

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LARA SANÁBRIA VIANA

**AS RECENTES TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO E OS SEUS REFLEXOS NO CAMPO DOS
DIREITOS HUMANOS**

JOÃO PESSOA

2010

LARA SANÁBRIA VIANA

**AS RECENTES TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO E OS SEUS REFLEXOS NO CAMPO DOS
DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto.

**JOÃO PESSOA
2010**

LARA SANÁBRIA VIANA

**AS RECENTES TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO E OS SEUS REFLEXOS NO CAMPO DOS
DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB como requisito à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto.

Aprovada em ___/___/20010

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto
(Orientador)

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam na força da transformação pela educação e que se esforçam na obtenção de um ideal de justiça.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo conforto espiritual. Aos meus pais, pelo apoio incomensurável e a minha irmã.
Ao professor orientador Fredys Orlando Sorto, com admiração e estima, pelas orientações fundamentais na realização deste trabalho.

À professora Auxiliadora, com ternura.

Ao professor Guilherme Câmara, com amizade e gratidão pelo apoio à iniciação científica e também pela concessão de material bibliográfico.

Ao professor e amigo Romulo Rhemo Palitot Braga e ao professor Oswaldo Trigueiro do Vale Filho.

Aos amigos e funcionários da biblioteca que atenciosamente me ajudaram.

RESUMO

A sociedade brasileira vem enfrentando nos últimos anos o aumento gradativo da violência, gerada pela crescente criminalidade. Devido a este complexo e desafiador momento de insegurança pública, o papel do Estado, como interventor, revela-se fundamental na medida em que se dispõe a criar e gerenciar mecanismos que, efetivamente, combatam e previnam a delinquência, sem, todavia, macular o sistema de garantias. A denominada política criminal de emergência, muito utilizada na seara brasileira, tem se mostrado um recurso ineficaz e emblemático, visto não oferecer um prognóstico efetivo de soluções para a diminuição da criminalidade no país. Em vez disso, gera inúmeras antinomias dentro do sistema normativo, tendo como mola propulsora a “produção legislativa da crise”, ou seja, esta produção é realizada para conter um momento específico de crise ou de insatisfação social, sem, contudo, oferecer um modelo de política criminal, orientado por objetivos e métodos capazes de produzir efeitos promissores e permanentes. Carece, ainda, de racionalidade de modo em que, não leva em consideração *standars* mínimos de proteção à pessoa humana, destinando-se à aplicação de um direito penal do inimigo, sob a égide de leis as quais ferem o princípio da proporcionalidade e mitigam garantias penais e processuais. A política criminal de emergência tem se mostrado uma tendência mundial seguida pelos países europeus na luta contra o terrorismo instituindo prisões arbitrárias por tempo indeterminado, sem acusação formal, violando o princípio do devido processo legal, entre outras formas de mitigação de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da prisão naval de Guantánamo. Advoga o endurecimento e o expansionismo penal, pauta-se na ideia de prevenção negativa, reprime-se antes que “pequem”. Uma política criminal racional deverá ser norteada pelo princípio da proporcionalidade, com intervenção mínima, e utilizando o direito penal como *ultima ratio*. Nela há observância aos Direitos Humanos em sua máxima amplitude, a preservação das garantias fundamentais, a preocupação com as vítimas, com vistas à reparação do dano quando for efetivamente possível afim de que se possam concretizar os anseios compatíveis aos ditames do Estado Democrático de Direito, através do combate à criminalidade de forma equilibrada.

PALAVRAS-CHAVE: Emergência. Política Criminal. Garantias. Criminalidade. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The Brazilian society has been facing in the past years a gradual increase in the violence rates as a result of the increasing criminality, and due to this complex and challenging moment of public insecurity the role of the State as an interventionist is revealed crucial as far as it is willing to create and manage mechanisms that effectively reduce and avoid the delinquency without, however, offending the guarantees system. The emergency criminal politics is very exploited in Brazil and has proved an ineffective and emblematic resource, for it does not offer an effective range of solutions that contribute to reduce the criminality in the country, on the contrary creates many contradictions in the law system, having as a propulsion the “crisis legislative production”, which means, that the production is accomplished to contain a specific moment of crisis or social dissatisfaction, however without offering a model of Criminal Politic, guided by goals and methods that can produce promising and permanent effects. It lacks also of rationality so that it does not take into account minimum standars for the protection of the human person and is designed for applying a law of the enemy, under the aegis of laws which touch on the principle of proportionality and mitigate criminal and procedural guarantees. The emergency criminal politics has been shown to be a worldwide trend followed by European countries in the fight against terrorism by setting up arbitrary detention indefinitely, without charge, violating the principle of due process, among other forms of mitigation of fundamental rights and guarantees, example of the naval prison at Guantanamo Bay. Calls for tougher criminal prosecution and the expansionist agenda in the idea of preventing negative, repressed before it "sin". A rational criminal policy should be guided by the principle of proportionality, with minimal intervention, and using the criminal law as ultima ratio. In it there is compliance with human rights in their fullest extent, the preservation of fundamental guarantees, the concern for the victims, in order to repair the damage when it really possible that in order to materialize the aspirations consistent with the dictates of the Democratic State , by combating crime in a balanced way.

KEY-WORDS: Emergency. Criminal Politics. Guarantees. Crime. Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I A POLÍTICA CRIMINAL: VELHAS E NOVAS RACIONALIDADES PUNITIVAS NA CONTEMPORANEIDADE.....	14
1 Breve exposição acerca da evolução histórica do Direito Penal frente à Política Criminal.....	15
1.1 A busca de um conceito para a política criminal.....	16
1.2 O modelo integrado das ciências penais.....	19
1.3 A influências das escolas criminológicas nas escolhas das respostas político-criminais.....	21
1.3.1 A escola de Chicago	22
1.3.2 A Teoria da Subcultura Delinquente	25
1.3.3 A Teoria da Anomia	27
1.3.4 O <i>labeling approach</i> como o novo paradigma criminológico	28
1.4 As velhas racionalidades punitivas da política criminal dos países autoritários do século xx como fundamento da política criminal contemporânea	30
1.4.1 A política criminal soviética	36
1.4.2. A política criminal do fascismo italiano	40
1.4.3 A política criminal do Nacional – Socialismo Alemão	42
1.5 Os desafios do Direito Penal e suas perspectivas ante o fenômeno da globalização: recentes exigências político-criminais.....	45
PARTE II: A POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA E OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA ATUALIDADE.....	55
2 O sentido etimológico do termo emergência e a sua aplicação na política criminal contemporânea	56
2.1 O Direito penal do inimigo como fundamento da política criminal de emergência.....	62
2.1.1 O direito penal do inimigo: algumas experiências no ocidente.....	66
2.1.2 O direito penal do inimigo e a realidade brasileira.....	69
2.2 O expansionismo penal e o simbolismo penal como consequência da política criminal de emergência.....	73

2.3 A cultura do medo e o papel da mídia na construção de novas exigências político-criminais de emergência.....	78
2.4 Os movimentos de política criminal na contemporaneidade: Lei e Ordem.....	81
2.5 O abolicionismo penal como estratégia de política criminal radical.....	84
2.6 A política criminal brasileira e os movimentos de política criminal na atualidade.....	86
2.7 A crise das leis penal no direito penal brasileiro como consequência da política criminal de emergências.....	87
PARTE III: OS AVANÇOS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL E HUMANISTA	91
1 A constituição de 1988 como fundamento da política criminal brasileira.....	92
3.1 Os princípios penais constitucionais.....	95
3.2 O princípio da legalidade.....	98
3.3 O princípio da proporcionalidade como fundamento harmônico do sistema penal	100
3.4 O princípio da intervenção mínima.....	101
3.5 O princípio da subsidiariedade.....	104
3.6 O princípio da lesividade e insignificância.....	105
3.7 O princípio da responsabilidade.....	108
3.8 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	108
3.9 O garantismo penal como opção de orientação à política criminal racional	110
3.10 As bases para um direito penal mínimo no Brasil.....	112
3.11 O discurso da segurança pública no Brasil e a valorização da cidadania como um direito fundamental.....	115
3.12 Os novos paradigmas locais da política criminal e o policiamento comunitário.....	120
3.12.1 O policiamento comunitário na cidade de João Pessoa	125
3.13 Os direitos humanos como o <i>ethos</i> da política criminal brasileira.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	134

“Nos lugares onde o Direito é imponente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco, do despotismo”.

Noberto Bobbio

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização e a era da pós-modernidade vêm atingindo o convívio social, modificando intensamente as relações sociais entre os indivíduos e tornando cada vez mais apertadas as malhas que formam o tecido social.

O avanço tecnológico, os problemas ambientais e as novas formas de criminalidade organizada constituem grandes desafios para o direito penal do futuro.

A sociedade global, nos últimos anos, tem desencadeado processos contínuos de exclusão social. No que tange ao direito penal, esta tendência é cada vez mais evidenciada, em razão da política criminal de emergência adotada por países como o Brasil, os Estados Unidos, a Holanda e no Reino Unido, a Inglaterra.

As principais democracias ocidentais, atualmente, enfrentam graves problemas na área de segurança pública e, por isso, a preocupação com a legitimidade da política criminal e suas intervenções penais no ordenamento jurídico são cada vez mais discutidas.

A política criminal não escapa o modelo integrado das ciências penais. Ademais é fortemente influenciada pelos aportes teóricos da criminologia e da dogmática penal. Através destes conhecimentos, materializa ações para combater e prevenir a criminalidade.

A política criminal do Século XXI legitima-se por intermédio das escolas criminológicas tradicionais, como por exemplo, a escola de Chicago, a teoria da anomia, a teoria da subcultura delinquente e o *labelling approach* ou teoria da rotulação.

Hodiernamente, é notória a ruptura dos valores político-criminais existentes nas tradições democráticas de países como o Brasil, os Estados Unidos, a Inglaterra e Holanda, pois estes países têm-se utilizado das velhas racionalidades punitivas, para combater o avanço da criminalidade.

O modelo contemporâneo da política criminal nestes países reafirma os valores ideológicos inerentes aos principais sistemas autoritários do ocidente vigentes no Século XX. Em ambos os modelos, é possível identificar que o direito penal, bem como a política criminal volta-se para a ideia de que o criminoso é inimigo do povo e, por isso, deve ser neutralizado do sistema social.

Não é possível afirmar a existência de um programa de política criminal global, muito embora algumas medidas tenham sido implementadas em âmbito internacional, com o objetivo de estabelecer a justiça penal internacional.

O maior nível de integração em política criminal pode ser percebido no espaço comunitário da União Européia, mesmo assim, ainda não é possível afirmar o surgimento efetivo de uma política criminal européia, o que se evidencia são algumas diretrizes regionais.

No Brasil, a política criminal enfrenta vários problemas estruturais, a falta de um programa nacional é apenas um deles. No entanto, o PRONASCI, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania prevê algumas medidas relevantes voltadas para o enfrentamento da criminalidade.

O direito penal brasileiro tem sido influenciado por dois movimentos de política criminal antagônicos. Um deles é o direito penal de terceira velocidade, também conhecido de *prima ratio*; e o direito penal mínimo, conhecido como minimalismo penal. Ambas as correntes de pensamento coexistem no ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de um programa de política criminal resulta como consequência primária, a quebra de racionalidade das leis penais, enfraquece os ideais democráticos e enseja graves violações aos direitos humanos.

A crise de racionalidade das leis penais no Brasil é fruto do simbolismo que as novas leis e reformas apresentam. O endurecimento penal atua no imaginário sensitivo da sociedade, transmitindo a falsa ideia de que o maior rigor trará maior segurança e, conseqüentemente, reduzirá as cifras da criminalidade, o que na realidade não tem se mostrado como uma assertiva verdadeira, pois estas intervenções de maximização do direito penal escapam os níveis de racionalidade, e apenas contribuem para o aumento da população carcerária, sem contudo resolver o problema.

Não é possível substituir políticas públicas e sociais em detrimento de um direito penal mais rigoroso para conter as desigualdades sociais, ademais não se pode governar a pobreza por intermédio do cárcere. As intervenções penais são legítimas apenas quando necessárias.

O direito penal deve ser entendido como o último recurso, ou seja, de *ultima ratio*, os ilícitos de menor gravidade podem e devem ser elevados a instâncias administrativas para a composição do conflito.

Na primeira parte deste trabalho, apresenta-se o modelo integrado das ciências penais, bem como a influência do pensamento criminológico para a formação da política criminal de emergência.

Em um segundo momento, busca-se abordar de modo breve os principais modelos autoritários de política criminal, do Século XX, no Ocidente.

Posteriormente, demonstra-se a necessidade de novas exigências no campo da política criminal, em face da globalização voltada para a consolidação do modelo de justiça penal internacional, a partir do enfoque comunitário da União Européia.

Na segunda parte, tem-se a problemática do trabalho. Os limiares da política criminal de emergência, os seus fundamentos, as perspectivas e as suas consequências para os *standards* de proteção à pessoa humana no contexto brasileiro.

Por fim, na terceira parte, vislumbra-se breve reflexão acerca dos avanços da política criminal brasileira, no que toca à evolução do Estado Democrático de Direito.

Pretende-se construir um modelo de política criminal racional inserido além da tensão dialética entre eficiência e garantismo penal. Trata-se de uma perspectiva voltada para o equilíbrio e a manutenção dos *standards* mínimos de proteção da pessoa humana, corroborada pelo princípio da intervenção mínima, do minimalismo penal de *ultima ratio*, atuando em consonância com uma atividade legislativa destinada à observância destes elementos ordenadores, e com vistas à construção de uma cultura de observância aos direitos humanos.

A fim de conferir maior grau de cientificidade, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de noções gerais do desenvolvimento da política criminal na contemporaneidade e, posteriormente, analisando situações particulares, como por exemplo, a política criminal brasileira.

A dialética é um recurso presente, pois dois modelos antagônicos são colocados em análise e, por fim, busca-se a construção de uma síntese que culminou no delineamento de uma política criminal racional. Procedeu-se uma abordagem qualitativa da pesquisa.

O método de interpretação jurídico e o histórico foram utilizados na compreensão da atual política criminal, pois foram analisados alguns sistemas históricos de política criminal no século XX.

A interpretação de artigos de leis realizado no estudo de caso da lei brasileira de crimes hediondos foi preponderante para a constatação de que o Brasil vem adotando a política criminal de emergência em seu ordenamento jurídico, assim reafirmando as mesmas tendências encontradas nas leis norte-americanas e inglesas.

A técnica de pesquisa utilizada foi a documental, e a classificação da pesquisa usada foi a explicativa.

Para tanto, espera-se ter apresentado uma metodologia válida para a produção do trabalho em questão.

PARTE I

A POLÍTICA CRIMINAL: VELHAS E NOVAS RACIONALIDADES PUNTIVAS NA CONTEMPORANEIDADE

1 Breve exposição acerca da evolução histórica do Direito Penal Frente à Política Criminal

O direito de punir nas sociedades mais antigas estava calcado na ideia de estado natural de vingança (*blutrache*). Posteriormente, surgiu o Código de Talião que sedimentava a noção de proporcionalidade da vingança privada com cariz retributiva. O castigo deveria ser proporcional ao agravo suportado, ou seja, olho por olho, dente por dente. Longe de ser um modelo ideal, o Código de Talião estabelece alguns limites ao castigo, muito embora ainda estivesse adstrito às penas corporais e ao suplício.

Durante o *Ancien Régime*, o monarca tinha, em suas mãos, o poder centralizado para decidir quais atos deveriam ser passíveis de punição, bem como auferir o *status* de “delinquência” a qualquer um que, de alguma forma, se apresentasse como uma ameaça ao poder soberano e incontestável do rei. Formalizava-se, assim, o sistema castigo-sanção, com penas cruéis e desumanas, típico da Idade das Trevas, do obscurantismo e da falta de racionalidade, bem como dos princípios basilares informadores, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à ampla defesa, a vedação aos tribunais de exceção.

Beccaria, ao escrever *Dos Delitos e das Penas*, foi considerado um dos mais importantes reformadores do direito penal. Denunciou a crueldade das penas. Afirmava ser mais importante a certeza da pena do que o seu rigor. Influenciado pelas idéias libertárias e altruístas de Montesquieu, Rousseau, Bacon, Buffon, entre outros, construiu um ideal de justiça criminal e de humanização das penas, considerado como um grande avanço, culminando mais tarde no garantismo penal (CÂMARA, 2003, p. 11).

A partir do Século XVIII, as penas sofreram um abrandamento, sobretudo no que concerne à tortura, ainda era concebida como forma de castigo inerente ao cárcere. A humanização das penas foi evidenciada com a pena de prisão, deslegitimando, assim, a pena de morte. A pena de privativa passou a ser mais utilizada. Não obstante, os problemas que circundam o cárcere e a necessidade de um sistema punitivo eficaz.

O movimento Iluminista do Séc. XVIII foi determinante para a construção do saber científico a lume da razão. A sua proliferação através de academias, centros de estudo, jornais os quais propagariam a concepção de um novo ideal, na sedimentação de um novo paradigma, retirando a noção de pecado imputada ao delito e impondo-lhe um caráter laico, ou seja, desvinculado da moralidade religiosa, metafísica. Esta nova concepção prestigiada pela segurança jurídica e pela certeza da lei foi abarcada pelo contrato social, conferindo ao Estado o *jus puniendi*, retirado da órbita individual, originando, desta feita, o dever estatal de prestar

a jurisdição, na busca da composição de conflitos e da manutenção da paz social, reintegrando-a, quando rompida.

A idéia de justo, em Beccaria, está ligada à noção de utilidade, vindo a ser útil aquilo que for efetivamente justo, sendo injusto o que for prejudicial (CÂMARA, 2003, p. 131).

Destarte, conclui-se que a punição só deverá ser estabelecida quando for útil para a sociedade. Este é o esboço do princípio da utilidade social, o qual mais tarde influenciaria autores como Bentham, Feuerbach. Este, por sua vez, delineou os esteios da política criminal, a qual deve estar orientada para a prevenção de delitos e não apenas para a sua retribuição.

O processo de codificação dignificou as relações entre o indivíduo e o Estado, na medida em que paradigmas legais foram estabelecidos, conferindo mais clareza, objetividade e segurança jurídica, esta última sendo uma arma poderosa contra os abusos do poder punitivo. No entanto, é importante destacar que, por mais objetiva e clara que a lei seja, ela sempre é passível de interpretação.

Na atualidade, a criminalidade está inserida em um contexto complexo, advindo da era tecnológica, pela sociedade da informação que, muitas vezes, carece de um teor crítico e comprometido com os valores humanos.

Com efeito, o direito penal não foi capaz de conter o avanço da criminalidade na sociedade contemporânea, dessa forma, surge então o papel da política criminal como um instrumento importante na luta contra o crime.

1.1 A busca de um conceito para a Política Criminal

A Política criminal, ao longo dos anos, tem se destacado conjuntamente com a Criminologia, a Sociologia Criminal e a Dogmática Penal, como um instrumento eficaz no combate à criminalidade. Concretizada por intermédio de posturas ideológicas, políticas e filosóficas, visando à construção de um modelo eficiente, tanto nas esferas de controle como na prevenção e repressão da criminalidade.

A Política Criminal deve ser norteada pelos ditames do Estado Democrático de Direito, a fim de que políticas autoritárias não desvirtuem o sistema penal, o que poderia resultar em possíveis inadequações aparentes as quais ensejariam promoção de uma justiça penal irracional.

Para Aristóteles, o homem é um ser político em sua essência, e deve viver em sociedade, no entanto, viver em sociedade requer, inegavelmente, a necessidade de organização e controle por meio de uma estrutura superior, portanto, hierárquica, denominada de Estado. Este se manifesta através de atos de governo, ou seja, de políticas públicas capazes

de alocar recursos e conferir serviços destinados a prestações sociais como saúde, educação, cultura, lazer e segurança pública, sendo esta última realizável por intermédio da política criminal que de forma integrada ordenará meios de reação e prevenção ao fenômeno criminal. Emiliano Borja define a política criminal como:

[...] aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (BORJA, 2003, p. 22).

É importante destacar que a forma escolhida de governo determinará a natureza da política criminal a ser adotada, seja de cunho eminentemente totalitário (populista), típica de estados de concepção totalitária, ou norteada pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Considerado como um modelo racional pelo apego às garantias penais e observância aos direitos humanos.

Necessária se faz a diferenciação entre a Política Criminal e a política criminal. A primeira é referente à disciplina, constituindo, conseqüentemente, um ramo do conhecimento científico e, que de forma interdisciplinar, busca consolidar orientações político-criminais, argumentos e experiências dotadas de Dogmática Penal e relacionadas intimamente no que toca à interpretação do sistema penal, procurando adequá-lo aos valores de justiça, eficácia e racionalidade. Visa à salvaguarda das garantias e pretende responder satisfatoriamente ao fenômeno criminal, sempre visando conferir coerência ao próprio sistema penal (BORJA, 2003, p. 23).

