

Por tais razões, uma política criminal que se pretenda constitucional e, portanto, eficiente na concretização dos direitos fundamentais de cunho penal e processual penal, deverá lastrear-se no paradigma democrático, sem perder de vista, no horizonte do cotidiano brasileiro do crime e da criminalidade, os bens e os interesses constitucionais que tutelam o indivíduo e sua liberdade, bem como a coletividade e sua segurança pública, eis que, ambos se conectam umbilicalmente, para juntos conformarem uma civilização cidadã.

³⁷⁶ Ibid., p. 509.

5 CONCLUSÃO

Diante dos elementos referenciados nesse estudo, podemos concluir que a expansão dos limites de intervenção penal não se constitui em um instrumento idôneo e razoável de efetivar o controle da criminalidade, e a conseqüente preservação de bens jurídico-penais tutelados pelo Estado. Sendo assim, a Política Criminal, conformada dentro dos moldes desse programa expansionista de repressão estatal, encontra-se equivocada, tendo em vista a sua dissonância em relação à concretização dos direitos fundamentais consignados na Constituição Federal.

Diante desse cenário, vivenciamos uma grande dificuldade de se efetivar um controle da criminalidade, ao passo que, o Estado, em sua reação, tem agido de modo violento nas propostas estatais de resposta ao problema. Com isso, os problemas que se conectam a essa realidade passam pelos meandros da Política Criminal em pauta atualmente.

O primeiro problema que nos é colocado nesse estudo reside na propalada antecipação das barreiras punitivas do Direito Penal, assentada na sua intenção de controlar os riscos, nos quais a sociedade pós-industrial está exposta. Sendo assim, a pergunta que se levanta é no sentido da análise da possibilidade de se efetivar tais controles, mediante a utilização de instrumentos de antecipação das linhas de intervenção do Direito Penal?

Diante do aludido, tanto no capítulo primeiro, e, em especial, no terceiro, podemos observar que o modelo de expansão das linhas de intervenção do Direito Penal não consegue viabilizar o controle dos riscos na moderna configuração social. Essa alternativa de Política Criminal expansionista não se mostra eficaz nesse desiderato, em razão, justamente, do plano em que é concebida, ou seja, assenta-se nos pilares de um Direito Penal simbólico, dotado de uma aparente e suposta eficácia do controle da criminalidade, e de nenhum resultado efetivo na gestão desse controle estatal; e, ainda, assenta-se no ressurgimento de um punitivismo revigorado, onde o Direito Penal é utilizado como primeiro e, em muitas circunstâncias, como exclusivo instrumento de controle social, mediante a exacerbada repressão e criminalização de quaisquer condutas que antes não eram alvo da alçada da seara penal, ainda que não tenham resultado no perigo concreto de lesão aos bens jurídicos.

Assim, o Direito Penal aparece, no limiar da sociedade pós-industrial, como ferramenta (quase) exclusiva de controle social dos indivíduos, para fins de justificação da (suposta) eficiência da Política Criminal na esfera administrativa, calcada esta, – esfera administrativa – no apaziguamento do clamor social por mais segurança pública, no adiamento de investimentos públicos no campo da execução penal (como construção de instituições penitenciárias adequadas, promovedoras da humanização e socialização gradual do infrator condenado); bem como, da ingerência do Poder Público, no que tange à gestão do fenômeno da criminalidade, a ponto de imprimir uma sensação de certa repugnância das autoridades administrativas quando tal assunto vem à tona.

Desse modo, esses fatores estão a indicar que a administração pública no Brasil tenta desatrelar-se do desiderato de controle social do crime, pois quando resolve fazê-lo – quase sempre, em razão da “pressão” exercida pela mídia e/ou pela população, nos casos de crimes praticados no Brasil, que repercutem no cenário nacional (e internacional) – faz sua atuação de forma desarrazoada e desproporcional, mediante a utilização de práticas repressivas e conflitantes com o programa do Estado Democrático de Direito. Podemos referir tais práticas na seguinte ordem: criminalização de quaisquer condutas, expansão das linhas de intervenção do Direito Penal, elaboração de tipos penais abertos e subjetivos, exercício diário de uma Política Criminal pautada no Direito Penal do Autor, e em julgamentos dotados de parcialidade em razão da condição social do acusado, bem como, na concessão de benefícios penais aos delinqüentes poderosos, deixando de concedê-los aos infratores, em iguais circunstâncias típicas, que não faça parte desse *status* de poder.

Por isso, o resultado da coordenação desses elementos acaba ensejando a pretensa utilização da pena com fins legitimadores de uma determinada e desarrazoada atuação do Estado, mediante a imbricação oscilatória de prevalência de divergentes sistemas penais no cotidiano brasileiro, dependendo do indivíduo-alvo da persecução e julgamento penal pelos órgãos do Poder Público do Estado, bem como, pelo (variável) grau de insatisfação popular com a desídia do Estado em prevenir determinados crimes.