Portanto, ações conjuntas e bem estruturadas devem estar presentes desde a gênese da atividade legislativa típica, do poder de legislar, para que se possa evitar a produção de leis irracionais, as quais são desprovidas de coerência e até mesmo de lógica formal, gerando verdadeiras antinomias normativas. A segunda destina-se às medidas elencadas pelos governos no tratamento da delinquência.

Feuerbach, em seu Manual de Direito Penal, de 1803, cria uma concepção moderna de Política Criminal, definindo-a como:

Este conocimiento nos cerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la POLÍTICA CRINAL, que estriba en la criminología y la penología. La Política criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir, pero también nos enseña a entender aquél, a la luz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares (1989, p. 7).

O autor reafirma apenas o aspecto reativo da política criminal contra a delinquência, olvidando, porém, o caráter primordial destinado à prevenção. Corroborando o entendimento de Christine Lazerges (*apud* IPIÑA, 1999, p. 16), a saber:

[...] la Política Criminal es una reflexión epistemológica acerca del fenómeno criminal, una descodificación del fenómeno criminal y de los medios empleados para luchar contra los comportamientos desviados o delictivos: la Política Criminal es, igualmente, una estrategia jurídica y social basada en las elecciones ideológicas, para responder con pragmatismo a los problemas planteados por la prevención y la represión del fenómeno criminal, entendido en su extensión.

Marc Ancel, em 1975, criou a revista *Archives de Politique Criminelle*. Segundo ele, era necessário não limitar a política criminal apenas ao Direito Penal. Deveria ser considerada como a reação, organizada e deliberada da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais, com destaque para sua uma função dúplice. Deve ser voltada para uma base empírica, ou seja, de teor criminológico, e outra do ponto de vista estratégico, ainda sob a égide do pensamento de Marc Ancel “una verdadera Política Criminal es un sistema coherente y racional de reacción social antidelictiva”. (ANCIEL, 1975, *apud*, IPIÑA, 1999, p. 16).

Ao abordá-la, o autor francês utiliza os seguintes aportes: definição clara dos objetivos da Política Criminal e os meios para alcançá-la; uma ação coerente e coordenada e, por último, a utilização de dados obtidos e comprovados por investigações empíricas acerca da criminalidade e da justiça penal, compreendendo-se as instâncias formais de controle, a exemplo do Judiciário (ANCIEL, 1975, *apud*, IPIÑA, 1999, p.18).

Delmas-Marty (2004, p. 4) amplia o sentido de reação conferido por Feuerbach, de que a Política Criminal seria o conjunto de métodos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime, desprovido, assim, da possibilidade de prevenção positiva e para utilizar o vocábulo “responde”, a fim de que fosse integrado aos atos de prevenção positiva no combate à criminalidade.

A Política Criminal deverá ser orientada para a prevenção, para a garantia dos direitos das vítimas, para a regulação do modo de aplicação das leis penais, bem como para assegurar meios proporcionais de sanção e reparação, sempre tendo em mira, a realidade social e atuando nos casos em que são verificadas as reais necessidades de tutela a bem jurídico necessário. Conjuntamente com a ideia de *ultima ratio*, deve ser ordenada sem, contudo, promover a prevenção negativa, cuja premissa é a intimidação do indivíduo inspirada na ânsia de redução de garantias. A busca desenfreada e a qualquer preço de um suposto combate à criminalidade e a reprimenda da reincidência ocasionam os maiores

problemas em termos de medidas político-criminais na atualidade. A Política Criminal moderna deve, pois, preocupar-se em promover e proteger os valores humanos, rompendo com a visão simplista da mera retribuição.

1.2 O modelo integrado das ciências penais

Na pós-modernidade, não é cabível mais a antiga concepção de que a Dogmática Penal tinha preeminência sobre a Criminologia e a Política Criminal. No esteio da formulação do postulado criado por Von Liszt, tem-se que o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal. É bem verdade que esta forma de pensar foi, na realidade, influenciada pelo positivismo.

Portanto, não se pode vislumbrar qualquer relação de submissão entre as ciências penais, ao revés, devem estar atuando em conjunto de modo orientado por critérios valorativos político-criminais (CÂMARA, 2008, p. 165).

A análise do fenômeno criminal através de uma abordagem transsistemática do modelo das ciências penais é a ferramenta imprescindível para um olhar crítico e dinâmico, acerca da questão criminal, antes deve ser vista de forma global, para que se possa, então, verificar novas soluções.

O Direito Penal, como ciência ontológica, complementa-se como a ciência do ser. A Criminologia aufere um espectro empírico, que permite instituir um processo de reflexão, própria de um sistema aberto, como bem preleciona Roxin, portanto, passível de questionamentos às premissas dogmáticas. É através do aporte teórico e crítico dessas ciências, que se torna possível identificar os problemas que circundam a criminalidade de modo mais profundo e eficaz.

Para Franz von Liszt, a Política Criminal e a Criminologia funcionam como disciplinas auxiliares do Direito Penal, na medida em que os conhecimentos criminológicos são normativizados; tem-se, assim, um Direito Penal imbuído da realidade social.

Cabe à Política Criminal real estabelecer pontes entre as demais disciplinas, transformando os conhecimentos empíricos em alternativas pautadas no rigor científico, a partir de um momento valorativo. O Direito Penal deverá operar essas soluções e respostas através dos processos de criminalização.

Através da política criminal, o Estado estabelece a orientação de todo o sistema penal, que compreende não só a definição dos comportamentos considerados delitivos, como também estabelece qual é a finalidade da pena e os meios empregados para poder alcançar tais

objetivos. Mediante a atividade político-criminal, formaliza-se o controle social, a ser exercido sobre os comportamentos desviados, de sorte que esse controle também se reserva a uma perspectiva funcional, analisando a correção das opções legislativas e buscando interpretá-las do ponto de vista da sua eficácia para, assim, canalizar respostas satisfatórias à problemática da delinquência (PAZ, 2006, p. 13).

Segundo Roxin (2002, p. 102),

[...] el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y estas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege ferenda*, es un proceso cuyos estadios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.

Pode-se, então, asseverar que o papel transcendente da política criminal culmina não apenas com o seu caráter consultivo, mas, sobretudo, desencadeia mudanças reais no campo do Direito Penal e, principalmente, tende a impulsionar reformas legislativas.¹

É bem preciso destacar que a política criminal que pretende orientar o sistema penal não poderá estar calcada na mera concretização do programa que lhe foi politicamente imposto, mas deverá estar cingida na própria limitação da pena, visando legitimá-la. (CÂMARA, 2008, p. 169).

Nesta senda, conclui-se que a política criminal deve atuar racionalizando suas escolhas, segundo os limites constitucionais e com estrita observância aos direitos humanos, uma vez que o próprio Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, isto é, no caso brasileiro, em especial na Magna Carta de 1988, atual diploma constitucional em vigência. Na última parte deste trabalho, far-se-á com maior rigor uma análise mais detalhada acerca da vinculação constitucional da política criminal, em face da Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar da importância de um sistema penal orientado axiologicamente pela política criminal de modo racional (*Wertrationalität*), em detrimento de uma racionalidade apenas instrumental de cariz utilitária (*Zweckrationalität*).

As opções orientadas pela política criminal racional de cunho utilitário se preocupam apenas com a estabilidade social, ou seja, a manutenção do sistema é o que direciona os vetores da política criminal, não há, portanto, uma preocupação com o ser humano².

¹Cf. Miguel Paz (2006, p. 17- 25), afirma e reconhece a importância da política criminal, mas não confere autonomia. Para ele, a política criminal deve apenas: “situarse dentro del mismo sistema penal”(2006,p. 17). Em que pese este entendimento, reputa-se pela autonomia da política criminal. Ademais, a política criminal deve se referir à orientação das consequências (*Folgenorientierung*) na consecução da atividade legislativa, judiciária e, principalmente, na fase de execução da pena. (RIPPLÉS, 2005, p. 25)

Este modelo de justificação valorativa foi utilizado para legitimar os principais sistemas autoritários, ainda nesta parte voltar-se-á ao estudo dos principais sistemas autoritários do Século XX.

1.3 A influência das escolas criminológicas nas escolhas das respostas político-criminais

A criminologia, de uma maneira geral, é considerada como a ciência destinada a estudar as causas do fenómeno criminal nas suas mais variadas formas. Utiliza-se de técnicas e instrumentos e, principalmente, atua no campo das formulações teóricas. Além disso, fornece dados e reúne informações empíricas necessárias para a prevenção do delito (MOLINA, 2006, p.364).

Segundo Fernando Galvão (2000, p. 40), a política criminal deve acompanhar o evoluir da dinâmica social, promovendo incessantemente revisão de seus postulados e estratégias.

Na realidade, a política criminal transforma o saber empírico da criminologia em respostas para combater e prevenir a criminalidade.

² Cf. Atualmente, não é possível corroborar com a noção de sistema fechado. Segundo informa Almiro Salvador (2009, p. 33): O sistema fechado apresenta maiores dificuldades em aceitar a instância preventivo-racional subjacente à norma, a qual tem como base evitar efeitos nocivos ocasionados pela utilização social do sistema penal. Em razão disso, não poderá ser utilizado como parâmetro de questionamento dos próprios limites do Direito Penal. Mas, contudo, para que as informações cheguem ao nível de construção sistemática do delito, deve-se permitir um modelo de abertura cognitiva e produzir o fechamento operativo do sistema de modo geral, ou seja, fixar limites estritos. (2009, p. 33) Como marco da legislação brasileira, tem-se o tecnicismo jurídico como sua principal fonte. Pode ser evidenciado através do sincretismo das sanções criminais reafirmada pela tendência positivista que influenciou todo o sistema penal brasileiro (SALVADOR, 2009, p. 90).

No que diz respeito ao sistema aberto cognitivamente e interessado na proteção de bens jurídicos relevantes pode atenuar problemas sistemáticos apontados, sem comprometer o ideal de segurança jurídica. O uso de conceitos demasiadamente abertos, e por isso, comumente formais, aponta para soluções desinteressantes do ponto de vista político-criminal. A relação inversa também é verdadeira, ou seja, na medida em que o sistema começa a se interessar pelos reflexos político-criminais de suas decisões, o que já importa certo grau de abertura cognitiva, as estruturas do delito gradativamente abandonam sua mera formalidade (SALVADOR, 2009, p. 97).

Neste sentido Roxin (2001, p. 16) ao tratar das diferenças entre os sistemas. Destaca que a proposta sistemática teleológica/político-criminal (funcionalista) admite a existência de um risco não permitido dentro do alcance do tipo. Sendo assim, o processamento dogmático desta idéia possibilita e favorece a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, abra-se para a realidade.

Miguel Paz (2006, p. 16-17) registra que: em resumen el sistema es un elemento irrenunciable de un derecho penal próprio de un Estado social y democrático de derecho. Pero, puesto que el sistema debe influir en la solución de los problemas dogmáticos, debe ser el correcto, y, hoy parece demonstrarse que este há de ser estructurado teleológicamente, o sea, construído com arreglo a las finalidades valorativas, descartandolas soluciones de problemas incompatibles con los fines del derecho penal, que solo pueden ser do tipo político-criminal.

Conhecer bem as causas do fenômeno criminal amplia o campo de atuação da política criminal, permitindo-a uma orientação mais precisa.

É importante destacar que a política criminal e a criminologia são ciências autônomas e fazem parte do modelo integrado das ciências penais conjuntas. Não existe uma relação de hierarquia entre elas, mas um modelo de cooperação, pois estes ramos do conhecimento criminal são extremamente relevantes para combater e prevenir ações delitivas.

A seguir, serão abordadas algumas teorias criminológicas que influenciaram os movimentos de política criminal autoritário, do Século XX, e o novo autoritarismo político-criminal, do início do Século XXI.

1.3.1 A escola de Chicago

A Revolução Industrial surge no final do Século XVIII. Foi marcada pelos intensos processos de mecanização que modificaram profundamente o modelo de produção de sua época. A máquina a vapor impulsionava a produção em massa, os trabalhadores viviam em condições insalubres no ambiente das fábricas, e a jornada de trabalho ultrapassava às 16 horas por dia.

Em meados do Século XIX, os Estados Unidos da América enfrentaram grandes mudanças culturais, sociais e econômicas. O fluxo migratório de trabalhadores e a consolidação da burguesia industrial alteraram o modo de vida dos estadunidenses.

Não obstante ao desenvolvimento verificado nos grandes centros urbanos industrializados, percebeu-se que as transformações culturais, econômicas e sociais produzem uma espécie de proliferação de condutas desviantes, devido à redução de oportunidades e pela precariedade no estilo de vida, em face dos processos de exclusão social, oriundos do modelo capitalista vigente na sociedade americana do Século XIX.

Chicago, no Século XIX e começo do Século XX, foi considerada uma das cidades estadunidenses mais populosa, devido ao fluxo migratório contínuo. Por ser cidade considerada próspera, atraiu a atenção de vários imigrantes, como por exemplo, poloneses, alemães, italianos, irlandeses, além dos negros americanos do Sul. O aumento vertiginoso da criminalidade foi proporcional ao crescimento da cidade.

A cidade de Chicago era marcada pelos altos índices de prostituição, alcoolismo, corrupção e, principalmente, pela atuação de *gangs*. A política de segurança pública prestigiava os modelos de repressão, em detrimento dos modelos de prevenção. O controle social por meio da atividade policial era intenso.

Em 1890, a Universidade de Chicago foi criada. O seu fundador foi o pastor batista William Rainey Harper, que foi o seu primeiro presidente. Igualmente foi criado o Departamento de Sociologia que, na ocasião, foi chefiado por Albion Woodbury Small. Em pouco tempo, a Universidade de Chicago começou a ganhar notoriedade pelos trabalhos publicados.

A Escola de Chicago inaugurou a moderna Sociologia norte-americana. Inovou, em especial, no que diz respeito ao método. Anteriormente, a Sociologia baseava-se nas ideias do darwinismo social. Essa nova fase rompeu com a tradição clássica italiana positivista pautada no pensamento biopsicológico. O pensamento lombrosiano faz parte desta tradição e afirma que, embora fosse possível identificar um criminoso a partir da análise de seus caracteres físicos, mesmo assim, admitia a existência de fatores exógenos que poderiam influenciar a conduta do criminoso, no entanto estes fatores apenas tinham o condão de potencializar a predisposição delinquente.

Através do método de investigação, a escola utilizava questionários sociais e estudos biográficos. Esses estudos possibilitavam o conhecimento das atividades desempenhadas pelos delinquentes. Durante muito tempo, esse foi o principal método de estudo. Além disso, a escola também recorria ao estudo de casos individuais.

Após os estudos realizados, os pesquisadores chegaram à conclusão de que a cidade era a verdadeira responsável para produção das desigualdades sociais. Dessa forma, faz-se mister o estudo da sua estrutura, bem como da sua ecologia.

É preciso lembrar que as cidades representam muito mais do que um agrupamento de pessoas em uma determinada região. Na verdade, as cidades são organismos vivos que estão em constante transformação. Sendo assim, corrobora para a construção de processos contínuos de adaptação.

A escola de Chicago relaciona o crescimento das cidades e a perda da identidade do sentimento de comunidade entre os habitantes das grandes metrópoles. Nas cidades menores, há o contato interpessoal entre vizinhos. A comunidade é algo bem mais presente na vida do habitante da cidade; já nas grandes cidades, esses mecanismos de vigilância não se amoldam, uma vez que o indivíduo da grande cidade não se reconhece como comunidade e, dessa forma, passa a não observar as formas de controle social, antes suportadas. O homem da metrópole não conhece o seu vizinho, não mantém relações com a sua comunidade, ademais a mobilidade também impede a eficácia dessas formas externas de controle social informal. Essa é uma das sínteses do pensamento da escola de Chicago, a fim de explicar o aumento das condutas delituosas nas cidades. A ruptura desses laços seria o ponto de partida para a perda

do referencial de comunidade. O isolamento social é outro fator preponderante que atinge principalmente as camadas mais pobres, bem como os grupos raciais de minoria étnica, e os imigrantes. A falta de boas condições de moradia, e de acesso às escolas e ao trabalho acaba agravando ainda mais a situação desses grupos.

A ecologia criminal trabalha com a ideia de desorganização social. O aumento populacional das cidades, os fluxos migratórios geram a (re)organização do espaço urbano. Esse processo é complexo e está disposto à confluência de variáveis conjugadas pela necessidade de políticas públicas. O espaço urbano está em constante transformação, não sendo possível encontrar uma fórmula estática para a sua ordenação. Os fluxos migratórios dependem dos ciclos econômicos e estes de mão de obra disponível. Sendo assim, o crescimento urbano está condicionado a essa conjuntura socioeconômica.

A ausência de políticas públicas e de planos ostensivos de habitação contribui para os processos de auto-organização e a hipertrofia no povoamento das cidades, pois as camadas sociais se agrupam, formando conjuntos habitacionais, favelas, guetos e, dessa forma, promovem a ocupação desordenada dos espaços públicos. Essas habitações construídas, na maioria das vezes, em péssimas condições, oferecem riscos e agravam ainda mais a problemática da (re)organização do espaço urbano.

É perceptível que a incidência de condutas delituosas está mais presente nas áreas onde o assistencialismo estatal é mais precário. Segundo os teóricos da escola de Chicago, esses espaços estão mais propícios à formação de uma cultura da violência, tendo em vista o seu alto teor de desorganização social e grandes níveis de pobreza. Essas áreas obedecem a uma *gradient tendency*. Para os estudiosos dessa escola, as cidades desenvolvem-se em forma de círculos concêntricos. Esses círculos são formados, a partir de uma área central.

Exatamente na área central, encontra-se o *loop*, conhecido como zona comercial, onde estão localizados os bancos, ferrovias, fábricas, dentre outros estabelecimentos. A segunda área é chamada de zona de transição, que abrange os complexos residenciais. Essas zonas estão em constante mutação, pois a primeira está constantemente sofrendo a ingerência da anterior, por isso a desorganização social é bastante visível nessas áreas. A quarta zona situa a população considerada classe média. É formada por grandes blocos habitacionais.

As zonas de degradação são excluídas pelas populações de maior poder aquisitivo, e estão localizadas na quinta zona chamada de *commuters*.

Com efeito, esse modelo de organização das cidades enfatiza a segregação social das camadas mais pobres.

A escola de Chicago propõe como forma de solucionar a problemática, a instituição de programas e políticas públicas nas áreas mais afetadas, o resgate do sentimento de solidariedade social, a reconstrução dos laços comunitários através do apoio de igrejas, grupos e escolas.

A contribuição da escola de Chicago foi marcante, principalmente no campo da política criminal. Inaugurou um modelo de mobilização da sociedade civil, prestigiou os meios não repressivos de combate à criminalidade, incentivou o controle social informal, no entanto ignorou a existência das cifras negras, bem como a análise de dados estatísticos permitiram a crítica de alguns estudiosos, no sentido de que a escola de Chicago, na verdade, era ultraconservadora, e havia substituído positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garofalo, pelo determinismo ecológico, ou seja, as intervenções de cunho político-criminais ainda reforçavam os modelos de exclusão social das camadas mais pobres, dos negros e dos imigrantes.

1.3.2 A Teoria da Subcultura Delinvente

A subcultura delinvente surge da leitura da obra *Delinquent Boys* de A. Cohen. Essa teoria é apenas umas das inúmeras tentativas para se explicar a criminalidade, em particular a juvenil. A crença em uma cultura delinvente é o pressuposto dessa teoria, que visa identificar as condutas individuais da *deviance* juvenil.

Para ele, a subcultura delinvente caracteriza-se como “when we speak of a delinquent subculture, we speak of a way of life that has somehow become traditional among certain groups in America” (1971, p. 13).

A sociologia criminal moderna parte da premissa do pluralismo. A infinidade de grupos, gêneros, implica no reconhecimento de novas formas sociológicas em que a sociedade se manifesta.

Em um primeiro momento, identificamos a problemática conceitual, haja vista a dificuldade em definir o que venha ser considerado como cultura, bem como o seu alcance.

O que pode ser considerado como paradigma para a afirmação de uma cultura dominante? Para o efetivo estudo de uma cultura, faz-se mister localizá-la no tempo e no espaço. Sociologicamente, pode-se definir a cultura como sendo o “[...] conjunto de critérios de valor capazes de orientar eficazmente a ação social” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 290).

A subcultura pode ser entendida como um conjunto de padrões comportamentais e reacionários, contrários a uma ordem social pré-estabelecida, é uma espécie de contra-cultura, ademais apresenta-se como uma alternativa à construção social já em vigência (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291).