E, além disso, diante da necessidade de solidificarmos a cultura de prevalência constitucional sobre os parâmetros de fomento da Política Criminal, nessa complexa sociedade do risco, torna-se indispensável refletirmos acerca dos fatores que obstaculizam a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo e, até mesmo, da coletividade, na

persecução penal e no combate estatal ao crime, reunindo subsídios, para então, possibilitar-nos a formulação de uma resposta relacionada ao segundo problema suscitado nesse estudo, consistente na seguinte indagação: como equalizar os interesses entre o indivíduo e a sociedade, dentro da persecução penal estatal, sem comprometer a prestação de segurança pública à coletividade, e, ainda, sem comprometer a concretização de direitos fundamentais do indivíduo-infrator, em meio aos sistemas penais de ideologias teóricas contrapostas?

Nesses termos, o catálogo constitucional de direitos fundamentais dirigidos, tanto ao indivíduo no curso de uma acusação criminal formal, ou na persecução penal, contra si deflagrados, quanto naqueles direitos fundamentais direcionados à coletividade – mediante a prestação de tutela estatal a bens e interesses de essência e fruição coletiva – persistem (tais direitos fundamentais) na inviabilidade de sua materialização no mundo da vida, em razão dos aludidos mecanismos de repressão estatal, todos desproporcionais e irrazoáveis. Tais circunstâncias, engessadoras dos anseios constitucionais de concretização de uma democracia plural, vão adiando o cumprimento do ideário consignado no artigo primeiro de nossa Constituição da República Federativa do Brasil, quando lá estipula os fundamentos balizadores de conformação do nosso Estado, como sendo um Estado Democrático de Direito, tendo, dentre outros, como fundamentos-vetores: a cidadania e a dignidade da pessoa humana (de todos os brasileiros, indistintamente). Tais premissas, que não passam de promessas, desembocam na conversão de nossa Lei Maior em um grande manual de (boas e nobres) intenções.

Diante disso, nossas hipóteses esboçadas na introdução se confirmam, eis que, uma Política Criminal que pretenda ser eficiente, de modo efetivo, tendente à concretização dos direitos fundamentais, mediante a tutela de bens e interesses individuais e coletivos, face ao fenômeno sócio-criminal, instrumentalizada na configuração de uma intervenção penal do Estado com suficiente razoabilidade sistêmica, deverá – necessária e essencialmente – pautar suas ações na concretização dos postulados insertos na Constituição Federal, fomentado, como já referimos, a inserção institucional de uma cultura constitucional que impregne, visceralmente, os rumos e o modo logístico de consecução da Política Criminal na sociedade pós-industrial, de modo a redirecionar o modo de concepção e tratamento estatal do crime, do indivíduo-infrator e da sociedade, pelos seus órgãos e agentes públicos designados para tal incumbência.

Ocorrendo a perfectibilização prática desse intento, conseguiremos, na seara penal, projetar na realidade de nossa sociedade, a realização material do ideal democrático, respaldado no exercício de uma cidadania pluralizada, difundida no oferecimento de oportunidades de aderência (con)cidadã ao indivíduo-infrator e sua família, bem como, na observância da manutenção da incolumidade de bens e interesses comunitários, pautados na preservação social do indivíduo, e não na sua eliminação, responsabilizando-o pelo fato e pela lesão cometida, mediante o oferecimento de um procedimento administrativo-policial e de um processo penal, que observem os estritos limites consignados pelos direitos fundamentais insertos na Carta Cidadã. Desse modo, torna-se indispensável estimular uma alternância de postura sistêmica dos órgãos públicos conectados à viabilização da Política Criminal contemporânea, tendentes à concretização de direitos fundamentais de cunho individual e coletivo.

Nesses termos, a Política Criminal que se afigura cotidianamente no Brasil se mostra confusa diante da alternância dos sistemas penais que tentam norteá-la, seja no combate e na repressão desenfreada e impensada, de eliminação do indivíduo-inimigo social, ensejador, de um lado, de um sistema de segurança cidadã, pautada na inocuização do estranho (designado por Zaffaroni), mediante a supressão dos direitos fundamentais de índole constitucional do indivíduo na persecução, no julgamento e no cumprimento prisional da condenação penal; seja, por outro lado, na preservação extremada e atemporal de um garantismo-iluminista, que persiste na atualidade, em viabilizar mecanismos institucionais de máxima preservação do indivíduo-infrator originário da delinquência poderosa, outorgando-o, nos órgãos policiais e no Poder Judiciário, a proteção de suas garantias limitadoras da incursão do Estado sobre esse indivíduo “afortunado”, que terá um Estado dócil no tratamento penal de sua situação infracional.