Segundo essa teoria, o crime funciona como uma espécie de comando imperativo que obriga o delinquente a agir. A origem desse comando pode ser moral ou através de um dado costume ou prática cultural. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinquente não pretende mais do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência, para efeitos de *status* e de sucesso. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291)

A lógica da subcultura está calcada na idéia de sistema, pois é, na troca de integração de valores, que se procura atingir a mesma finalidade, como o sucesso e o *status*.

Para Cohen, a delinquência juvenil explica-se pelas tentativas de obter sucesso dos jovens, auferida pela falta de oportunidades do sistema. A delinquência juvenil é fruto do gênero masculino de origem pobre, portanto, a *deviance* seria, na verdade, uma forma de negação dos valores inerentes à cultura dominante.

O *american dream*, a ética do sucesso, a democratização, a ideologia igualitária fazem com que jovens de todas as classes sociais empenhem esforços para conquistarem *status* e sucesso na sociedade americana. É bem verdade que esse processo ocorre de forma desigual, pois os jovens de classe trabalhadora não conseguem as mesmas oportunidades que os jovens da classe média desfrutam³.

Outra teoria que também reflete o pensamento da atividade delinquente é a *lower-class* baseada no sentimento de pertença e *status*, ou seja, não há uma espécie de sentimento contrário à cultura dominante, nem tão pouco uma ideia de desorganização social, mas uma expressão subcultural própria e independente (SIEGEL;WELSH, 2009,p. 13).

Outra subcultura existente é a da classe média. Verificou-se, a posteriori, que o índice de criminalidade entre os jovens de classe média também era alarmante, uma vez que o

³Cf. Segundo a análise de Larrauri (2000, p. 5), quando não é possível enquadrar-se no modelo dominante, o conflito aparece como forma de resposta automática ao processo de exclusão. Como bem afirmou: Una de las respuestas que el individuo puede adoptar frente a esta tensión es el comportamiento delictivo. El comportamiento delictivo para Merton no es (sólo) un problema de socialización defectuosa, sino una situación creada estructuralmente, producto de una tensión existente entre los objetivos culturales. Neste sentido, existiria uma anomia, ou seja, ausência de ordenação dos desejos naturais. O sentido trabalhado por Merton difere do entabulado por Durkheim. Para ele, anomia é a ausência de normas. O problema das subculturas é calcado no processo de adaptação, a seguir: Por otro lado se objetaba que la forma de adaptación a esta tensión entre medios y objetivos fuera una respuesta individual, adoptada por individuos aislados. Estos dos aspectos son los que se modificarán con el desarrollo de las teorías subculturales. (LARRAURI, 2006, p. 6).

problema não só atingia os integrantes da *lower-class*. Essa teoria demonstra que a localização social da delinquência não é uma constante invariável.

Essas teorias das subcultura delinquente tiveram um papel fundamental para a formação de esteriotipos. Os imigrantes eram tidos como rudes e agressivos e, portanto, propensos às condutas delitivas. Em razão disso, no campo da política criminal, foram criadas diversas leis anti-imigração. As teorias da subculturas também foram utilizadas para explicar as taxas de criminalidade entre os imigrantes.

Como medida de política criminal, o problema das subculturas delinquentes seria amenizado com o aumento gradativo no campo das oportunidades legítimas.

Para a *lower-class*, o direcionamento político-criminal deveria ser voltado para a recuperação social de seus integrantes. Na subcultura da classe média, a estratégia político-criminal estaria na redução dos conflitos entre gerações.

1.3.3 A Teoria da Anomia

A teoria da anomia tem assento no determinismo sociológico de teor marxista. Acredita-se que o crime é um produto social e, por essa razão, representa a própria normalidade e funcionalidade do sistema que envolve as estruturas sociais. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 315). Dessa forma, o crime não é visto como uma patologia, contrariando os primeiros estudos da criminologia.

Essa teoria foi fortemente influenciada pelos aportes teóricos de Emile Durkheim. Para ele, a sociedade produz o seu próprio sistema. O sistema social seria formado por regras de conduta e também um vazio normativo “anomia “que quer dizer ausência de normas.

Na concepção de Durkheim, o crime não é considerado uma anomalia; ao revés, é tido como normal e essencial para a funcionalidade do sistema. “El crimen es normal porque una sociedad exenta de él sería absolutamente imposible” (DURKHEIM, 1986, p. 107). O crime constitui-se como um elemento fundamental para a própria evolução moral do homem, como corporifica o entendimento do próprio Durkheim “El crimen es, pues, necesario: está ligado a las condiciones fundamentales de toda vida social, pero, por eso mismo, resulta: útil: porque estas condiciones de las que es solidario son indispensables para la evolución normal de la moral y del derecho” (1986, p. 118).

A teoria da anomia em Durheim está descrita em sua obra intitulada “O Suicídio”, e posteriormente, influenciou a sociologia norte-americana.

Essa teoria busca apresentar soluções para as tensões sociais estruturadas nas condutas desviantes. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade, “Uma sociedade anômica é uma sociedade carecida de ordem normativa e incapaz, por isso, de controlar a força centrífuga e desintegradora dos instintos, das ambições e interesses individuais” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 316).

Merton, outro representante dessa teoria, tem como ponto de partida a ideia de ruptura da estrutura cultural. Ele abandona a teoria das necessidades de Durkheim. Além disso, afirma que as oportunidades reais funcionam como condicionantes.

Neste sentido, pode-se concluir que os objetivos culturais, o conjunto de oportunidades e as normas institucionalizadas são variáveis autônomas.

O afastamento dessas variáveis dá origem ao comportamento desviante, pois os indivíduos apenas conseguem satisfazer os seus objetivos, violando as regras e as normas. Ainda, a lume o pensamento do referido autor, são cinco os meios de adaptação que podem ser observados: conformismo, inovação, ritualismo, evasão e rebelião. No conformismo, o agente não transgride a lei. Dessa forma, não há qualquer conflito. Já na inovação, podem ser verificadas algumas condutas delitivas, na medida em que o indivíduo passa a utilizar-se de meio ilegítimos para realizar os seus objetivos. O ritualismo não gera qualquer modificação do *status*, uma vez que existe uma verdadeira aceitação do sistema por parte do indivíduo.

A evasão é uma autêntica resposta dos grupos excluídos; há a recusa dos valores culturais formalmente estabelecidos pelas agências formais de controle; e por fim, a rebelião consagra-se pela rejeição absoluta dos valores culturais dominantes e, por essa razão, uma nova resposta social é formada (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 325).

A teoria da anomia oscila entre o campo das aspirações e o quadro de oportunidades reais.

No campo político-criminal, tem-se a seguinte proposição: potencializar o aumento das oportunidades legítimas, instituir orientações que apontam para a descriminalização dos chamados crimes sem vítima (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 341).

1.3.4 O *labeling approach* como o novo paradigma criminológico

O movimento criminológico denominado *labeling approach* surge na década de 60. Nos Estados Unidos, ele se apresenta como uma ruptura no marco do determinismo criminológico e inaugura a chamada teoria do conflito. Vem, dessa forma, substituir o modelo

monolítico, e caracteriza-se pela ideia de pluralismo. Essa teoria destina-se ao estudo das relações sociais em conflito.

São considerados conceitos descritivos os que reportam a coisas ou a eventos do mundo exterior, que descrevem como verdadeiros ou falsos. Já é diferente no caso dos conceitos adiscritivos que, de forma mais ou menos explícita, valoram a conduta a que se referem e, por isso, conferem estigmas (positivos e negativos). Eles apontam padrões normativos de comportamento. (*self-fulfilling prophecy*).⁴ (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 346).

Com efeito, o *labeling approach* procura identificar quem é o criminoso e qual é o seu papel na conjuntura social. A sua estrutura está posta da seguinte forma: ocorre a delinquência primária, posteriormente as agências formais de controle estabelecem a resposta ritualizada e estigmatizante e, conseqüentemente, enseja distância social dos atingidos pelas malhas penais. Os campos das oportunidades legítimas desses indivíduos sofrem reduções drásticas.

Em seguida, o rótulo do *role-engulfment* aparece conjuntamente à delinquência secundária que se dará com a reincidência delitiva.

É inegável a contribuição do *labeling approach* para a criminologia, uma vez que trouxe consigo um novo paradigma para a questão criminal, a partir de uma visão sistêmica da sociedade punitiva. Também inaugura uma nova fase nas investigações através de novas técnicas, modificando profundamente o pensamento político-criminal.

No campo político-criminal, o *labeling approach* permite a descriminalização e a não intervenção radical. Essas medidas são necessárias para a manutenção de uma sociedade cada vez mais plural, como é a sociedade contemporânea, por essa razão, as margens de tolerância devem ser alargadas. Essa seria a melhor forma de compor os conflitos e conferir maior grau de racionalidade, legitimidade e razoabilidade nas intervenções penais.⁵

⁴Cf. Elmer Johnson (1978, p. 132) verifica que: o labeling perspective reaffirms the offstated and insufficiently implemented principal of individualized treatment according to this offender's personal qualities. This valuable insight is diluted by an excessive tendency to argue that criminal justice agents always treat law violators negatively, that labeling is limited to official actions, that labeling is always negative in effect, and that the subjects of labeling are passive targets of the process.

⁵ Cf. O labeling approach, poderia ser comparado às teorias positivistas da tradicional criminologia, a saber: pudiera asimilarse al positivismo al insistir en los efectos criminógenos del señalamiento, y por lo tanto insiste en lo negativo de la criminaliación secundaria que se producirá como consecuencia de esse etiquetamiento, la tendencia llamada del interaccionismo crítico, de una parte de la doctrina alemana, al puntualizar la selectividad política del control, se afilia a la criminología crítica y participa de sus maneras de hacer Política Criminal (SWAANINGEN,2000, p. 255). Na Europa continental predomina a escola da Defesa Social. Na parte anglo-saxônica predomina a criminologia chamada Organizacional. Pode-se definir a criminologia Organizacional como sendo: simplesmente a que se ocupa de la eficacia y el correcto funcionamiento de los órganos del sistema penal (SWAANINGEN,2000, p. 255). Sem dúvida esta corrente criminológica é essencialmente positivista. Nos Estados Unidos o pensamento criminológico foi nifluenciado de modo preponderante pela Criminologia positivista de cunho sociológico, contemplava a corrente ecológica. Na América Latina o pensamento criminológico se desenvolveu sobre o esteio do modelo clínico e defensista. A criminologia clínica basea-se na

1.4 As velhas racionalidades punitivas da política criminal dos países autoritários do Século XX como o fundamento da política criminal contemporânea

O Estado autoritário não é originário, surge como consequência do Estado liberal, muito embora se distancie deste principalmente no campo da política criminal, em razão das intervenções penais contínuas de teor autoritário, ou seja, a ingerência de tipos penais abertos, controle extensivo de categorias de grupos de risco dentre outras modalidades de resposta ao fenômeno criminal. Já no liberalismo, as possibilidades de intervenções penais tendem a ser menos flexíveis (PAZ, 2006, p. 85).

Faz-se necessário, em um primeiro momento, compreender que o autoritarismo não se confunde com a autoridade, pois esta remete inegavelmente à ideia de poder. É bem verdade que poder e autoridade não são sinônimos. Esse já seria gênero daquele (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 88).

A autoridade também pode ser entendida como fonte do poder; desse modo seria a organização do poder institucionalizado e estabilizado, cuja obediência às diretrizes estabelecidas é realizada de modo incondicional, ou seja, os sujeitos passivos dessa relação não questionam e nem fazem parte do processo de elaboração dessas diretrizes, apenas prestam-lhe total observância. Nesse tipo de relação de poder, o discurso não aufere qualquer função argumentativa, ou seja, o elemento cognitivo de persuasão não aufere qualquer valor integrativo ou sequer uma função justificadora que o legitime (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 88).

Nesta senda, a legitimidade não é a única base de onde pode brotar o poder, uma vez que o poder pode ser constituído através do uso da força e da violência, no entanto a crença excessiva na legitimidade pode desencadear o uso da violência.

Outro aspecto relevante da autoridade é quanto à sua feição psicológica intrínseca na mente dos seus destinatários. Na verdade, essa autoridade pode se converter em autoritarismo, que é o fruto de uma abstração cumulada pelos mecanismos de controle e vigilância da sociedade (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 88).

Inegavelmente a autoridade é inerente às estruturas de organização, a saber:

A estrutura de base de qualquer tipo de organização, desde a de um campo de concentração à organização de uma associação cultural, é formada, em grande parte,

ideia de responsabilidade penal do delinquente, bem como recebia grande influencia dos estudos psicológicos, psiquiátricos e sociológicos.

à semelhança da estrutura fundamental de um sistema político tomado como um todo, por relações de Autoridade. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 89).

O controle social é feito através das racionalidades punitivas sistêmicas, as quais são valoradas segundo a ótica do terror, do autoritarismo e do constante estado de alerta (emergência).

Os regimes políticos autoritários reduzem significativamente o consenso, a saber:

Na tipologia dos sistemas políticos, são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem, de forma mais ou menos radical, o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão, e colocando em posição secundária as instituições representativas. A sua essência está albergada na centralização do poder nas mãos de um governante ou de um órgão. As instituições representativas são enfraquecidas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

O princípio da igualdade nos regimes autoritários é praticamente esquecido, prevalece a hierarquia e a ideia de superioridade. De uma maneira geral, o autoritarismo está presente em todos os regimes políticos de origem não democrática. Ele prima pela ordem, ou seja, o fundamento axiológico de todo o seu sistema político é a manutenção da ordem.

O Autoritarismo, como ideologia da ordem, distingue-se de forma clara do próprio totalitarismo fascista, já que ele apenas impõe a observância incondicional e circunscrita do súdito e não a dedicação total e entusiástica do membro da nação ou da raça eleita (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 96).

A oposição nos regimes autoritários é sobremodo débil, uma vez que o pluralismo partidário não é permitido. Além disso, a preeminência do poder executivo é real, em contraponto ao poder legislativo, que pode ser sentido pela ausência de uma atividade parlamentar ostensiva⁶.

A presença de instrumentos de controle, como por exemplo, o exército, a magistratura, a burocracia e a polícia, exercem um papel fundamental na construção e manutenção do poder nesses regimes, pois, na verdade, são considerados a “*longa manus*” do Estado que, através deles, realizam os seus objetivos.

⁶ Cf. O Autoritarismo pode ser identificado nas mais variadas formas de governo e em regimes políticos. É possível visualizá-lo, desde o despotismo encontrado no oriente, até nas monarquias absolutistas, inclusive nas chamadas monarquias constitucionais da Europa Continental. O autoritarismo pode surgir de uma construção monopartidária, a exemplo a União Soviética ou pluripartidária, sendo essa calcada pela ausência de oposição à ideologia partidária dominante como, por exemplo, podemos citar o caso da Colômbia.

Os Estados Unidos e a Europa da primeira metade do Séc.XX passaram pelo processo de involução no campo da política, como também da política criminal, não obstante o liberalismo pujante próprio da época. O autoritarismo passou a encontrar ensejo nas políticas criminais desses países. A construção de um direito penal de bases liberais foi praticamente substituída pelo direito penal de cariz autoritária.⁷

Nos regimes autoritários, não é possível visualizar de maneira bem definida os objetivos que regem os seus interesses. Ao revés, eles são apresentados de maneira aleatória e concretizados pela força ou pela violência.

A política criminal é posta ao serviço do Estado para tutelar os seus interesses. Com efeito, evidencia-se a ruptura clara entre a tradição liberal da proposta inicial, da política criminal entabulada por Feuerbach, na Alemanha, durante o Séc. XIX. Em sua proposta original, a política criminal se ocupa dos meios que o Estado se utiliza para reagir contra a criminalidade. Esse tratamento deve ter uma natureza preventiva e repressiva.

Dessa forma, a política criminal dos Estados autoritários materializava os valores da família, bem como de raça; já o processo criminal é marcado pela rigidez, rapidez, intimidação e “s’orientera vers la prévention générale plutôt que vers la prévention individuelle” (VABRES,1937, p. 9).

A variante policial é intensamente utilizada nos modelos autoritários, principalmente no campo da repressão e da vigilância. Pode-se citar a KGB, a polícia secreta russa. Essa variante corrobora, de maneira determinante, os processos de exclusão e de estigmatização.⁸

Segundo Delmas-Marty, “A variante policial autônoma, sem controle da autoridade policial, é evidentemente mais ameaçadora para as liberdades.” (1992, p. 107) Esse modelo de repressão utilizado pelo aparato policial foi amplamente utilizado nos Estados em que as ditaduras vigoraram. Situação semelhante foi vivenciada na América Latina. Em países como Argentina, Brasil, Chile e Colômbia.

⁷ Cf. O direito penal de base liberal está pautado nos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, que poderia ser traduzido pela humanidade das penas, pois essa humanidade não deixaria de ser uma manifestação expressa do princípio da fraternidade, bem como da dignidade da pessoa humana. O direito penal autoritário é regido pela crença na desigualdade, ou seja, a mola propulsora de todo sistema penal está baseado no princípio da hierarquia. Na Rússia, vigorou a ditadura do proletariado, esta por sua vez, baseava-se na luta de classe. Essa luta, na verdade, caracteriza-se como uma forma de repúdio aos preceitos e conceitos do liberalismo burguês. Na Alemanha o *Führung*, preconizava a supremacia de raça ariana, essa supremacia deveria conduzir benefícios à raça eleita, em detrimento das demais. O fascismo italiano regia-se pelo controle e domínio de proporções nacionais, o qual remonta a era do império Romano. O franquismo espanhol já não pode ser considerado um produto de criação eminentemente espanhola, mas, sobretudo se configurou como um produto de “exportação” de origem alemã e italiana (BEIRAS, 2005, p. 111).

⁸Cf. Esses processos de estigmatização são semelhantes aos encontrados na teoria do *labelling approach* que hodiernamente tem sustentado as intervenções político-criminais de emergência típicas da contemporaneidade. Este tema será abordado com mais profundidade na parte seguinte deste trabalho.

Os modelos autoritários são marcados pelo “estado de sítio” que, na realidade, pode ser traduzido em “estado de emergência”.⁹

A variante administrativa também é um recurso presente nos regimes autoritários. Ela foi muito utilizada nos países de origem socialista como se pode verificar:

O modelo autoritário pode, notadamente, apresentar uma variante penal à integração social que associe o grupo social com a justiça penal. Assim, com a experiência dos países do Leste, onde a “suspensão condicional da pena” consiste em confiar o inculcado a uma organização social ou a um coletivo de trabalhadores que se responsabilizam pelo autor da infração e se encarregam de reeducá-lo, interrompendo desse modo o procedimento penal (DELMAS-MARTY, 1992, p. 108).¹⁰

Com base no exemplo citado acima, pode ser evidenciado no caso dos “*Tribunaux de Camarades*” que, a alguns trabalhadores, era delegado o poder de julgar determinadas infrações, além de poderem aplicar sanções (DELMAS-MARTY, 1992, p. 108).

Nos regimes de modelo autoritário, verifica-se que o uso da analogia é mais extensivo do que a própria lei, ou seja, o recurso imediato para a resolução de uma incriminação penal, bem como a sua punição. Dessa forma, a lei passa a ser vista em segundo plano.

A analogia que pode ser legal ou *intra legem*. Nesse caso, toma-se como parâmetro um caso semelhante que é regido por uma previsão legal, no entanto a sua aplicação legal é feita fora do alcance da primeira previsão, ou seja, está fora do âmbito originário da aplicação legal, portanto não pode ser entendida como uma previsão legal, já que excede os limites anteriormente estabelecidos.

Outro tipo de analogia é a judicial. Nos casos limite, o juiz busca julgar, em conformidade ao espírito disposto no sistema normativo. Busca-se, então, a verdadeira essência. O juiz não faz uso de uma lei. Ele usa a ética, a religião, a moralidade, a justiça dentre outros elementos. Na Alemanha, o espírito do povo alemão (*Geist des deutschen Volkes*) era reconhecido como fonte. Essa previsão estava elencada no Código Penal de 1935, “será punido quem quer que venha a cometer um delito que a lei declare punível ou que

⁹ Ainda considerando o entendimento de Delma-Marty (1992, p. 107) percebe-se que nesses sistemas o recurso a um sistema paralelo enseja uma reafirmação dos poderes da polícia em detrimento aos poderes inerentes ao magistrado.

¹⁰ Cf. Com base no pensamento da mesma autora verifica-se que, quando a variante administrativa é capaz de comprometer o exercício efetivo de garantias fundamentais e de direitos humanos, estamos diante de um Estado autoritário, no entanto, mesmo nos países de tradição democrática, podemos evidenciar situações semelhantes às encontradas nos modelos autoritários clássicos. Na Polônia, a multa administrativa poderia se transformar em pena privativa de liberdade (DEMAS-MARTY, 1992, p. 109). Bem pouco tempo atrás, no Brasil, era admitida a prisão civil do depositário infiel, em virtude do Pacto San José da Costa Rica. Os magistrados não têm aplicado mais esse tipo de prisão civil, em virtude da emenda constitucional nº 45 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, percebe-se que não poderá haver prisão em função de dívida.

merecer uma pena, em virtude dos princípios fundamentais da lei penal e segundo o sadio instinto do povo alemão” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 243).¹¹

No caso em tela, percebe-se a nítida violação do princípio da legalidade, bem como do princípio da anterioridade, pois para um fato ser considerado como punível pela lei penal, deve ser antijurídico, típico e devidamente prescrito anteriormente em lei. Se algum desses elementos estiver ausente, a aplicação da lei penal deve ser afastada pela falta de sua previsão, mesmo assim, se houver a aplicação da lei penal, essa deverá ser considerada atentatória às liberdades individuais.

O princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* era uma garantia albergada na Constituição de *Weimar*, significa dizer que deverá haver um limite “[...] para el castigo, especialmente en el caso que deba ser respetado el punto de vista de la equality, del derecho consuetudinário y de una justicia penal que se basea en casos precedentes” (SCHMITT, 2006, p. 34). Segundo Lawrence Preuss, “[...] the new law permits the judge to impose a penalty for acts which, although not expressly made criminal by the written law.” (1936, p. 847).

No Código Penal soviético, encontramos uma forma distinta para o uso da analogia legal. Ela residia na ideia de Direito socialista.

El decreto de 30 de noviembre de 1918, que ordenó a los jueces, en caso de imprevisión legal o lagunas, debían guiarse por la idea del Derecho socialista. nin los principios de 1919 ni los códigos de 1922 y 1926 cambiaran esta orientación por el contrario, el art. 16 do código de 1926 establece: “Cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determina con arreglo a los artículos del mismo relativo a los delitos de índole análoga. “ Los Principios del Derecho Penal de la URSS y Repúblicas federadas” (ARIAS, 2006, p. 6).

Notadamente, percebe-se que o elemento cognitivo ao qual faz referência é à conduta perigosa do agente e não à lesividade de sua conduta, o bem juridicamente tutelado, ou seja, não está em questão o dano efetivo da conduta prática e, sim, a sua potencialidade baseada na ideia de perigo. Esse estágio de perigo é a medida das incriminações penais nos regimes

¹¹ Cf. O Código Penal Alemão de 1935 (sob o nazismo) e o Código Penal Soviético (sob o estalinismo). No Brasil, temos o triste exemplo do Decreto-Lei 4.166/42 (sob o Estado Novo) que dispunha o confisco de bens e de direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos no seu art. 5º, *caput* e § 3º, *in verbis*: Art. 5º A ação ou omissão, dolosa ou culposa, que resulta na diminuição de patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, ou tendente a fraudar os objetivos desta lei, é punida com pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa de 1 a 10 contos de réis, se outra mais grave não couber § 3º Para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia. Assim, sob o pretexto de combater o fascismo em território nacional Getúlio Vargas utiliza instrumento próprio desse regime totalitário. **Habeas corpus- hc - 49717 / sprelator(a): min. thompson flores publicação: dj data - 15-09-72, julgamento: 03/05/1972 - tribunal pleno.** Disponível em: < <http://www.alexandremagno.com>> Acesso em: 01 de Jan de 2009.

autoritários. O código penal de 1960 restaurou o princípio da legalidade e acabou excluindo o uso da analogia em matéria penal.

Nos sistemas atuais, deve ser considerado o grau de lesividade da conduta do agente, bem como o efetivo dano a bem juridicamente tutelado. No entanto, é bem verdade que alguns tipos penais chamados de crimes de perigo abstrato são recorrentes nos ordenamentos jurídicos de tradição democrática, entre eles o Brasil. Esses tipos penais são empregados geralmente para a tutela de bens difusos e coletivos, transindividuais que visam à salvaguarda do meio ambiente, da ordem econômica, entre outros bens relevantes.

Na América Latina, a doutrina da Segurança Nacional ganhou força. A justiça militar era fundamental para a manutenção do sistema. O juiz militar tinha sua competência elástica, podendo chegar a julgar crimes de competência original da justiça comum. Esse efeito era completamente nefasto, uma vez que o juiz militar submeteu-se à disciplina militar. Dessa forma, os juízes não desfrutavam de uma total independência.¹²

La política criminal de seguridad nacional se caracteriza por una transferencia de conceptos propios del derecho penal militar al derecho penal común, derivada de la “ordinarización” del concepto de “cuerpo” y del principio general de “eficacia”, propios del plano jurídico militar (ZAFFARONI, 1999, p. 108).

A política de segurança nacional buscou legitimar o autoritarismo de Estado, enfraqueceu os sindicatos, reduziu os espaços públicos e restringiu a participação popular. O caráter defensivo nesse tipo de política criminal sempre é suscitado como elemento de orientação central e de legitimação ao mesmo tempo.

¹² C.f. No Brasil vigorou o Decreto-Lei nº 314 de 1967, definia os crimes contra a segurança nacional que diz: **Art. 3º** A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º A segurança interna, integrada à segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país.

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e doações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

1.4.1 A política criminal soviética

A história do direito russo é oriunda dos tratados entabulados pelos bizantinos, por volta do Séc. X, para regular relações comerciais. Durante essa fase, o direito russo incorporou alguns costumes bizantinos em seu direito.

O direito russo pode ser dividido em cinco períodos históricos. O primeiro período corresponde aos principados independentes que começa em 998. Nesse ano, a Rússia adota o catolicismo como religião oficial. Essa primeira fase termina em 1237; foi marcada pela dominação mongol. O segundo período inicia-se em 1237 e termina em 1480, com a expulsão dos mongóis do território russo. Já o terceiro período compreende a era moscovita que vai de 1480 até 1689. O quarto período é voltado para a construção do império, que teve a duração de 1689 a 1906. Ainda nesse período, passou a entrar em vigor a constituição influenciada pelo constitucionalismo. Sendo assim, não fugiu à tradição europeia continental. A última fase é referente ao período de 1906 a 1917, ano em que os bolcheviques assumiram o poder.

É perceptível que o direito russo, de certa forma, faz parte da tradição do *civil law*.¹³ O direito soviético reproduzia a ideologia marxista-leninista.

A Rússia era um país pouco desenvolvido; a grande parte de sua população era formada por trabalhadores camponeses não alfabetizados. O processo de industrialização financiou o capital estrangeiro, o que acarretou uma grande concentração da produção.

Com a Revolução de 1917, os bolcheviques tomaram o poder. A Revolução de 1917, na verdade, tinha uma vocação universal, uma vez que objetivava que a revolução alcançasse todos os trabalhadores de países capitalistas. A teoria marxista ganhou ensejo e predominou em todo o espaço soviético. Havia uma dificuldade fática em torno da teoria marxista, uma vez que essa era uma utopia que versava sobre a tomada de poder e não como deveria ser o exercício desse poder que, evidentemente, deveria culminar na abolição do Estado e do Direito na fase comunista.

A proposta inicial era que cada um recebesse na medida em que produzisse; posteriormente, cada um deveria receber na medida de suas necessidades (LOSANO, 2007, p.

¹³ Cf. A *Russkaia Pravda* e a *Kormchaia kniga* são diplomas essenciais para a formação do direito russo, uma vez que esses diplomas serviram de base para toda a produção do seu direito nos anos seguintes. (LOSANO, 2007, p.158). O direito russo também foi fortemente influenciado por elementos religiosos. Os *nomocânones* era uma espécie de direitos de origem canônica. Eles disciplinavam matérias de ordem civil, penal e direito sucessório. (LOSANO, 2007,p 158).

120).¹⁴ Este era o lema da ideologia marxista, a fim de evitar a excessiva concentração de riqueza inerente ao modelo capitalista.

O Direito e o Estado, na concepção dos revolucionários, eram considerados instrumentos indispensáveis para conduzir a transição do socialismo para o comunismo.

Faz-se necessário lembrar que a ditadura do proletariado não rompeu de forma determinante com a tradição autocrática, ao contrário, pôde ser vista como uma espécie de sua continuação.

No campo da política, as mudanças foram mais perceptíveis, uma vez que as orientações marxistas foram adotadas integralmente, no entanto, no campo do Direito, essas mudanças não foram consideradas tão profundas, tendo em vista que a principal fonte do direito positivo soviético permaneceu sendo a normal geral e abstrata. O que mudou efetivamente foi o conteúdo programático dessas normas, já a sua forma continuou semelhante à dos países europeus continentais (LOSANO, 2007, 123).¹⁵

[...] durante el siglo XX, llegó a dotar a algunos conceptos fundamentales para el sistema jurídico soviético, como el de “legalidad socialista,” de tanta maleabilidad que podían asumir casi cualquier contenido. Aquí favoreceré el término “Derecho socialista,” pero en ocasiones usaré en su reemplazo el de “Derecho soviético (CÓRDOBA, 2008,p. 168).¹⁶

A política criminal soviética preconizava integralmente os interesses da classe proletária e combatia de forma ostensiva a ideia de propriedade privada. A lume, o pensamento de Tomaso Napolitano que diz: “ [...] la dittatura del proletariado realiza la sua política criminal en el interés de las masas trabajadoras mientras que la burguesía la realiza en el interés del capitalismo, pero el consolidamiento de la propiedad privada” (NAPOLITANO, 1936,p. 42).

¹⁴ C.f. O que Marx propunha era: [...] la reestructuración universal de las necesidades y de los valores de una sociedad en la que la alienación es omnipresente, en la cual las necesidades de las masas son preferentemente existenciales y cuantitativas. (HELLER, 1978, p. 174). Ainda sobre o conceito do que seriam essas necessidades, criou-se, então, o conceito de necessidades radicais, a saber: [...] las necesidades de la clase obrera son radicales porque se trata de aquella clase cuyas necesidades no pueden ser satisfechas en el marco de la sociedad capitalista. (HELLER, 1978, p. 174). É bem verdade que para Marx a ideia de necessidade está vinculada ao modelo de divisão do trabalho.

¹⁵Cf. Corroborando essa ideia Tomaso Napolitano (1936, p. 50) escreve: Il significato político della legge soviética è rivelato dalla preoccupazione del potere soviético di rafforzare sempre più la legalità rivoluzionaria.

¹⁶CÓRDOBA, Frederico. **El desarrollo y la fisionomía del derecho socialista**. Disponível em: <www.riteriojuridico.puj.edu.com>. Acesso em 20 de Jan. de 2009.

A propriedade privada dos meios de produção foi substituída pela propriedade estatal. É importante notar que a estrutura do Estado ficou subordinada à ingerência do partido único¹⁷.

A instituição da ditadura do proletariado deveria ser imposta, no entanto, ela deveria ser transitória. O regime socialista, na verdade, desejava a construção de uma sociedade sem classe, sem Estado e sem Direito. Para atingir esse fim, a ditadura do proletariado propusera uma espécie de organização da violência. Acreditava-se que, com o fim do capitalismo, a violência também seria extinta. O capital seria a causa dos males de toda a sociedade, por essa razão deveria ser eliminado por completo, assim a paz social seria restabelecida.

A política criminal soviética é caracterizada pelo autoritarismo, sendo fortemente influenciada pelo fascismo italiano. O pensamento de Lombroso ganhou notoriedade entre a cátedra russa, e deu origem ao Instituto Moscovita de estudos sobre a criminalidade e a personalidade do criminoso (VABRES, 1937, p. 145).

Os códigos penais soviéticos, de 1922 e de 1926, alteraram a noção de responsabilidade moral do criminoso, anteriormente contemplado nos diplomas penais. Vejamos:

[...] les codes pénaux soviétiques de 1922 et de 1926. On y trouve, en effect, la notion de responsabilité légale - au lieu de celle de responsabilité morale - du délinquant, la substitution aux peines des < mesures de défense sociale > (VABRES, 1937, p. 146).

Durante esse mesmo período, vigorou o legalismo revolucionário. Essa fase se caracteriza pelos intensos processos legislativos, inclusive em matéria penal. O direito penal era considerado o principal instrumento de controle social.

Nos países de ideologia liberal, o princípio da estrita legalidade é visto como uma garantia individual, já nos países autoritários o aludido princípio “I revêt un caractere moins politique et plus technique”. Dessa forma, “Or, il est absent du droit penal soviétique.” (VABRES, 1937, p. 156).¹⁸

¹⁷No que diz respeito aos meios de produção pode-se verificar que: Capital increases its domination by increasing the division of labour. This occurs because competition between capitalists forces them to make labour ever more productive, and the greater the scale on which they can produce and the greater the division of labour, the more productive labour is. The increasing division of labour has several effects. (SINGER, 1980 p. 63). Segundo Marx Weber, a política burguesa tinha uma vocação imperialista, dessa forma detinha a Razão de Estado, essa racionalidade era vinculada ao poder econômico vigente e apoiava-se nos intensos processos de industrialização, na colonização e na militarização (MARCUSE, 1969, p. 120).

¹⁸C.f. Não se pode olvidar que o direito soviético é um direito de classe, a saber: Le droit penal soviétique n'est pas un droit objectif, mais un droit personnel, individualisé, parce que il est, essentiellement, un droit de classe. (VABRES, 1937, p.168).

O governo de Lenine correspondeu à fase do comunismo de guerra, acentuado pela máxima repressão e violência.

Outro fato importante a ser considerado é que o direito ao sufrágio era limitado, uma vez que excluía todos os que se opunham ao regime. Além disso, a separação entre os poderes era muito clara (VABRES, 1937, p. 171).

A pena no direito soviético é vista como o meio eficaz para promover a eliminação de todos os inimigos do regime. Em função disso, ela deve se voltar para a educação dos trabalhadores ao novo regime. (VABRES, 1937, p. 189).

A política criminal soviética pautava-se principalmente pela idéia de defesa social de cariz correcional e tratamento médico, conforme o que disciplinava o art. 7, do Código penal, de 1926, que diz:

Aux personens ayant commis des actes socialment dangereux, ou prése aulant du danger par leurs attaches avec um milieu dangereux, ou par leur passé, il est fait application des mesures de défense sociale de caractere jurídico-correcionnel, ou medical, ou médico-pédagogique (VABRES, 1937, p. 189).

A medida médico-pedagógica de menor duração é de quatorze anos, no entanto não poderia ser objeto de outra sanção quando aplicada. Em geral, essas medidas médico-pedagógicas eram realizadas em hospitais, sanatórios e casas especializadas. O tratamento era uma imposição legal, ou seja, não havia o consentimento do apenado.

Em alguns casos, a punição poderia ser a privação da própria cidadania da República Federal, incluindo a expulsão obrigatória.

A pena privativa de direitos implicava a perda de direitos civis e políticos. Havia também outros tipos de pena como, por exemplo, o confisco de bens patrimoniais.

O objetivo da sanção no direito soviético não era votado para prevenir a reincidência, como também objetivava evitar que os outros membros da sociedade praticassem o mesmo delito.

A pena de morte foi abolida provisoriamente em 1917, mas durante o governo de Lenine, a pena capital voltou a ser utilizada sob o comando do art. 33, do Código Penal, de 1922.

O objetivo principal da política criminal soviética é a defesa do ordenamento socialista; a sua consequência primária é a implantação da política *del lavoro correttivo*. Essa forma de política criminal preconiza a defesa da sociedade e a reeducação do condenado. O direito penal é utilizado como um instrumento prioritário da política criminal soviética.

Com efeito, o direito penal é elemento integrante da política criminal e faz parte dos instrumentos de combate à criminalidade. Segundo Tomaso “[...] il diritto penale, considerato come una forma della política criminale, rappresenta un determinato sistema di rapporti sociali” (NAPOLITANO, 1936, p. 44).

A função da pena no sistema soviético tem uma natureza particular, pois visa à eliminação da classe burguesa, e institui a reeducação como método de reabilitação para o criminoso.

O sistema penal soviético é considerado um sistema particular e de grande valor histórico. A sua particularidade reside no conteúdo diferenciado das disposições penais. A finalidade da pena também assume um caráter diverso do encontrado nos sistemas europeus continentais de vertente capitalista.

Outra diferença, que pode ser apontada, diz respeito ao caráter revolucionário, inerente às disposições contidas no direito penal. Esse elemento inexistente na tradição do direito penal burguês.

1.4.2 A política criminal do fascismo italiano

A derrocada da Primeira Guerra Mundial gerou certo clima de desconfiança no estado liberal; sendo assim, as ideologias nacionalistas, socialistas e o conservadorismo permearam a atmosfera política da Europa continental. Essas ideologias fundaram novos regimes políticos, e conseqüentemente, inspiraram novos valores jurídicos. O direito italiano foi fortemente influenciado por essas correntes ideológicas. Segundo Campione (1999, p. 301), a crítica fascista está calcada na tradição democrática, e por sua vez, rejeita os valores do racionalismo jusnaturalista iluminista.

Com efeito, o fascismo não se apresentava como um programa político, antes era fundado no voluntarismo e no oportunismo intransigente que conquistava as massas, através de uma ideologia oficial *La lettera di lavoro* de 1927. Este instrumento jurídico disciplinava as diretrizes básicas do Estado fascista italiano. Para o fascismo, as necessidades individuais são condicionadas às necessidades do Estado.

Dessa forma, a construção do Estado fascista passa pela formação de um sentimento nacionalista, posteriormente atinge uma concepção totalitarista. O estado tinha a prerrogativa de controlar todos os aspectos da vida em sociedade.

Para garantir a estabilidade do regime, era necessário legitimá-lo através do direito. Foi a partir desse momento, que o positivismo imperou a concepção dos doutrinadores italianos. O papel da dogmática foi fundamental para o desenvolvimento do direito, principalmente no campo do direito penal.

Precisamente es en el plano de la legislación donde mejor se aprecia la influencia de Rocco en la construcción jurídica de la dictadura fascista; la vocación dogmática, junto a la obsesiva visión orgánica de la sociedad, le llevan a interpretar el principio de solidez lógica del ordenamiento jurídico como un supuesto implícito a la ideología del Estado totalitario, el cual, negando «toda formación espontánea del derecho fuera de las directrices de las clases poderosas (CAMPIONE, 1999, p. 313)¹⁹.

Durante o governo de Mussolini, o direito penal foi utilizado como um instrumento indispensável para a concretização do estado fascista. Nessa época, o direito penal assume feições típicas do autoritarismo. Em razão da proximidade com a Alemanha, algumas diretrizes do social-nacionalismo vigoraram na Itália, por intermédio de leis racistas e antisemitas (BEIRAS et al. 2005, p. 114).

Em 1926, a instituição da pena de morte foi restaurada. Ela foi defendida por Vicente Manzini, Ferri, dentre outros estudiosos do direito italiano. A ideia de eliminar o inoportuno era algo latente na ideologia fascista. O Estado deveria eliminar todo o mal, ou seja, qualquer força contrária aos seus interesses.

É bem verdade que as minorias étnicas e grupos excluídos foram isolados e que a tecnologia punitiva tinha essa função “eugênica”. O direito penal assumia função diversa dos sistemas liberais, não era visto como chancela das liberdades individuais, mas, sobretudo, era considerado um mecanismo de defesa dos interesses de uma classe politicamente organizada e hierarquizada, que dominava o poder político.

A ideia de ordem era algo presente no ordenamento italiano. A ordem era vista como um imperativo político-criminal, o qual deveria ser observado. O direito penal, portanto, deveria cumprir a sua função, que é a manutenção dessa mesma ordem.

¹⁹ C.f. A partir da análise feita por Roger Campione (1999, p. 314) pode-se concluir que o pensamento de Rocco pauta-se pela ideia de sociedade organicista, sendo determinantemente influenciada pelo positivismo de Augusto Comte. A ideia de direitos intersubjetivos não é aceita como oriunda das liberdades individuais. Com efeito, o filósofo Arturo Rocco (1999, p. 315) contribuiu para a formação do Estado fascista, uma vez que, instituiu um sistema de legalidade ultraconservadora, a saber: “donde todo el derecho estaba reducido a la ley del Estado, y la jerarquía de clases, rígidamente establecida por decreto, paralizandó así cualquier impulsó de la dinámica social.”

A lógica do sistema jurídico fascista prestigiava as construções lógico-formais, ou seja, os conceitos jurídicos elaborados eram dissociados da realidade. Esse afastamento colabora para o próprio esvaziamento dos conteúdos normativos.

As orientações da política criminal fascista seguem a ideologia da defesa social, no entanto essa defesa não era votada para a proteção do indivíduo e sim para a própria conservação do Estado.

De um modo geral, a legislação penal fascista preconiza a pena de morte, a eliminação de atenuantes genéricas do sistema penal; a elevação genérica do mínimo das penas também era bastante presente; e a proliferação de concursos de crimes foi muito utilizada; e por fim, a aplicação retroativa da lei penal. Nos sistemas penais liberais, a lei penal é marcada pela sua irretroatividade, salvo nos casos excepcionais, e para beneficiar o réu.