Nessa linha de polarização, o indivíduo “desafortunado”, que será o alvo das misérias do processo penal (inquisidor) e da rigidez de um Estado demovido em garantir, nesses casos, uma segurança pública eficaz, recebe o rótulo de inimigo, ou estranho, e, por isso, deverá ser eliminado do convívio social, eis que, estima-se que a sua mera existência já se constitui em afronta à democracia desse país, mesmo que sua conduta esteja caracterizada por um delito de perigo abstrato, sem resultado lesivo; enquanto que, em oposição à esse cenário, um delinquente poderoso, que cometa crimes de grandes resultados danosos à

sociedade, ou à uma família,³⁷⁷ sua existência não representa um perigo à ordem social, não podendo ser eliminado. Vivemos, portanto, em um país onde a Política Criminal se movimenta de acordo com os predicados do alvo da persecução, violando descaradamente o princípio constitucional da isonomia de todos perante a lei e os órgãos públicos. O resultado dessa discrepância nos conduz ao seguinte fenômeno: o mesmo fato criminoso é julgado de modo diverso, sob a prevalência de diferentes sistemas penais, e o vetor de direção mutacional da decisão judicial reside nos atores da cena delituosa, o que reforça o Direito Penal do Autor, em suas variações, exercidas de modo implícito (julgamentos judiciais) ou explicitamente (refletida na conduta violenta do Estado no exercício do controle desarrazoado da criminalidade).

Sendo assim, essa perfectibilização interventiva do Estado deverá observar os caracteres da razoabilidade e da proporcionalidade na reação aos fenômenos sociais do crime, mediante o oferecimento de novas e inéditas oportunidades de retorno do indivíduo-infrator ao convívio pacífico com os seus pares, estimulando-o à utilidade pública de sua existência material e humana, com a progressiva e urgente intensificação da presença “branca” do Estado, nas áreas de miséria e pobreza, para que, assim, a violência não se torne meio de vida e sobrevivência da maioria das pessoas desafortunadas, que ali tentam sobreviver, tendo em vista que, o nascedouro da criminalidade em massa, reside nos locais de ausência efetiva do Estado na vida dos indivíduos, sendo estes, desfavorecidos e excluídos do processo de

³⁷⁷ Lembremos do caso de um jovem Promotor de Justiça de São Paulo, em uma praia do litoral paulista, que matou o estudante Diego Modanez, de 20 anos, desferindo-lhe um tiro no antebraço direito, e, depois, quando a vítima já estava no solo, desferiu-lhe um tiro mortal, no peito, em razão da vítima ter mexido com a sua namorada. Tal fato ocorreu no dia 30 de dezembro de 2004. Além da morte desse rapaz, o Promotor feriu a tiros outro jovem que estava junto à vítima. Todavia, o Promotor-acusado não teve contra si as misérias de um processo penal repressivo e persecutório, não foi considerado um inimigo social, mesmo tendo uma conduta altamente destrutiva, manteve a permanência de seu salário de R\$ 11.000,00, e o cargo no Ministério Público. Seu julgamento, em razão de exceções procedimentais, não se deu na comarca onde ocorreu o crime, e nem pelo júri popular. Durante o seu julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo, o acusado não fez uso de algemas. Sua absolvição ocorreu amparada no fundamento da legítima defesa. Todavia, esse cenário seria completamente diverso, se, por exemplo, o acusado da prática de um fato típico análogo à conduta do Promotor paulista, fosse deflagrado por um jovem cidadão brasileiro, morador de uma favela paulista, que estivesse cursando o supletivo à noite e trabalhando de dia, como *office-boy*, para sustentar sua mãe doente e seus irmãos menores. Certamente, a condenação por homicídio duplamente qualificado e tentativa de homicídio contra outro jovem, iria lhe render uma pena não inferior a 24 anos de reclusão, a ser cumprida numa penitenciária de segurança máxima superlotada, sendo considerado um inimigo social: a ser inocuizado. Não teria a garantia de aguardar o julgamento em liberdade, pois a ordem e a incolumidade social estariam em permanente risco de lesão. Assim, no caso do Promotor imperou um Estado Garantista-penal, observando-se as garantias constitucionais do acusado no processo penal; no caso do jovem favelado, ilustrado em nosso exemplo, imperaria um Estado de Segurança Cidadã, onde as garantias deveriam ser afastadas em prol da ordem e da segurança coletiva: essa ambivalência sistêmica descreve com perfeição a nossa atual Política Criminal vigente em nosso país.

globalização da economia e do consumismo endêmico, de progressiva coisificação de valores humano-comunitários.

Por isso, a necessidade de recorrermos à Constituição Federal e aos princípios constitucionais, no enfrentamento dos problemas oriundos do crime, e com o crime, justificando-se a urgente necessidade de se deflagrar no cotidiano das pessoas, do indivíduo, da sociedade e das instituições (públicas e privadas) uma cultura constitucional permanente e sólida, que se auto-reproduza na medida em que a sociedade do risco evolua.