Outro aspecto importante da política criminal fascista era a ausência entre a moral e o direito. Durante esse período, a Scuola Umanistica pautou-se pela ideologia fascista. Esta, por sua vez, não fazia distinção entre Direito e Moral. Esse período foi considerado uma involução para a ciência do Direito: “ L’homme du fascisme est un individu qui est nation et patrie, une loi morale unissant les une mission, suppriment l’instinct de la vie limitée au carcle étroit du plaisir , pour instaurer dans le devoir une vie supérieure” (VABRES, 1937, p. 26).

O código penal fascista tutelava a religião, tendo em vista que ela era um dos pilares do Estado fascista. No art. 405, fazia a previsão do crime de blasfêmia, instituía a proteção as práticas religiosas. Essa proteção era apenas destinada a Igreja Católica, as demais religiões e seitas não gozam de qualquer proteção.

O aludido Código Penal italiano não fazia a distinção entre os atos preparatórios e os atos de execução, bem como não distinguia o agente principal da conduta do partícipe.

1.4.3 A política criminal do Nacional-Socialismo Alemão

Na Alemanha, em 1933, passou a ser adotada uma direção político-criminal, voltada para um direito penal voluntarista, que buscava enfatizar a raça ariana e a pureza de sangue.

Aos poucos, com o advento do novo código penal alemão, as garantias individuais foram praticamente banidas do código penal. O primeiro princípio comprometido foi o *nullum crimen sine lege*, uma vez que, a partir de 1945, o código penal alemão admitia o uso da analogia como fonte do direito penal em detrimento da observância estrita ao princípio da legalidade.

O princípio da igualdade foi determinantemente afetado pelo tratamento desigual entre os acusados, pois castigavam da mesma forma os autores e os cúmplices, e os atos preparatórios eram tratados como tentativa. O princípio da fraternidade também não logrou êxito na legislação penal, pois não havia qualquer interesse em minorar os castigos, bem como na humanização das penas.

Outro fator importante é que todas as categorias de indivíduos, que não estivessem inclusas na concepção do Nacional-Socialismo eram vistos como inimigos do sistema, ou seja, aos grupos excluídos, como por exemplo, judeus, homossexuais, imigrantes entre outros grupos, eram perseguidos e neutralizados pelo sistema.

A pena de morte foi introduzida através da Lei de 4 de Abril de 1933 bem como outras medidas de eliminação e seletividade, como por exemplo, a Lei de 14 de Junho de 1933 que permitiu diversas formas de esterilização de pessoas consideradas “anormais”, pessoas portadoras de necessidades especiais. A Lei de 24 de Novembro de 1933 previa a castração dos delinquentes. Todas essas direções político-criminais eram voltadas para a manutenção da supremacia da raça ariana.

[...] los "*Minderwertige*", que era como se llamaba a las personas, que según los postulados ideológicos nazis, tenían "menor valor" porque pertenecían a grupos raciales distintos a los de la raza aria ("*artfremd*") (judíos, gitanos). Pero también dentro de la propia raza aria ("*deutschblütig*"), se incluyeron personas "desprovistas de valor vital" ("*lebensunwert*"), en el sentido que ya lo habían definido *Binding* y *Hoche* en los años 20, es decir, estar aquejados de enfermedades mentales graves, o en situación terminal. Y finalmente los "extraños a la comunidad" ("*gemeinschaftsfremd*"), es decir, "asociales" en general, que se apartaban de los valores y principios que regían la "comunidad del pueblo" ("*Volksgemeinschaft*"), tanto porque cometían hechos delictivos, "criminales", como porque sin llegar a todavía a ello se comportaban de forma contraria a esos principios y llevaban una vida disoluta, de vagabundaje, mendicidad, o simplemente refractaria al trabajo. (CONDE, 2002, [s.p]).

O pensamento alemão pauta-se nos preceitos da Biologia Criminal. Esta, por sua vez, reafirma o entendimento de Lombroso. Para ele, a criminalidade seria um mal genético que, portanto, ameaçaria a própria existência da *Volksgemeinschaft*.

Com efeito, a preocupação com a proliferação de indivíduos “inferiores” era uma ameaça constante e, por isso, deveria ser eliminada, através de medidas de esterilização. Segundo Francisco Muñoz Conde, a lógica que emanava dessas políticas era o trabalho, ou seja, uma forma de captação de mão de obra e posteriormente a sua eliminação.

[...] la aplicación de medidas esterilizadoras evita la procreación y reproducción de estas personas, a las que además se las internaba en casas de trabajo y campos de concentración, para aprovechar allí su fuerza de trabajo y provocar finalmente su exterminio ("*Vernichtung durch Arbeit*"). En 1935 las famosas Leyes de Númberg que implicaban ya jurídicamente la exclusión y la incapacitación de los judíos para realizar contratos, contraer matrimonio o incluso tener relaciones sexuales con personas de raza aria que constituían un delito de "ultraje a la raza ("*Rassenschande*")", castigado con graves penas. En 1939, empezó a aplicarse el Decreto emanado directamente de Hitler para el exterminio de enfermos mentales y terminales en los manicomios y centros hospitalarios; y ya en plena Guerra Mundial, el Derecho penal creado especialmente para Polonia, y comenzó la elaboración del Proyecto de Ley de tratamiento de los "extraños a la comunidad" con el que se pretendía dar fin a la llamada "cuestión social" a través también de medidas de exterminio físico y de la esterilización de los asociales (CONDE, 2002, p. 102).

A lei de 14 de Julho de 1933 (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), autorizava a esterilização de pessoas portadoras de necessidades especiais, como por exemplo, as anomalias congênicas, retardo mental grave, esquizofrenia, epilepsia e até mesmo o alcoolismo de alto Grau.²⁰

Com efeito, o direito nacional socialista alemão tinha como bem jurídico tutelado a raça ariana. Todas essas diretrizes político-criminais objetivavam evitar a mistura racial.

O direito penal alemão foi plasmado nas raízes do constitucionalismo liberal. Devido à crise do *Welfare State*, as ideologias autoritárias se apresentaram como uma nova alternativa para os dias de crise. A reflexão que este trabalho procura ressaltar é o perigo que as diretrizes político-criminais de emergência escondem, pois, em razão delas, o sistema de garantias passa a ser vilipendiado diariamente com o auxílio das instâncias formais de controle através de sua flexibilização e da máxima repressão do sistema penal, o direito penal de terceira velocidade.

Conforme restou demonstrado, percebe-se a importância que o sistema penal representa para uma sociedade, uma vez que este consagra, em seu bojo, todo o teor valorativo esculpido em seu tempo.

Atualmente, os movimentos de política criminal exprimem o mesmo utilitarismo e simbolismo das velhas racionalidades punitivas. Os movimentos penais ganham força através

²⁰ O projeto de lei *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), criado nos anos quarenta estava sobre a responsabilidade da polícia do Reich. Preconizava a ideia de guerra total, era destinada a todos os que se opunham ao regime, inimigos políticos, sociais ou de raça. (CONDE, 2005, p. 84) Dessa forma, vale ressaltar a importante passagem de Celso Lafer que diz: [...] num Estado totalitário, fundado em princípios criminosos, a lei é instrumento de uma dominação posta a serviço da perversidade, que não encontra nas pessoas que agem em conjunto ou individualmente, mas sim, na dinâmica corrupta do totalitarismo. Este é o que ocorre quando o Direito tem suas experiências reduzidas à Lei, concernente à tradição positivista. Com efeito, o que se teve foi a “[...] destruição total do status do indivíduo na sociedade organizada” (LAFER, 2006, p. 163) Na verdade, percebe-se que, em um primeiro momento, o primeiro direito atingido dessas pessoas perseguidas pelo regime totalitário nazista foi a cidadania.

dos discursos legitimadores elaborados pelas instâncias formais de controle, como também pela mídia.

O movimento de política criminal Lei e Ordem consagra essa tendência e reafirma os valores utilitaristas do passado, uma vez que preconiza o rigor exacerbado das ingerências político-criminais, o endurecimento das leis penais, o aumento de figuras delitivas de perigo abstrato e impõe novas tecnologias punitivas, através dos discursos da defesa social e da guerra preventiva.

O estado de emergência, o medo, o clima de incerteza e o vazio normativo emolduram o cenário perfeito para a ingerência de orientações político-criminais acríticas e ausentes de racionalidade.

Não é objetivo desse trabalho o aprofundamento na análise histórica do direito penal nesses países oriundos de regimes autoritários. Importa compreender que o vazio normativo, deixado pelas orientações político-criminais autoritárias, tem influenciado de maneira preponderante a política criminal contemporânea, em nome da ordem, da guerra preventiva e da neutralização do inimigo.

1.5 Os desafios do Direito Penal e as suas perspectivas ante o fenômeno da globalização: recentes exigências político-criminais

O fenômeno da globalização preconiza o processo de internacionalização da economia, através da dinâmica exercida sobre as forças produtivas e pelo mercado internacional. A conectividade entre os mercados cambiais, financeiros e de títulos de valores compõem os vetores que regem à economia dos mercados mundiais.

Outro fator marcante é a formação de conglomerados empresariais que passam a dominar o mercado em detrimento de outras empresas de menor magnitude. Assim, a competitividade entre ambas é reduzida drasticamente.

L'economia contemporanea si caratterizza nettamente come una "economia globale": in essa i principali fattori di produzione presentano un tasso di interdependenza, di integrazione e di apertura che non ha precedenti nella storia dell'umanità (ZOLO, 2004, p. 27).²¹

²¹ Globalization poses a fundamental challenge to each of these traditional assumptions. It is no longer "self-evident that nation-states can be described as "self-sufficient schemes of cooperation for all the essential purposes of human life" in the context of intense deterritorialization and the spread and intensification of social relations across borders. The idea of a bounded community seems suspect given recent shifts in the spatio-temporal contours of human life. Even the most powerful and privileged political units are now subject to increasingly deterritorialized activities (for example, global financial markets) over which they have limited control, and they find themselves nested in webs of social relations whose scope explodes the confines of

A marca da contemporaneidade se traduz pelo sentimento de insegurança e, principalmente, pelo risco iminente presente nas operações financeiras, sociais, econômicas e políticas. Desta forma, as relações entre a força produtiva ficam sobretudo afetadas justamente pela efêmera composição destas relações que se desenvolvem em um ritmo cada vez mais frenético.

La realidad social contemporánea presentará rasgos de incertidumbre o de riesgos, sin que en consecuencia las visiones unilaterales que parten del determinismo económico puedan garantizar cuál sea la dirección en la que inexorablemente se habrán de desarrollar los acontecimientos sociales (GRAUS, 1999, p. 26).

A revolução informática modificou intensamente as relações entre o trabalho e o capital. Este processo é originário das novas formas de produção exigidas na era da globalização, como por exemplo, os fluxos migratórios de trabalhadores, a precarização dos vínculos empregatícios, objetivando a redução nos custos de produção, especialmente com a mão-de-obra para que os produtos cheguem ao mercado consumidor com preços menores e cada vez mais competitivos ²². “La “rivoluzione informatica”, come abbiamo accentato, ha ampiamente investito la sfera dei rapporti produttivi e finanziari, accelerando il processo di globalizzazione econômica” (ZOLO, 2004, p. 50).

A flexibilização das leis trabalhistas alimenta a lógica neoliberal e colabora de maneira determinante para a precariedade das relações de trabalho, pois relativiza alguns direitos trabalhistas, diminuem os números de contribuições ao serviço social e, ademais, faz com que a dispensa do trabalhador seja mais fácil, pois não há efetivamente uma maior proteção.

José García, ao analisar a estrutura da sociedade contemporânea, corrobora o seguinte:

national borders. (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2006): Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> Acesso em 26 de Nov. de 2008.

²²A mobilidade do capital e da força produtiva é uma *condition sine qua non* para viabilizar a globalização dos mercados mundiais. Em relação ao fluxo migratório de trabalhadores vede: The free movement of goods, persons, services, and capital within na área without being impeded bu legal restrictions. This is a basic principle of the European Community, whose traty insists on the free movement of goods (involving the elimination of customs duties and quantitative restrictions between member states and the setting up of a Common External Tariff) as well as the free movement of services, capital, and persons (including workes and those wishing to establish themselves in professions or to set up companies). (MARTIN, 2003, p. 213).

A União Européia ao implementar esta política do free movement of goods foi mais além, constituindo-a como um direito fundamental. Essa liberdade de movimentação não só foi garantida para os trabalhadores, mas também foi estendida a suas famílias. Ele está Consagrado na Convenção Européia de Direitos Humanos no Protocolo n° 14 art. 2. Esse direito tem como base a não discriminação em razão da nacionalidade. A diretriz econômica existe desde 1990 (Directive 90/364), no entanto, importa enfatizar que elas trouxeram um grande impacto social para a Europa.

“En ese contexto se modifica la perspectiva de aproximación a los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores sociales más desfavorecidos, ya que el modelo asistencial se ve substituído por na aproximación que pone en primer término el paradigma del control” (GARCÍA, 2004, p. 16).

A complexidade e a mutabilidade dos fenômenos compreendem a própria lógica mercadológica contida no modelo capitalista que, por sua vez, desencadeou a globalização. A globalização, além de modificar profundamente o estilo de vida da sociedade pós-moderna, trouxe consigo uma nova ideologia punitiva. A mudança foi necessária em razão dos novos riscos e novas formas de criminalidades decorrentes do próprio fenômeno da globalização. A proximidade entre os mercados, a mobilidade entre trabalhadores, as novas tecnologias cibernéticas ensejam processos e influxos de zonas de conflito.

No cenário internacional, existe a preocupação generalizada com a segurança. Os espaços monitorados, a cooperação penal internacional, a jurisdição penal internacional, bem como outros mecanismos de controle formal são construídas e consolidados na atualidade, a partir da simbologia do discurso de emergência e insegurança.

Outras questões de relevo também circundam nesta atmosfera de insegurança, cheias de contrastes e pluralidades, como por exemplo, o terrorismo, os conflitos de origem étnica, religiosa, minorias e movimentos sociais.

A fim de compreender a dinâmica da sociedade contemporânea, faz-se mister perceber não só a existência de um só mundo hegemônico, como também verifica-se a existência de vários mundos, em razão da própria ausência de uniformidade entre os habitantes de todo o globo, bem como as formas plurais em que estes se apresentam. A sociedade contemporânea é marcada pelo multiculturalismo.

Mais les tensions survenues au sein des sociétés multiculturelles, la baisse de niveau d'intégration et les difficultés d'adaptation socio-économiques et culturelles de deuxième et troisième générations d'immigrants, originaires souvent d'une culture non judéo-chrétienne, créent de graves problèmes (SZABO, 2003, p. 216)²³.

O movimento hegemônico, decorrente do próprio fenômeno da globalização, vem, nos últimos anos, produzindo novas formas de organização social e uma nova ordem econômica

²³ O conflito na sociedade contemporânea surge a partir das relações sociais estabelecidas de forma horizontal, a classe dominante e a classe emergente (under-class). A saber: Trois critères permettent de déceler l'existence d'une "under-class" au sein d'une société multiculturelle: 1) le taux élevé du chômage des jeunes mâles, 2) la proportion élevée des délits de violence dans l'ensemble de la criminalité et 3) lês naissances illégitimes. Les membres de l'"under-class" sont sous-socialisés. Lorsque l'importance de celle-ci atteint une certaine dimension, la qualité de la vie sociale dumilieu environnant est sérieusement touchée (SZABO,2003,p. 127).

global, no entanto é factível a existência de movimentos contrários à hegemonia. Este tipo de movimento denomina-se de contra-hegemonia, que nada mais é do que uma forma de irrisignação ao processo de padronização e dominação imposto por uma ordem ou poder.

É bem verdade que, ao longo da história da humanidade, o direito penal funcionou como uma espécie de funil catalizador, ou seja, através do seu poder seletivo. Na história do cárcere, identifica-se que o modelo de encarceramento surge no mundo com um modelo de estabilização, segregação e exclusão social dos mais pobres.

No apogeu do liberalismo, o Direito Penal apresenta-se como um instrumento de garantias e tinha como sustentáculo o princípio da legalidade, como um limitador do *jus pinuendi* estatal. Na égide atual do neoliberalismo, pode-se identificar a existência parcial de uma ruptura entre a tradição liberal e os atuais rumos do Direito Penal.

O atual Direito Penal contemporâneo é visto a partir de uma perspectiva econômica. Dessa forma, pode-se dizer que o Direito Penal é um instrumento de controle social extremamente útil para gerenciar algumas ausências estatais em áreas como, educação, saúde, lazer, políticas públicas voltadas para a inclusão social e o combate às desigualdades e redistribuição de renda.

As bases do atual Direito Penal são sustentadas por novas exigências político-criminais. Estas formas de intervenção na esfera penal, nas últimas décadas, têm seguido uma tendência uniforme em vários países ocidentais de tradição democrática.

Em verdade, cogita-se a existência do ressurgimento dos velhos sistemas de política criminal de cariz autoritária. O novo autoritarismo político-criminal pode ser identificado, a partir das recentes tendências auferidas pelo movimento de política criminal, denominado Lei e Ordem (*Law and Order*). As bases deste movimento estão arraigadas ao endurecimento penal, pela ideia de expansão do ordenamento jurídico penal, por intermédio da proliferação dos processos legislativos em matéria criminal, as leis esparsas, bem como a preeminência de reformas constantes.

A problemática se insere na própria crise de racionalidade que estas leis têm causado, o que certamente tem comprometido a coerência do próprio sistema normativo. O simbolismo com que estas medidas se apresentam gera a incredibilidade do próprio sistema penal, ademais corrobora para o seu uso de forma banalizada.

No plano teórico, o direito penal, em vários ordenamentos jurídicos, tem se fundamentado por meio da ideia de risco e insegurança cidadã. Entre eles, pode-se citar o Brasil, os Estados Unidos a Inglaterra, entre outros.

A adoção de programas político-criminais de emergência na sociedade contemporânea, na realidade, tem sido o grande enfoque e insurge vários questionamentos acerca de sua racionalidade, legitimidade e necessidade.

No que concerne ao desenvolvimento de instrumentos eficazes, no enfrentamento da criminalidade em âmbito internacional, tem-se procurado estabelecer dois níveis de integração. Um deles é voltado para a formação e consolidação de uma jurisdição penal internacional.

Reafirmando o caráter punitivista da sociedade pós-moderna, pode-se verificar a ausência de medidas preventivas no âmbito da jurisdição internacional, a seguir:

En la situación actual de amenazas que se ciernen sobre el mundo, de terrorismo sin fronteras, de existencia de “guerras” no declaradas y de guerras “preventivas”, y de un auténtico declive de la legalidad internacional, debemos interrogarnos sobre la eficacia potencial de una jurisdicción penal internacional que, por naturaleza, no desempeña ningún papel preventivo, y para cuyas decisiones ninguna autoridad garantiza la aplicación (PICCA, 2003, p. 136).

A mudança no paradigma da sociedade cosmopolita cinge a relativização de soberania dos Estados. A partir deste prisma do relativismo, foi possível estabelecer uma Corte Penal Internacional.

Alguns avanços podem ser percebidos no âmbito da União Européia, através da criação da Convenção Européia dos Direitos Humanos e a Corte Européia dos Direitos Humanos. O Tribunal Penal Internacional, bem como estabeleceu meios de cooperação policial e judicial em matéria penal, que resultou no acordo Schengen e, por fim, estabeleceu a Europol.

En el globalizado mundo actual, el orden jurídico internacional no puede, en el ámbito penal, encontrar la solución sólo en la creación de una jurisdicción desprovista de cualquier cometido preventivo. Desarrollando más activamente la cooperación judicial y policial entre Estados es, sobre todo, como deben buscarse en prioridad soluciones al desorden alimentado principalmente por todos los terroristas sin fronteras y los crímenes contra la humanidad, en violación de los derechos humanos (PICCA, 2003, p. 137).

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Tratado de Roma em 1998. Inicialmente, cerca de 60 países ratificaram o tratado. O referido instrumento visa à concretização dos direitos humanos estabelecidos pela própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dois aspectos foram suscitados. Primeiramente, reside na própria ideia de soberania nacional, uma vez que os Estados têm competência para julgar os crimes ocorridos em seu território. Dessa forma, como poderia ser criado um tribunal com jurisdição internacional?²⁴

Para resolver o problema, foi estabelecido o critério da subsidiaridade e complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Em segundo plano, tem-se o problema da responsabilidade criminal individual por crimes contra a humanidade. Como será possível puni-los?

Sem dúvida, o Tribunal Penal Internacional representa uma nova era para a Justiça Penal Internacional. Além de criar e quebrar paradigmas, o Tribunal Penal Internacional enfrenta problemas de ordem jurídica. Alguns ordenamentos jurídicos não admitem a extradição de seus nacionais, entre eles o Brasil. O que fazer?²⁵

²⁴ Cf. A lume o pensamento de Georges Picca (2003, p. 134) que diz: La creación de una jurisdicción internacional incluso se ha considerado una exigencia para sancionar a los responsables de crímenes colectivos que han sacudido la conciencia universal, como los crímenes contra la humanidad o los genocidios.. Na atualidade, os debates surgem em torno da ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional, inclusive para crimes ambientais, crimes contra o sistema financeiro e econômico internacional (MOURA, 2007, p. 120). O tribunal Penal Internacional tem enfrentado vários entraves políticos e do ponto de vista das relações internacionais, a saber: En realidad, el futuro del TPI en el contexto de las relaciones internacionales tal como se desempeñan hoy en un mundo globalizado parece incierto. Cualquier justicia internacional, tanto en su concepción como en su práctica depende ampliamente, en efecto, de cierto clima de las relaciones internacionales. Sólo un consenso puede garantizar el funcionamiento de una jurisdicción penal internacional (PICCA, 2003, p. 136).

Devido ao contexto global de insegurança permeado pelo terrorismo e guerra preventiva, o que se busca efetivamente são as possibilidades concretas de aplicação e de prevenção. Nem o Tribunal Penal Internacional escapa da falta de instrumentos preventivos e de cooperação, sendo assim, a eficácia potencial de uma jurisdicción penal internacional que, por natureza, no desempeña ningún papel preventivo, y para cuyas decisiones ninguna autoridad garantiza la aplicación (PICCA,2003, p. 137).

A cooperação em matéria penal tem se tornado um dos meios mais promissores para a consecução penal bem sucedida, principalmente no contexto da macrocriminalidade, pois La dificultad de identificar a sus actores debe privilegiar métodos eficaces de información y dar prioridad a una auténtica cooperación política, policial y judicial entre Estados (PICCA, 2003, p. 137). Sendo assim, não poderá o Tribunal Penal Internacional se olvidar da questão da cooperação. Os avanços em nível regional na Europa culminaram na formação da Europol. Segundo Picca: [...] en Europa constituyen un interesante ejemplo, gracias a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya violación es sancionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los procedimientos de cooperación policial y judicial que resultan de los acuerdos de Schengen y la creación de Europol, preludio de una Fiscalización europea. (2003, p. 137).

²⁵ Cf. No Brasil poderá ser realizada a entrega de cidadão brasileiro para o Tribunal Penal Internacional, sem que haja ofensa ao disposto no art. 5º, LI, da CF, que veda a extradição de brasileiro nato ou naturalizado (salvo se este último estiver envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes ou tiver praticado crime comum antes da naturalização). Portanto, faz-se mister diferenciar a extradição do instituto da entrega. Segundo o art. 102 do Tratado de Roma, "entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto; por extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno". Já na extradição os Estados se encontram em situação de igualdade, ou seja, existe uma relação de cooperação, tal modalidade inexistente na entrega. Quando um Estado parte efetua a entrega de um nacional para ser julgado no Tribunal Penal Internacional, ele apenas está se submetendo à jurisdição internacional.

Inicialmente, o Tribunal Penal Internacional surge através das experiências obtidas pelos tribunais de Nuremberg, Tóquio, Iugoslávia e Ruanda.

É importante destacar que estes tribunais são considerados “tribunais de exceção”. Antes dos fatos ocorridos não havia a instituição da referida Corte de Justiça Criminal. Este argumento foi utilizado pelos nazistas em Nuremberg e, atualmente, tem sido utilizado pelos acusados.

As normas e regras estabelecidas pelo Tratado de Roma sugerem a criação de um sistema penal internacional. O tratado de Roma contemplou diversas tradições jurídicas.

O Tratado de Roma também instituiu normas do tipo *procedural Law*, ou seja, de natureza processual e de cunho material *Criminal Law*, uma vez que fixa de forma taxativa as suas competências.

Em alguns ordenamentos jurídicos (*Domestic Law*), o Tribunal Penal Internacional apresenta alguns entraves de natureza constitucional, entre eles o Brasil²⁶.

O acolhimento do Tribunal Penal Internacional desencadeou vários processos de reforma constitucional nos países europeus, bem como na América Latina²⁷.

Outro aspecto relevante diz respeito à permanência do Tribunal Penal Internacional, ela confere ao tribunal legitimidade e contempla o princípio do juiz natural (BAZELAIRES; CRETIN, 2004, p. 89)

Por fim, vale ressaltar que o Tribunal Penal Internacional representa um importante marco na construção de um sistema de justiça penal internacional.

Para que haja um sistema de justiça penal internacional efetivamente racional é necessário implementar uma cultura de direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana, a partir da sua diversidade cultural. Conforme assinala Stephan Parmentier (2003, p.104): “I have discussed the notion of globalization, and the notion of a human rights

²⁶Cf. Para Arturo (2003, p. 475), o Tribunal Penal Internacional apresenta três fontes de inconstitucionalidade: a) Esencia de la soberania: El TPI comprometía parte de la soberania esencial de la soberanía, a menos que se condujera previa reforme La Carta; b)El TPI adolecía de diversas inconstitucionalidades técnicas y; c) El TPI es un ejemplo de la que llamamos por Inconstitucionalidad por Improvisión. Ela consiste: en la contradicción de una norma sometida a control y la Carta Fundamental, por efecto de no Haber previsto, imaginado o predicho el constituyente la posibilidad del contenido de esta norma controlada (2003,p. 477). A inconstitucionalidade é fruto da falta de previsão constitucional. Alguns doutrinadores, entre eles Zapata admite o método de interpretação finalista. (ZAPATA, 2002, p. 48).

²⁷ Cf. No Brasil, o Tratado de Roma incorporou o ordenamento jurídico pátrio por força de Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, modificando o teor do art. 5º da CF de 1988, que diz: § 4º art. 5º: O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Note-se que os julgamentos realizados pelo Tribunal Penal Internacional fazem coisa julgada. Dessa forma o Estado-parte não poderá reformar a decisão através da sua jurisdição interna por meio do *domestic Law*. Por outro lado, não cabe o argumento de que no sistema jurídico brasileiro não é permitido a pena de prisão perpétua. Esta previsão imposta pelo Tribunal Penal Internacional não viola o art. 5º, XLVII, da CF, uma vez que esta previsão constitucional apenas tem guardida no sistema interno.

culture. It is clear that these are not separate realities, but that they can easily be interlinked through the argument that the globalization of criminal justice is not viable without the existence of a strong culture of criminal justice”

Com efeito, para que o sistema penal internacional se desenvolva a contento são necessários três aspectos de atuação: o primeiro é desenvolvimento do chamado direito substantivo penal internacional (*substantive international criminal law*). Este ramo atuaria na prescrição material dos tipos penais. Em um segundo momento, deve-se realizar o processo de incorporação desse direito substantivo aos respectivos ordenamentos internos (*Domestic Law*); reconhecer a responsabilidade individual por atos criminais e, por último, o fortalecimento e a criação de instituições, como por exemplo, o Tribunal Penal Internacional.

Antes da entrada em vigor do Tratado de Maastricht, foram feitas várias tentativas para a criação de uma cooperação em matéria penal, dentro do espaço comunitário da União Européia. Neste diploma ficou estabelecida a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos.

A necessidade de criação de um espaço judiciário europeu nasce em decorrência da própria organização do mercado interno, como assinala Anabela Rodrigues e José Mota (2002, p. 21), “Tratava-se, em geral, de fomentar a cooperação judiciária penal, como condição necessária ou “medida compensatória” da supressão dos controles das fronteiras internas.”

Foi através da incorporação do Tratado de Schengen que a União Européia passa a estabelecer meios mais concretos para fixar parâmetros na área de cooperação em matéria penal, visando à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça por meio do Tratado de Amsterdã.

O Tratado de Amsterdã vai além dos mecanismos tradicionais de cooperação horizontal ou intergovernamental, aproximando-se de um modelo de harmonização pelas vias de regulamentação e diretivas. Para isso, algumas medidas são tomadas no que toca ao direito adjetivo, como por exemplo, a compatibilização de normas aplicáveis aos Estados-membros, a fim de evitar incompatibilidades²⁸. Desta feita, decorre também a obrigação de adaptação do

²⁸ Cf. O Tratado de Amsterdã estabelece algumas diretrizes para a cooperação em matéria penal entre os Estados-membros. Destaca-se, nesta oportunidade, que existem dois tipos de cooperação em matéria penal. A primeira é a horizontal. Ela é realizada entre os Estados-membros para a prática de atos de interesse interno. Podem atuar tanto no âmbito da cooperação policial através de operações coordenadas, como também na execução de alguns atos processuais, como por exemplo, o cumprimento de uma sentença penal. O outro tipo de cooperação diz respeito à vertical. Ela ocorre quando há preeminência de um organismo ou instância supranacional, ou seja, o Estado-membro fica obrigado a cumprir as determinações. Como exemplo, tem-se o Tribunal Penal Internacional quando solicita a entrega de algum condenado. O Tratado de Amsterdã estabelece, para cooperação em matéria penal, o seguinte:²⁸ Este objetivo será atingido, prevenindo e combatendo a

sistema interno de cada Estado-membro ao que estabelece o Direito Comunitário. Em razão disso, cogita-se a criação de um direito penal europeu comum.

Face ao exposto, verifica-se que todo o movimento atual, cujo enfoque esteja calcado no direito penal, foi determinantemente influenciado pelo aspecto econômico, através do processo de “*economicizzazione*” do Direito, de modo geral.

criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo; o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças; o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas; a corrupção e a fraude, através de uma cooperação mais estreita entre forças policiais, autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, tanto diretamente como através do Serviço Europeu de Polícia (Europol), nos termos do disposto nos artigos 30.o e 32.o, (*) Artigo com a redação que lhe foi dada pelo Tratado de Nice, 24.12.2002 PT Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 325/21 uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, inclusive por intermédio da Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust), nos termos do disposto nos artigos 31.o e 32 uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros, nos termos do disposto na alínea e) do artigo 31. Artigo 30.o 1. A ação em comum no domínio da cooperação policial abrange: a) A cooperação operacional entre as autoridades competentes, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços especializados responsáveis pela aplicação da lei nos Estados-Membros, no domínio da prevenção e da deteção de infrações penais e das investigações nessa matéria; b) A recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio de informações pertinentes, incluindo informações em poder de serviços responsáveis pela aplicação da lei respeitantes a transações financeiras suspeitas, em especial através da Europol, sob reserva das disposições adequadas relativas à protecção dos dados de carácter pessoal; c) A cooperação e as iniciativas conjuntas em matéria de formação, intercâmbio de agentes de ligação, destacamentos, utilização de equipamento e investigação forense; d) A avaliação, em comum, de técnicas de investigação específicas, relacionadas com a deteção de formas graves de criminalidade organizada. 2. O Conselho promoverá a cooperação através da Europol e, em especial, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdã:

a) Habilitará a Europol a facilitar e apoiar a preparação, bem como a incentivar a coordenação e execução, de ações específicas de investigação efetuadas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo ações operacionais de equipas conjuntas em que participem representantes da Europol com funções de apoio; b) Adotará medidas que permitam à Europol solicitar às autoridades competentes dos Estados-Membros que efetuem e coordenem investigações em casos concretos, bem como desenvolver conhecimentos especializados que possam ser postos à disposição dos Estados-Membros para os assistir na investigação de casos de criminalidade organizada; c) Promoverá o estabelecimento de contactos entre magistrados e investigadores especializados na luta contra a criminalidade organizada, em estreita cooperação com a Europol; d) Criará uma rede de investigação, documentação e estatística sobre a criminalidade transfronteiriça. C 325/22 PT Jornal Oficial das Comunidades Europeias 24.12.2002 Artigo 31.o (*) 1. A ação em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal terá por objetivo, nomeadamente: a) Facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, inclusive, quando tal se revele adequado, por intermédio da Eurojust, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões; b) Facilitar a extradição entre os Estados-Membros; c) Assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a referida cooperação; d) Prevenir os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros; e) Adotar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga. 2. O Conselho promoverá a cooperação através da Eurojust: a) Permitindo à Eurojust facilitar a coordenação adequada entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros competentes para a investigação e o exercício da acção penal; b) Favorecendo o contributo da Eurojust para as investigações relativas aos processos referentes a formas graves de criminalidade transfronteiriça, especialmente quando se trate de criminalidade organizada, tendo em conta nomeadamente as análises da Europol; c) Promovendo a estreita cooperação entre a Eurojust e a Rede Judiciária Europeia, designadamente, a fim de facilitar a execução das cartas rogatórias e dos pedidos de extradição. Artigo 32 .O Conselho definirá as condições e limites dentro dos quais as autoridades competentes a que se referem os artigos 30.o e 31.O podem intervir no território de outro Estado-Membro em articulação e em acordo com as autoridades desse Estado. Artigo 33. O presente título não prejudica o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna.

Faz-se mister enfatizar que, não obstante aos valores do mercado e da sociedade de consumo, a qual é conhecida como sendo a “sociedade do risco”, o Direito não poderá jamais sobrepujar a pessoa humana em sua dignidade e cidadania. As teorias e as técnicas de controle social de normalização da sociedade, pela força das instâncias formais, estão adstritas ao núcleo de direitos e garantias individuais da pessoa humana.

A crise do *Welfare State* corroborou para a formação da atual conjuntura global pós-fordista e, devido à ausência de regulação dos mercados, os processos de exclusão social foram sobremodo agravados, em decorrência do acúmulo de capital, em razão da concentração de riquezas.

Com efeito, o estruturalismo utilitarista tem afetado de modo evidente as bases do Estado Democrático de Direito, através da ingerência da política criminal de emergência. Ela se apresenta como um modelo performático e fechado. Estabelece dicotomias como, cidadão/inimigo, institucionaliza a guerra preventiva e, principalmente, viola direitos humanos.

Os rumos da atual política criminal exteioriza o vazio normativo no campo global e as legislações de cunho meramente simbólico e emergencialista apregoa a tônica do discurso da insegurança. O medo e o risco ditam então, os caminhos do novo autoritarismo político-criminal.

Face ao exposto, reputa-se por racionalmente aceitável a preservação dos standards de proteção da pessoa humana, e que norteiam o minimalismo penal, como instrumentos legitimadores e limitadores ao poder punitivo, quer em âmbito interno (*Domestic law*), quer no internacional (*International law*), pois ambos estão vinculados a estes parâmetros normativos, a fim de que se possa estabelecer marcos teóricos e práticos fixos para a construção de um movimento de política criminal racional e humanista, uma vez que verifica-se esta emergência em repensar os rumos e ideais do direito penal contemporâneo.

Destarte, busca-se a redescoberta democrática dos valores liberais do direito penal clássico, como chancela para a construção de um sistema de justiça penal eficaz, justo, humanizado e digno.

PARTE II

A POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA E OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA ATUALIDADE

2 O sentido etimológico do termo emergência e a sua aplicação na política criminal contemporânea

O termo emergência é genérico e necessita ser historicamente definido, inclusive em sua acepção política, já que pode assumir múltiplas interpretações e um caráter retórico susceptível de manipulação, mas que se legitimará a partir da ideia de consenso. Neste trabalho, a delimitação significativa do termo “emergência” pauta-se na noção de crise auferida pelo discurso da ruptura ou instabilidade provisória de uma ordem pré-estabelecida, em caso de guerra, perigo público ou qualquer outra situação que coloque em risco a segurança nacional de um Estado, devendo ser estritamente limitado e temporário.

O dicionário jurídico Oxford, de MARTIN (2003, p. 170) define o termo como:

Emergency powers: Powers conferred by government regulation during a state of emergency is declared by royal proclamation. The regulation made may confer on government departments, the armed forces, and others all powers necessary to secure the supply and distribution of necessities and the maintenance of public peace and safety.

O estado de emergência vem acompanhado da ideia de risco, e que, por sua vez, requer ações particularizadas e específicas para amenizar suas consequências (SILVA, 2004, p. 124).

A política criminal de emergência está endereçada às populações de risco, sendo considerada como difusora deste elemento qual seja, o risco, haja vista o contato direto dessas populações com as mais variadas formas de criminalidade, necessitando supostamente de um direito penal do risco (*Risikostrafrecht*).²⁹

O risco pode abordar dois aspectos: a ótica da imprevisão ou da prevenção. A prevenção tem um caráter permanente, como por exemplo, o combate preventivo à proliferação de uma doença contagiosa em um determinado Estado. Sendo assim, o Estado deverá desempenhar recursos, bem como todos os esforços necessários para combater a moléstia. Em um aspecto incidental, passageiro, apenas ocasionado de forma isolada, as ações tendem a ser particularizadas, específicas e esporádicas (SILVA, 2004, p. 126).

²⁹Cf. O direito penal do risco é fruto da própria sociedade do risco, pois ela é oriunda do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. O risco é elemento fundamental das relações inerentes ao mercado, na mesma forma, a atual sociedade se desenvolver e estabelece sua organização a partir desse modelo de risco (BOTTINI, 2007, p. 33-34).

Segundo Roberto Bergalli, pode-se afirmar, hodiernamente, a existência de uma cultura da emergência, a seguir:

En efecto, la “cultura de la emergencia” que se ha propagado en España no es estrictamente una manifestación local del abandono de las razones jurídicas. La antigua República Federal de Alemania, Francia e Italia fueron los países comunitarios que inauguraron, en plena época del constitucionalismo social, el empleo de la excepcionalidad penal para afrontar sus problemas domésticos de terrorismo rojo (que en contadas excepciones se aplicó al terrorismo negro). Como se sabe, lo excepcional se fue convirtiendo en habitual o regular y todas aquellas vulneraciones que comportaban las leyes antiterroristas a los principios liberales del derecho penal y a las garantías iluministas que están en la base teórica (aunque no práctica) de los sistemas europeos de justicia criminal, se fueron incorporando “legalmente” a los ordenamientos jurídicos³⁰.

O estado de emergência revela uma forte tendência em países da América Latina, como pode-se citar o Brasil, a Argentina, entre outros. Este fenômeno vem desencadeando a instituição do chamado direito penal de expansão, que se utiliza de políticas públicas mais especificadamente criminais, voltadas para a repressão ostensiva da delinquência, albergada pela noção de direito penal do inimigo³¹, intensos processos de criminalização primária, mitigação de garantias fundamentais e violação aos direitos humanos.

Além disso, utiliza-se de aportes político-criminais autoritários inerentes às velhas racionalidades punitivas, instituídas nos principais regimes políticos autoritários do Século XX, já analisadas anteriormente na primeira parte deste trabalho.

Portanto, pontifica-se que a atual política criminal de emergência é incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito, uma vez que atende à perspectiva de um direito penal do risco.

Amparados pela alegação do estado de emergência muitos Estados deixam de aplicar convenções e tratados internacionais de proteção à pessoa humana.

O não cumprimento dos tratados internacionais tem ensejado manobras políticas e, principalmente, graves violações aos direitos humanos praticadas pelos Estados.

³⁰ BERGALLI, Roberto. La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>. Acesso em: 27 de Ago. de 2008.

³¹ Cf. O direito penal do inimigo é mais presente na chamada luta contra a criminalidade, nos crimes de cunho sexual, econômico e de terrorismo, constituindo-se como um direito de exceção. Ele se apresenta como um método de seleção, segregação e neutralização de uma parcela específica de indivíduos, sendo estes os destinatários de um sistema normativo mais severo e ambíguo. Privilegia uma extensa antecipação das proibições penais, restrições de garantias processuais, e se insere na dimensão de um direito penal de terceira velocidade, marcado pelas prisões preventivas e medidas de segurança (GRECO, 2005, p. 123.)

A política criminal de emergência no contexto internacional tem sido utilizada pelos Estados Unidos no combate ao terrorismo. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, os estadunidenses passaram a adotar o direito penal do inimigo como fundamento da sua política criminal de emergência.

A ideia de um inimigo global surge como forma de legitimar o aumento de intervenções militares no oriente, sob o argumento de manutenção da paz mundial. Todavia, não pode ser descartado o uso da força militar em casos extremos. O que toca aos Estados Unidos é, na verdade, o interesse político e econômico que os conflitos armados ocasionam.

As prisões de Guantánamo repercutiram internacionalmente como uma nódoa na tradição democrática dos Estados Unidos, bem como um exemplo notório de violação aos direitos humanos e aos *standards* mínimos de proteção da pessoa humana. Isso se deve ao tratamento penitenciário desumano, degradante no qual se encontram os presos, que além de torturados, não têm acesso à justiça plenamente garantida, sob o argumento de serem terroristas (inimigos combatentes) e, portanto, devem ser neutralizados. A Comissão de Direitos Humanos da ONU, no relatório preliminar E/CN. 4/2006/120, analisando o caso, de acordo com as diretrizes emitidas pela Resolução 1373, de 2001, contra o terrorismo, determina o combate à tipificação do crime de terrorismo, à proibição e prevenção, destacando a obrigatoriedade de os Estados atuarem sob as regras de Direito Internacional, Direitos Humanos e do Direito Humanitário.