Tais medidas de convergência e prevalência do hemisfério constitucional no campo de atuação dos diferentes sistemas penais promoverão a elucidação dos nossos problemas na realidade social que se nos apresenta, eis que, uma Política Criminal adequada, resolverá tais questões aqui referenciadas, ao passo que, outorgará ao Estado, a manutenção do controle da criminalidade, sem a (infeliz) necessidade de se fazer uso de medidas violentas de contenção e eliminação do indivíduo, na tentativa (desesperada) de aplacar o clamor social por segurança pública eficaz.

Desse modo, e por tais disparidades e antagonismos sistêmicos, nos é impossibilitado concretizarmos um Estado Democrático de Direito, materializador de direitos fundamentais constitucionais, o que nos conduz à falta de integridade do direito (penal), e, por conseguinte, à insegurança jurídica dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista**. Extrato do artigo publicado integralmente em 1994.
- ALEXY, R. **Derechos individuales y bienes colectivos. El concepto y la validez del derecho**. Traducción de J.M. Seña, Barcelona, 1994.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A Ilusão de Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. Buenos Aires: editorial BDF, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 2000.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. III. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización.** Coodinadores: José Ángel Brandariz García y Luz María Puente Aba. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALAREÉ, Hermán Hormazábal. **Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena.** Volumen 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luís. **A expansão do Direito Penal como forma simbólica de Controle Social. Política Criminal, Estado e Democracia.** Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 2ª ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Reflexões sobre o direito penal no terceiro milênio. Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi.** Organização de André Copetti. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

COHEN, S. **Visiones del control social.** Traducción de E. Larrauri. Barcelona, PPU, 1988.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.** Coordinadores: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 1, Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: editorial Bdef, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.** Traducido por Perfecto Andrés Ibañez, 3ª ed. Madrid, Trota, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete, 35ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais.** Tradução e organização de Luiz Flávio Gomes. Vol. V, 6ª ed. reform. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARÓFALO, R. **Criminologia.** Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas, São Paulo: Péritas Editora, 1997.

GARÓFALO, Rafael. **La Criminologia.** Trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, s.d.

GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização.** Rio de Janeiro: Vozes, 2000

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito.** 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Culpabilidade.** Artigo traduzido por Pablo Rodrigo Alflen da Silva e publicado na Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 33, n.º 89, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal.** Estudos MP, 1ª edição, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Viejo y nuevo derecho penal: persona, mundo y responsabilidad.** Tirant, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do moderno Direito Penal.** Revista de Estudos Criminais – ITEC, Ano 02, n.º 08, Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas.** Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.** Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: Civitas, 2000.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Editorial Comares, 1993.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint-Ediouro, 1990.

KREBS, Pedro. **Teoria Jurídica do Delito. Noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva**. 2ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2006.

KREBS, Pedro. **Teorias a respeito da finalidade da pena**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 5, Coordenadores: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs, Porto Alegre: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2000.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus Editora, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicopenales (especial referencia al ámbito económico), en Díez Ripollés – Romeo Casabona-Gracia Martín-Higuera Guimerá eds. “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir”, Tecnos, 2002.**

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. rev. e atualiz. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Câncio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs** / Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez Gonzáles, Manuel Cancio Meliá; tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: iustel, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius e MAIN, Frankfurt am. **La desigual competência entre seguridad e libertad. Política Criminal, Estado e Democracia**. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador: André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

RIPOLLÉS, José Díez. **De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado**. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Org. André Luís Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. H.L.A. Hart, Ronald Dworkin**. Traducción: Magdalena Holguín e Juan Manuel Pombo Abondano. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I, 2.ª edición. Alemana. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales.** Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal.** 2ª ed., Cívitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal.** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Bien Jurídico, Proporcionalidad y libertad del Legislador Penal. La teoría del bien jurídico.** Org. Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. rev. atualiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma.** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. André Copetti, Lênio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha ... [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., São Leopoldo: Unisinos, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. e FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico.** Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, p. 163-187, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, n.º 97, março/2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAMARIT SUMALLA, José María. **Fundamentos e orientación de un sistema penal teleológico-garantista.** Revista de Derecho y proceso penal, nº 5, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: parte general**. 4ª ed. Traduzido por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1997.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. **Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La legitimación del controle penal de los extraños**. Artículo publicado junto al Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires, a la memoria de Alfonso Reyes Echandía, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. Criminalidade Moderna e Reformas Penais**. Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Luisi. Organização André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José – Costa Rica, 11 al 15 de Julio de 1983**. Redactados por el coordinador profesor doctor Eugênio Zaffaroni. Buenos Aires: Depalma, 1984.