Os Estados Unidos da América são signatários do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção contra a Tortura e da Convenção de Genebra, que disciplinam o tratamento devido aos prisioneiros de guerra, elencando os *standards* mínimos de proteção entre outras convenções, como a relativa à proteção de civis em tempo de guerra. Estes documentos são regidos por normas de Direito Internacional e de Direitos Humanos.

No caso em destaque, da Baía de Guantánamo, fica visível a pertinência da aplicação desses instrumentos de proteção, por não haver conflito armado nem perigo iminente à segurança nacional dos Estados Unidos. Sendo assim, não existe razão que justifique a suspensão temporal ou excepcional destes instrumentos, muito embora devam ser observados os casos em que isto possa ocorrer, como por exemplo, informa o teor do instrumento a seguir:

No todos los derechos admiten suspensión, ni siquiera en circunstancias excepcionales o durante un conflicto armado que amenace la vida de la nación. El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula qué derechos no pueden ser objeto de suspensión. Se trata, entre otros, del

derecho a la vida (art. 6), de la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), del derecho de todo ser humano a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 16) y de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18). Aunque ni el artículo 9, en el que se consagra el derecho a la libertad y sus correspondientes garantías procesales, ni el artículo 14, en el que se prevé el derecho a un juicio imparcial, aparecen en el artículo 4 entre los derechos que no admiten suspensión, el Comité de Derechos Humanos ha indicado en su Observación general N° 29 (2001) que "las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión". Por lo tanto, los principales elementos de los artículos 9 y 14, como el habeas corpus, la presunción de inocencia y los derechos mínimos para un juicio imparcial, deben ser plenamente respetados incluso durante un estado de excepción³².

O regime jurídico utilizado no tratamento dos presos na base de Guantánamo é o militar, desde a fase de persecução até a fase processual. Permite-se, portanto, a prisão de pessoas, sem que haja a formulação de acusação e por tempo indeterminado. Eles são julgados por uma comissão militar, ferindo-se, com isso, o princípio do juiz natural, o *due process of law*, que resulta em um julgamento imparcial. Inviabiliza-se, assim, o exercício do direito à ampla defesa, bem como outras garantias fundamentais e, conseqüentemente, viola os direitos humanos dos prisioneiros.

Quanto às técnicas de interrogatório, elas incluem a retirada de roupas; interrogatórios que duram 20 horas; colocação de capuz na cabeça dos prisioneiros; privação de luz; estímulos auditivos; privação do sono; utilização de fobias, como por exemplo, o medo de cães, esta última considerada como uma das modalidades de tortura; vedação à liberdade religiosa; dentre outras formas degradantes de tratamento.

A real situação de abandono na qual se encontram os prisioneiros constitui grave violação aos direitos humanos, registrada pela Comissão responsável pelos casos de detenção arbitrária da ONU.

Referindo-se aos Estados Unidos, Jonathan Simon, em 1997, sustentou que, em vez de governar a criminalidade, governa-se através da criminalidade: a criminalidade seria usada pelos defensores de programas políticos de tipo conservador e restaurador, como um instrumento de criação de hegemonia e de consenso (SANTORO, *apud*, SIMON, 1997, p. 27).

Na Inglaterra, ocorre situação semelhante. A aprovação no parlamento inglês da lei Antiterrorismo, Act. 2001, estabelece que os identificados como terroristas possam ser efetivamente detidos, sem o *due process of law*, não obstante ser incompatível com o art. 5°

³² NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da comissão de direitos humanos E/CN. 4/2006/120 sobre a situação dos detidos em Guantánamo.** Disponível em: <<http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/844/815/document/es/text.html>> Acesso em: 21 de Out. de 2007.

da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law”³³. O Estado foi obrigado a revogar esta lei no caso (*A and others v Secretary of State for the Home Dept* (2004) UKHL56)³⁴, respeitando, assim, as garantias e direitos fundamentais, bem como o princípio da presunção de inocência em observância aos direitos humanos.

Os Estados podem deixar de aplicar as convenções por força de seus próprios dispositivos legais, os quais admitem a suspensão de sua aplicação, em conformidade com as regras do Direito Internacional Público, nos casos de guerras e emergências públicas, como descreve o artigo 15, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.³⁵

Os casos acima descritos ocorreram durante o estado de emergência, bem como suas legislações respectivas, no entanto constata-se que o estado de emergência, em ambos os *cases law*, não obedeceram às condições mínimas exigidas para legitimá-los.

Para que uma situação de emergência se configure, é necessário que ela seja atual ou iminente, não podendo auferir um caráter permanente. Deve atingir magnitude considerável, para atingir a totalidade de um país ou parte dele, bem como a integridade física de sua população, ou seu território, ou que atente ao funcionamento de seus órgãos públicos e a sua soberania.

A declaração do estado de emergência deverá ser utilizada como único recurso, logo após o esgotamento de todos os outros instrumentos disponíveis. Terá de ser por tempo restrito, não podendo prolongar-se no decurso do tempo, evitando o “estado de emergência permanente”, como no caso da lei inglesa Antiterrorismo (Act 2001), já mencionada anteriormente.

³³European court of human rights. **European convention on human rights**. Disponível em:<<http://www.echr.coe.int/echr>> Acesso em 27 Ago de 2008.

³⁴Publications parliament UK. Case law: **A and others v Secretary of State for the Home Dept (2004) UKHL56**. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa>>. Acesso em 27 Ago de 2008.

³⁵European court of human rights. **European convention on human**. Disponível em:<<http://www.echr.coe.int/echr>> Acesso em 27 Ago. de 2008.

Para o efetivo reconhecimento do estado de emergência, faz-se necessária a observância de alguns princípios basilares, com o princípio da não derogabilidade de certos direitos fundamentais, reconhecidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e pela Convenção Americana, de San José da Costa Rica. Como por exemplo, o direito à vida, à integridade pessoal; proibição da escravidão e servidão; direito a não ser preso por inadimplemento contratual; direito à irretroatividade da lei penal, à liberdade de pensamento, de consciência e religião, ao reconhecimento da personalidade jurídica, às garantias judiciais indispensáveis para a proteção destes direitos, como também o princípio da legalidade, imprescindível para o funcionamento da ordem democrática de qualquer Estado, desde que esteja comprometido com estes valores.

Dante Alighieri afirma que o Direito é uma proporção real do homem, ou seja, a noção de proporção está contida no próprio ente humano. Encontra-se, portanto, subsídios para a construção do princípio da proporcionalidade, o qual teve sua intensa aplicação na afirmação dos Direitos Humanos e no combate aos abusos cometidos durante o estado de emergência.

Em nosso ordenamento jurídico, não há uma previsão expressa do princípio da proporcionalidade, a exemplo do que ocorre, por exemplo, na Alemanha.

Segundo Chade Rezek Neto (2004, p. 24), o princípio da proporcionalidade é considerado: o princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira idéia de Direito

Além de uma função hierarquizadora, assume um sentido integrativo e interpretativo, evidente na solução de conflitos. O caráter harmonizador é fruto de uma construção hermenêutica orientadora dos conflitos, para a manutenção da integração do sistema normativo albergado na ideia de balança.

Pode-se evidenciar, também, o reflexo da proibição do excesso contido neste princípio, haja vista a possibilidade do controle de constitucionalidade nos casos em que for verificada a ausência do aludido princípio. Constitui-se em uma ferramenta importante para o jurista na condução do direito, e para o controle efetivo do poder público.

Ao examinar a problemática da legislação de emergência, oriunda de uma política irracional também dita emergencial, o princípio da proporcionalidade assume um importante papel de controle e de harmonização, tanto no aspecto preventivo, devendo estar localizado nos processos legislativos, bem como durante a vigência da lei. Entretanto, verificou-se a

inobservância deste princípio nos casos abordados, carentes de racionalidade e pertinência, a afrontar o Estado Democrático de Direito e os valores a que se destina. Esta relação de antinomia desemboca em uma espécie de maçã podre, e corre o risco de contaminar as bases legítimas do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve ser combatida para salvaguardar os direitos humanos, frente aos abusos de poder, evidenciados durante o estado de emergência.

2.1 O direito penal do inimigo como fundamento da política criminal de emergência

Ao longo da história do poder punitivo, pode-se verificar que os seres humanos eram tratados de modo diferenciado. A divergência no tratamento se baseava na condição dessas pessoas. Alguns seres humanos eram considerados indesejáveis. Dessa forma eram vistos como inimigos da sociedade. A eles, não era permitido o reconhecimento da condição de pessoa.

Esse tratamento diferenciado é característico dos Estados absolutistas; na verdade, era destinado, principalmente, aos estrangeiros, inimigos de guerra e aos escravos.

O chamado direito penal do inimigo se opõe, de forma categórica, aos pressupostos do Estado Democrático de Direito, uma vez que estigmatiza e segrega parte de todos aqueles que são considerados inimigos.

Com efeito, a teoria do direito penal do inimigo pode ser evidenciada desde os escritos políticos de Thomas Hobbes, cuja ideia basilar era de que o estado de natureza é o estado de guerra. A paz só poderia ser alcançada, mediante um Estado legal, constituído através de um acordo de vontades, ou seja, por intermédio de um contrato.

Günther Jakobs, em 1985, passou a utilizar a expressão Direito Penal do Inimigo. Para justificar o conceito de inimigo, deve-se ter em mira a delimitação do alcance do termo inimigo que, na realidade, volta-se para o delinquente, ou seja, para aquele que descumpriu o contrato social e que, agora, nega a sua própria natureza humana, colocando em risco a segurança do Estado e, por isso, deve perder o *status* de pessoa.

Esta teoria tem como fundamento a despersonalização do criminoso, ou seja, a ele lhe é negado o direito fundamental de ser tratado como pessoa humana, sendo assim, “[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para ser real” (GÜNTHER, 2007, p. 45).

Face ao exposto, é visível a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Para Hobbes, o *status* de pessoa do delinquente deve ser preservado, muito embora, nos casos de traição, esta condição não pode prevalecer pois, para ele, o traidor era um inimigo do Estado, e desta forma, não haveria outra solução, a não ser a neutralização deste indivíduo do convívio social.

Segundo Günther Jakobs, o direito penal pode ser identificado sobre a pessoa do autor do fato, e não sobre o fato. O direito penal do cidadão se contrapõe às idéias do direito penal do inimigo, e por isso, contempla direitos e garantias fundamentais aos seus destinatários, pois reconhece a eles a categoria de pessoa, a seguir:

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 (GÜNTHER, 2007, p. 49)

Este pensamento tem origem na teoria dos sistemas sociais. Nela as pessoas existem por intermédio das relações sociais que desenvolvem. Para o delinquente, o direito penal aplicável é o direito penal do inimigo. Preconiza, desta feita, a redução das garantias individuais e processuais.

A divergência no tratamento penal justifica-se pelo grau de periculosidade do agente, com arrimo no pensamernto de Günther Jakobs:

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estágio prévio, a quem se combate por sua periculosidade (CALLEGARI; GIACOMOLLI, 2007, p. 37).

O direito penal do inimigo é utilizado no combate ao crime organizado, terrorismo, pedofilia e contra a criminalidade econômica.

Hodiernamente, por razões de política criminal, o direito penal tem sido utilizado, também, no combate contra a criminalidade de rua. Essa criminalidade diz respeito aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, ocorridos em vias públicas ou em estabelecimentos privados e residências.

A mudança de paradigma no tratamento penal da criminalidade de rua se deve principalmente ao estado de emergência alimentado, ocorrido inicialmente no final da década de 70, e que tem vigorado, nos últimos anos, através do movimento de política criminal chamado Lei e Ordem (*Law and Order*).

As intervenções político-criminais de emergência têm sido influenciado pelo sentimento de insegurança e pelo o medo do crime, os quais estão sempre presentes nas agendas midiáticas e, que por sua vez, passam a exigir maior rigor nas respostas destinadas ao combate à criminalidade.

Esse fenômeno tem produzido reflexos imediatos na produção legislativa, gerando o caos normativo, a proliferação de leis penais cada vez mais rigorosas, desprovidas de racionalidade e do princípio da proporcionalidade, processos de descodificação, aumento das prisões preventivas, hipertrofia do sistema carcerário e excessiva antecipação da tutela penal.

Conforme for a orientação política do Estado, as categorias cidadão/inimigo serão estabelecidas. Estas categorias produzem um efeito prático na aplicação do direito penal. O direito penal do inimigo “só se mostra legitimável, como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional (GRECO, 2005, p. 8). Sendo assim, constituindo-se como um direito de exceção.

O direito penal do inimigo está presente praticamente em todos os direcionamentos político-criminais de combate à criminalidade, em ambas as modalidades, sejam de menor ou maior potencial ofensivo, incluindo as formas transnacionais, a exemplo, dos crimes de lavagem de capitais, bem como de cunho internacional, em especial o terrorismo.

Nesta senda, o direito penal do inimigo apresenta como método os instrumentos de seleção e neutralização de uma parcela específica de indivíduos, os inimigos do sistema penal. Estes destinatários, por sua vez, são destinatários de intervenções penais mais severas e ambíguas, consideradas de *prima ratio*, ou seja, de terceira velocidade. Ademais, prevê extensa antecipação das proibições penais, restrições de garantias processuais, prisões preventivas excessivas e medidas de segurança indefinidas.

Na aplicação da lei penal, como se opera o processo de identificação do inimigo? É preciso destacar que se faz necessário um direito penal voltado do fato, e não meramente amparado a partir da pessoa do autor do fato, pois, na atual sistemática penal, não aufero respaldo legal à doutrina do direito penal do inimigo. Em virtude da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, não é possível legitimar tratamentos penais estigmatizantes e muito menos privá-los da condição de pessoa humana.

Percebe-se que o direito penal do inimigo tem como base ideológica a filosofia política de Mezger e Carl Schmitt. Sua origem autoritária, advinda do regime do nacional-socialista, defendia a exclusão de grupos considerados como inimigos do povo alemão, apenas pelo fato de pertencerem a minorias étnicas, e serem portadores de necessidades especiais e homossexuais. O terceiro *Reich* nazista alemão justificou, assim, o holocausto e a perseguição aos judeus, tidos como inimigos do Estado (GRECO, 2005, p. 82).

No esteio de Jesús M. Silva Sánchez, o direito penal do inimigo funciona como:

[...] la expresión, es decir, un Derecho penal que trata a seres humanos como animales o cosas. En él no se trata de una disminución de las garantías político-criminales de ciertos sujetos activos, sino de la radical desprotección de ciertos sujetos pasivos. (SÁNCHEZ, 2007, p. 4).

Com efeito, o direito penal do inimigo sem sido uma forte tendência atual do direito penal, e atinge também o direito processual penal. Neste sentido, pode-se concluir com base no exposto por Riquer e Plácios, que o “Derecho Penal del Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las garantías” (2003, p. 12).

Conforme o que assevera Günther Jakobs (2007, p. 40):

Como no direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito, o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é a possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, integridade física ou a liberdade de uma pessoa [...].

No Brasil, esta tendência tem sido evidenciada principalmente no campo das execuções penais, a exemplo, o regime disciplinar diferenciado.

Por fim, observa-se que o direito penal do inimigo se constitui como um direito prospectivo, ou seja, voltado para o futuro, para o que poderá ser feito e não o que realmente foi feito. Prestigia a ideia de risco, perigo e emergência.

O inimigo não é considerado sujeito de direitos, mas, apenas objeto de expiação. A punição se dá na medida do grau de periculosidade do agente e não na medida de sua culpabilidade; as penas são praticamente substituídas pelas medidas de segurança e, por fim, antecipa a tutela penal.

O direito penal do inimigo vem, pois, chancelar o estado de natureza, ou seja, a teoria do conflito.

No ocidente, os conflitos bélicos, empenhados na luta contra o terrorismo, após o dia 11 de setembro, remetem aos tempos áureos em que vigoraram os regimes autoritários do Século XXI. Na verdade, luta-se contra um inimigo invisível que pode estar em qualquer lugar, revestido de uma tradição cultural própria e sem rosto definido, podendo estar representado pela pessoa de um mulçumano radical ou de um novo convertido ocidental, que muitas vezes sobrepuja a sua própria tradição cultural democrática em nome de sua fé extremista. Este conflito de civilizações remete às principais discussões acerca do direito à liberdade religiosa, da hegemonia dos países desenvolvidos no plano político e econômico, e coloca em xeque as relações internacionais e políticas entre o ocidente e o oriente.

A seguir serão analisados alguns casos emblemáticos da aplicação do direito penal do inimigo em âmbito internacional e, por fim, registra-se alguns casos pertinentes à legislação pátria.

2.1.1 O direito penal do inimigo: algumas experiências no ocidente

Na Espanha, em 2 de julho de 2003, entrou em vigor a Lei Orgânica 7/2003. Esta lei prevê medidas de reforma, para alterar a forma de cumprimento da pena. Institui a nova lei o cumprimento fechado, sem o direito à liberdade condicional, até datarem o tempo máximo de prisão. Estas medidas visam dar maior segurança jurídica e efetividade na luta contra o crime.

Nesta senda, no arrimo de Cabana e Laguia, o direito penal do inimigo é visto como “ [...] un Derecho carente de legitimidad que además no sirve para nada en términos preventivos.” (2005, p. 411)

As sucessivas reformas penais na Espanha comprovam a mudança no paradigma punitivo de origem liberal para intervenções de político-criminal de emergência. A nova Lei Orgânica 7/2003 aumenta o limite máximo de duração da pena privativa de liberdade no concurso real de crimes de trinta para quarenta anos.

O Tribunal Constitucional espanhol no julgado STC 91/2000, de 30 de março, decidiu que, para uma pena ser considerada desumana, não é exclusivamente determinada pelo tempo de duração da pena, mas pelas modalidades de execução da pena, o seu conteúdo material. Deverá ser observado se a pena atribuída acarreta sofrimento ou traz humilhação ao condenado.

Com base neste julgado, chega-se à conclusão de que o aumento do limite máximo da pena privativa de liberdade, previsto pela Lei 2/2003, não poderia ser considerado cruel ou desumano. É notório que a nova lei estabelece novas condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, pretende que o condenado fique neutralizado e segregado do convívio social por mais tempo.

Pontifica Cabana e Laguia (2005, p. 41) que:

Este aumento de la duración de la pena de prisión en el concurso real de delitos es una manifestación más del incremento em las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya sólo en España, sino en todos los países occidentales.

Neste mesmo sentido, assinala Conde (2003, p. 414):

Este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito, e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos começa a dar-se, também, nos Estados democráticos de Direito que acolhem, em suas constituições e textos jurídicos fundamentais, princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o da legalidade, proporcionalidade, como o da presunção de inocência, devido ao processo legal e outras garantias do impunado em um processo penal. (CONDE, 2003, p. 112)

A política criminal espanhola, nos últimos anos, tem afirmado os valores de cariz autoritária, advindos do modelo auferido pelo direito penal do inimigo, em seu ordenamento jurídico, a saber:

Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo (cfr. por exemplo, respeito ao tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; e respeito ao terrorismo, arts. 571 e ss.), teremos agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadão estrangeiros, que, no art. 318 bis, permite impor penas que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações.

Um regime de dureza extrema, nunca havida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até quarenta anos, sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelecem agora os arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 junho de 2003, que entroaram em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo.

Um exemplo de antecipação da intervenção do Direito penal a supostos afastados, inclusive da colocação em perigo do bem jurídico, temos os preceitos relativos à

apologia do genocídio (art.607, 2) e a indireta do terrorismo, através de seu enaltecimento ou justificação (art.578), ou a penalização da convocatória de referendun ilegal (art.506 bis), e da concessão de ajudas ou subvenções a partidos políticos, dissolvidos ou suspensos por resolução judicial (art.576 bis), introduzida de forma sub-reptícia na Lei Orgânica 20/2003, de 23 dezembro 2003, aproveitando uma Lei de acompanhamento à Lei de Orçamentos. (CONDE, 2003, p. 21).

A França instituiu a Lei de 31 de outubro de 2001, intitulada de segurança cotidiana. Esta lei aumentou o poder das instâncias formais de controle, em especial a policial que passou a ter mais poderes para intervir na órbita privada do cidadão.

O Estado ampliou a sua competência para controlar e intervir na comunicação de supostos terroristas por intermédio de suas agências de inteligência.

Segundo Jean-François Daguzan (2009, [s.p]), o combate ao terrorismo em território francês se desenvolve da seguinte forma:

La fuerza y la eficacia del sistema de lucha contra-terrorista francés reside en la íntima conexión entre los sistemas de inteligencia, policial y judicial. Este entramado se creó tras los atentados perpetrados por terroristas de Oriente Medio a partir de mediados de los años 80. La repuesta francesa se articula alrededor de un *pool* centralizado de jueces profesionales especializados (la XIV sección del *Parquet* –fiscalía– del tribunal de Paris) actuando con la subdirección nacional antiterrorista de la policía nacional. El “arma absoluta” jurídica es la calificación penal de “asociación de malhechores en relación con una empresa terrorista”. Esta calificación permite las acciones preventivas de la justicia antes de que logren cometerse atentados. También es preciso recalcar el papel de los servicios de inteligencia. Hasta 2008 estos comprendían: los *Renseignements Généraux* (RG) encargados de la vigilancia del islamismo en Francia (mezquitas, publicaciones y proselitismo); la *Direction de la Sécurité du Territoire* (DST), para el contra-terrorismo en el interior, y la *Direction Générale de la Sécurité Extérieure* (DGSE), para las amenazas exteriores; y la *Unité Centrale de Lutte Anti-terroriste* (UCLAT), encargada de la coordinación. El 1 de julio de 2008 se creó la *Direction Centrale du Renseignement Intérieur* (DCRI), fruto de la fusión de los RG y la DST, ambos dependientes del Ministerio del Interior. Adicionalmente, el presidente Sarkozy ha nombrado un coordinador nacional para la inteligencia–*coordinateur national du renseignement*– dependiente de la presidencia de la república. Es difícil saber si las reformas redundarán en una mayor eficacia respecto al sistema que tan buen resultado ha dado en el pasado, pero la idea del presidente Sarkozy es favorecer la centralización y, por supuesto, la rapidez de respuesta de los diferentes servicios.³⁶

As agências de investigação têm um papel importantíssimo no processo de seleção dos suspeitos que, na maioria dos casos, recai sobre os imigrantes, principalmente de origem mulçumana e, por essa razão, são tratados como inimigos.

³⁶DAGUZAN, François. El terrorismo islámico em Francia. *In: Circunstancias: revista de estudios sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, n.º18. Disponível em: <://www.ortegaygasset.edu> Acesso em: Jan de 2009. [s.p].

Não se abordará o caso estadunidense e o Inglês, uma vez que já foram feitas breves exposições acerca do tema no tópico anterior, quando foi analisado o estágio de emergência nestes países.

Na América Latina, evidencia-se a mesma tendência, em especial na Argentina. O Congresso Nacional argentino Em 2007, aprovou a Lei n.º 26.268, que “ [...] condena el terrorismo y su financiamiento, con penas de hasta 20 años de reclusión y multas equivalentes de hasta 20 veces el valor de lo utilizado en las acciones”. Esta reforma penal modificou o Código Penal argentino e introduziu a tipificação de crime de terrorismo (PEROTTI, 2009, p 56).

A Argentina foi vítima de atentados terroristas nos anos 90 e, por isso, tem embrenhado esforços na luta contra o terrorismo e vem reforçando o endurecimento penal típico do direito penal do inimigo.

Assevera Alexandre Moraes, alertando o risco que este tipo de política criminal, uma vez que é desprovida de racionalismo e de limites bem definidos. (2009, p. 237).

Nesse passo, baseado nas lições de Lolita Castro, observa-se que “El Derecho Penal del Enemigo es el boomerang que nos regresa al peligrosismo positivista, con su carga violatoria de los Derechos Humanos” (CASTRO, 2009, p. 50).

2.1.2 O direito penal do inimigo e a realidade brasileira

O direito penal do inimigo, em âmbito nacional, é fruto do passado ditatorial e das amarras que um dia sufocaram o grito de liberdade, sob a ameaça vermelha que circundou a América Latina e que teve seus movimentos reacionários amordaçados em nome da ordem nacional e do progresso.

Na atualidade, o cenário ganha novos contornos amparados pelas novas tecnologias e redes de informação, as quais funcionam como mecanismos de pressão organizados pelas classes dominantes e de defesa de interesses particularizados, protegidos pelos sistemas normativos vigentes.

No Brasil, clama-se por segurança pública e por ações positivas do Estado, para combater e exterminar a criminalidade, tão indesejada e nociva para os organismos sociais.

Esse clamor é traduzido pelos inúmeros protestos televisionados, pelas campanhas nacionais, ONG(s), apoiadas pelas instituições religiosas. É a conhecida luta contra o crime

organizado, o tráfico de drogas, tráfico de armas, os crimes econômicos, dentre outras condutas delitivas.

Para enfrentar o contexto de crise na segurança pública, muito se tem falado em política criminal de emergência. Está sendo o meio pelo qual o Estado age e reage contra a criminalidade. Atribui-se, dessa forma, como sendo um conjunto de ações e medidas de efetivação e preservação da ordem social.

O direito penal do inimigo é utilizado como mola mestra para legitimar esta situação, atuando na seara dos processos de criminalização, neocriminalização e do expansionismo penal desordenado, conhecido como elefantíase.

No entanto, nos tempos atuais, “com a pós-modernidade tudo começa a diluir-se”. Nota-se, lamentavelmente, o mesmo no plano criminal, uma perigosa tendência de descodificação dos textos legais, à mercê da inflacionária pulverização da tecelagem jurídica (elefantíase), fruto de exigências sociais de combate à criminalidade a qualquer preço, intensificadas pela alta visibilidade imediata dos crimes violentos (*predatory crimes*), a resultar na proliferação desenfreada de uma legislação avulsa e de emergência, pondo em risco o princípio da unidade do direito.

A hipertrofia legislativa, ímbolo da sociedade pós-industrial, no Brasil é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descritivo das leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade organizada (MORAES, 2009, p. 239-240).

Oportuno citar um clássico exemplo de Política Criminal de Emergência na legislação pátria, contido na Lei nº 8.072/90, onhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Está amparada, inegavelmente, na ideia de direito penal do inimigo, que por sua vez reforça o endurecimento penal, e provoca o aumento de tempo no encarceramento.

Destarte, faz-se mister a análise da problemática da própria conceituação do que venham a ser crimes hediondos. Para Guilherme Nucci, o critério de classificação poderia ser tido como enumerativo, judicial subjetivo ou delimitado pelo legislador. (NUCCI, 2006, p. 295)

O critério enumerativo foi veemente utilizado pelo legislador sem, todavia, mencionar os fundamentos da sua escolha, apenas foram elencadas as figuras penais, os chamados crimes hediondos e, posteriormente, as suas penas foram majoradas. A Lei dos Crimes Hediondos não traz definição do que venha a ser considerado como hediondos para efeitos legais.

Estes tipos penais já foram tipificados pelo Código Penal brasileiro como, por exemplo, os crimes de homicídio, estupro, extorsão mediante sequestro. Pode concluir que os tipos penais dessa lei foram rotulados como hediondos, ou seja, não houve qualquer modificação quanto aos tipos penais e, por essa razão, faz parte da chamada legislação penal simbólica.

Acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos da referida Lei, um deles diz respeito à impossibilidade de progressão de regime, consoante ao art.2º, § 1º da Lei supracitada. No entanto, o Superior Tribunal Federal, ao analisar o HC nº 82.959-7, em sede de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo em tela, concedendo inclusive efeito *erga omnes* e vinculantes.

A matéria também foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, através de seu Plenário, que firmou o seguinte entendimento: “Processo penal. Agravo regimental. Recurso especial. Ministério Público. Crime Hediondo. Progressão de regime. Possibilidade.”(Agravo regimental a que se nega provimento” (grifo nosso). (STJ, Sexta Turma, AGRESP 617054/RS, Relator Ministro Paulo Medina, j. em 31.05.2005, DJ de 01.08.2005, p. 586).

Tendo sido recepcionado pela Constituição da República, o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, negado ao condenado por crime hediondo, gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização.

Ante ao exposto, percebe-se a inadequação e a ruptura da racionalidade harmônica do ordenamento jurídico, no que tange a questões tão significativas, como a progressão de regime.

Outro ponto crucial que se propõe analisar é quanto ao aumento de pena dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Este, não obstante a sua natureza gravosa, teve suas penas equivalentes à pena de homicídio simples, cujo tempo mínimo de encarceramento mínimo é de seis anos. Segundo Nucci, há, neste caso, uma flagrante violação ao princípio constitucional da proporcionalidade (2006, p. 388).

Esta referência é apenas histórica, pois as atuais reformas penais aboliram a diferença entre o crime de estupro e atentado violento ao pudor. Hodiernamente, restou apenas o crime de estupro, sem que haja qualquer diferença entre atos libidinosos e a conjunção carnal.

Ainda sobre a Lei nº 8070/90, no que concerne à liberdade provisória, não se pode legitimar a idéia de que quem for preso em flagrante pela prática de crime hediondo, tenha o seu direito à liberdade tolhida e de que, pelo mesmo fato, não for preso em flagrante,

permaneça em liberdade para responder ao processo, caso não haja prisão preventiva decretada.

Nesta senda, verifica-se um equívoco por parte do art.2º, II ou do art 312 do Código de Processo Penal, o qual não estabelece a prisão preventiva, não fazendo a previsão desse instituto para todos os acusados pela prática de crimes hediondos, e demonstra mais uma vez, as incoerências previstas nessa lei.

Estes são alguns dos aspectos analisados, que comprovam a necessidade de melhor estruturação e esmero do nosso legislador pátrio na produção legislativa, para que as arestas do poder punitivo estejam bem definidas e em conformidade com o que reza o sistema normativo pátrio.

Outro caso decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao Estatuto do Desarmamento Lei n º 10. 826/2003, muito polêmico e que causou comoção nacional. Ele também é oriundo do pacote de combate à criminalidade, passível de Ação Direita de Constitucionalidade, ADI 3112 / DF, e teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, no dia 2 de Maio de 2007, no Tribunal Pleno que decidiu, pela inconstitucionalidade dos arts. 14, 15 e 21, como informa parte da decisão abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE

IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (...).

Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003³⁷.

Os exemplos propostos traduzem o espírito do direito penal do inimigo, reforçando a idéia da máxima criminalização e do aumento inequívoco da tutela penal, muitas vezes desnecessária, por já estarem sendo tutelados pelo próprio Código Penal.

Na verdade, verifica-se que apresentando uma resposta simbólica e desproporcional a Lei de Crimes Hediondos compromete a racionalidade do sistema normativo e constitui uma

³⁷ Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 15 de Set. de 2007.

grande odisséia na árdua tarefa da aplicação da lei penal, no que tange à sua integração e interpretação, no campo da dogmática penal.

Diante deste quadro de política criminal de emergência apresentado, e de sua visível incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, haja vista os problemas elencados e os paradoxos estabelecidos, resta a questão: como compatibilizar o crescimento exponencial da criminalidade, com eficiência e garantismo penal?

2.2 O expansionismo e o simbolismo penal como consequência da política criminal de emergência

A vida em sociedade tem um caráter restritivo que visa à organização e a manutenção do corpo social em níveis harmônicos de convivência e, para isso, a liberdade do indivíduo é constantemente limitada pelo Direito, pelo controle social, e pelas normas de cunho ético e moral. Dentre todos estes meios de controle, destaca-se o Direito, e particularmente o Direito Penal, como expressão máxima do poder punitivo do Estado e a possibilidade de o indivíduo perder a sua liberdade, caso tenha sido alcançado pela Lei penal.

Sendo a liberdade um bem supremo inerente à condição do ser humano, deve-se ter o esmero necessário para a instituição de normas incriminadoras. O Direito Penal e Processual Penal deverá apenas atuar, realizando suas funções em casos estritos, com esteio no princípio da legalidade, com observância aos direitos humanos e às garantias individuais.

A sociedade pós-moderna assevera Anthony Giddens GIDDENS (1991, p. 10) tem sofrido uma espécie de processo de descontinuidade, a seguir:

Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes. Tanto em sua extensibilidade quanto em sua intensionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes.

A dinâmica social da vida moderna foi modificada intensamente através do surgimento da sociedade da informação e do consumo, este processo de adaptação social tem como consequência primária os processos de descontinuidade da modernidade, por essa razão, “[...] serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intensionais, elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana” (GIDDENS, 19991, p. 11).

A globalização acarreta novas exigências na forma em que a sociedade gerencia o risco e, principalmente, como esta desenvolve sua política criminal.

As tendências universalizantes deste fenômeno criam perigos também universalizados independentes dos locais em que estes riscos tenham sido produzidos. Por esse motivo, as intervenções políticas, econômicas e culturais são cada vez mais uniformizadas como pôde ser visto na primeira parte deste trabalho.

No entanto, é preciso identificar que ao mesmo tempo o moderno e o tradicional coexistem, pois estabelecem entre si relações de continuidade. Este embasamento sociológico auferido por Giddens é de sobre modo importante, uma vez que restou demonstrado que as intervenções político-criminais que circundam a contemporaneidade não romperam com as velhas tradições autoritárias, ao revés, procura fundamentar e legitimar na sociedade pós-industrial modelos de exclusão social.

Ao analisar o fenômeno da globalização na sociedade pós-moderna, Sánchez, observa que os processos de incriminação são cada vez mais frequentes e vem assumindo uma feição meramente simbólica, ou seja, sua função seria apenas retórica, sem qualquer razoável aplicabilidade e, portanto, não teria nenhum valor prático.

Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto, difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil (SANCHEZ, 1992, p. 16).

Ulrich Beck define a sociedade atual como sendo a sociedade do risco. De sorte que esta exterioriza os perigos que ela mesma criou para si, através do progresso. Por conseguinte, o sentimento de insegurança aumenta proporcionalmente com o avanço dos novos riscos.

A crise do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), as catástrofes ecológicas, a escassez de recursos naturais, as crises econômicas, as instabilidades dos sistemas políticos, os conflitos étnicos, acarretam o sentimento de insegurança. Assim a pós-modernidade caracteriza-se pela produção e distribuição desses mesmos riscos (1991,p. 25). Anteriormente, a lógica da modernidade operava-se da seguinte forma, havia o conflito entre os possuidores de riquezas e os não possuidores, o que por sua vez, culminaria na luta de classe. Já na sociedade pós-moderna o conflito gera situações de perigo. (BEIRAS, 2005, p. 227).

A pluralidade, a urgência e a existência desses novos riscos comprometem a racionalidade social e científica. Desta feita, depreende-se que os riscos passam a assumir uma feição sociopolítica (BEIRAS, 2005, p. 228).

O sistema de justiça penal também se insere neste contexto de crise e, por essa razão, necessita solucionar os problemas inerentes à sociedade do risco através da chamada racionalidade econômica que, na verdade, constitui-se por intermédio de técnicas de *manage*. Este novo paradigma político-criminal assimilados pela maioria dos países ocidentais, também é conhecida como *actuarialismo*, a saber:

El actuarismo no es únicamente la tecnología des gestión de la delincuencia en el marco de la <sociedade del riesgo> sino que es una nueva racionalidad penal fruto del auge del neoconservadorismo o de la nueva derecha en los países occidentales sobre todo en los anglosajones (BEIRAS, 2005, p. 233).

Neste contexto, percebe-se que a política criminal passa a ter uma nova orientação através da ideia de regulamentação e gestão. O recurso imediato a ser utilizado pelo poder público é, sem dúvida, a produção legislativa. O rigor penal, através do aumento de penas privativas de liberdade, a instituição de figuras penais novas e a reforma de tipos já existentes desencadeará o fenômeno denominado expansionismo penal.

Na maioria dos casos, o avanço das leis penais está calcado no campo prévio, ou seja, volta-se para o estado prévio à lesão de bem jurídico e estabelece penas desproporcionais de cunho autoritário.

De um modo geral, podem-se apontar três consequências da política criminal contemporânea: o direito penal simbólico e o expansionismo penal que acarretará o punitivismo, bem como ofensa aos direitos humanos.

Nesse diapasão, Meliá afirma que “o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal.” (2007, p.5)

No que concerne à realidade brasileira, assevera Alexandre Moraes que a hipertrofia legislativa é símbolo da sociedade pós-industrial. (2009, p. 239), dessa forma tem-se como exemplos da expansão do direito penal pátrio a Lei 6.368, de 21.10.1976, já alterada pela Lei 11.343, de 23.08.2006, que dispõe acerca do tráfico e uso de substâncias entorpecentes.

A Lei 7.565, de 19.12.1986, atualmente é regulamentada pelo decreto presidencial 5.144, de 16.07.2004, essa lei é conhecida como “lei do abate”. Ela autoriza o abate de aeronaves por suspeita de narcotráfico, da mesma forma, possibilita o afundamento de embarcações em mar territorial brasileiro. Esta lei exterioriza toda a filosofia política típica do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 8.072, de 25.07.1990, bem como a Lei 9.804, de 30.06.1999 e a Lei 10.409.2002, disciplina o crime organizado. A Lei 7.492, de 16.06., que define os crimes

contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências; a Lei 8.137.12.1990 que trata dos crimes contra ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências; já em 11.09.1990, institui o Código de defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078.1990, e no ano seguinte, em 8.02.1991, edita a Lei 8.176, que define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.

Lei 8.072, de 25.07.1990, conhecida como lei de crimes hediondos. Foi alterada pela Lei 9.695.

A Lei 10.455, de 26.09.1995, alterada pela Lei 9.303.1996 e pela Lei 10.217, de 11.04.2001, que versa acerca da utilização de meios operacionais para repressão e prevenção das atividades praticadas por organizações criminosas. Vale ressaltar que esta lei sequer define o que venha a ser uma organização criminosa. Autoriza, também, a infiltração de agente policiais com o fito de obter provas durante investigações.

Neste mesmo compasso, a Lei 9.099, de 26.09.1995 que dispõe os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, alterada pela Lei 10.455, de 13.05.2002 e, posteriormente, pela Lei 10.259, de 12.07.2001, que estabelece a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

A Lei 9.605, de 12.02.1998, que prevê sanções penais e administrativas para atos lesivos ao meio ambiente, que foi alterada pela Lei 9.985, de 18.07.2000.

Por fim, a Lei 10.826, de 22.12.2003, que disciplina o Estatuto do desarmamento.

Estes foram apenas alguns exemplos de como o direito penal brasileiro tem reafirmado a tendência do expansionismo penal do direito penal do inimigo e do positivismo.

Na atualidade, em meio ao já elencado e definido estado de emergência para efeitos de delimitação da problemática que se segue, percebe-se que a sociedade requer ações punitivistas do Estado, voltadas à realização da paz social e consolidação da segurança. Bem este tão caro e relevante para a sociedade em tempos de crise.

Para cumprir este papel, recorre-se aos processos de criminalização primária³⁸, como uma alternativa mais econômica e que gera uma projeção eleitoral relevante, em vez de modificar as estruturas sociais estratificadas pelas desigualdades sociais enraizadas pelas políticas coloniais, café com leite, currais eleitorais e pela não alternância do poder, isto referente ao caso brasileiro.

³⁸ Segundo Zaffaroni (2005, p. 23), a criminalização primária diz respeito à elaboração de leis penais incriminadoras ou que estabelecem uma punição pelo poder legislativo. Criminalização secundária é a ação punitiva exercida pelas agências formais de controle no âmbito da persecução penal e processual.

Opta-se, então, pela edição de leis penais. Outro fator expressivo é o da complexidade nas relações jurídicas, que também contribui para a intensificação desses processos, relacionados ao simbolismo penal, fazendo ressurgir o aludido positivismo. Conforme observa Manuel Cadencio, “o positivismo constitui a linhagem do Direito Penal do inimigo. (GÜNTER, 2007, p. 57).

A mudança no paradigma penal tem provocado o fenômeno chamado puntivismo, na verdade caracteriza-se pela intervenção exarcebada *jus puniendi* do Estado e, por conseguinte, “Las políticas penales han comenzado, pues, a dejar de ser guardianes de los Derechos Humanos, como límite controlado a la potestad punitiva del Estado” (CASTRO, 2009, p. 50).

Nos crimes contra a ordem tributária, apresenta-se como um exemplo pertinente ao expansionismo penal, com o advento da Lei 9.430/96, em seu art. 83, que diz:

A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente

Não haverá crime, sem que o crédito tributário passe a ser exigível. Enquanto houver incertezas sobre a constituição do crédito, não se pode falar em crime tributário, restando apenas uma conduta atípica. Não obstante a previsão de persecução penal, o STF vem entendendo que, a qualquer tempo, o pagamento poderá ser feito e terá o condão de extinguir a punibilidade pela instituição da Lei nº 10.684/2003, que diz:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (HARADA, 2005, p. 120).

De acordo com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, conforme versa o art. 5º, XL, da Constituição Federal, bem como o parágrafo único do art. 2º do Código Penal, há vedação constitucional da prisão por dívida, por força do Pacto São José da Costa Rica. Assim, foi estabelecido no HC 85.048-RS, que determinou a suspensão da execução penal, com base no exposto (HARADA, 2005, p 124).

Depreende-se que a incriminação foi utilizada, neste caso, para arrecadação, e não para tutelar bem jurídico específico, haja vista a possibilidade de o pagamento elidir a prosperidade da ação penal.

Busca-se legitimar um direito penal do inimigo, como forma de intimidação e pressão, para que o contribuinte, com a espada de Dámocles, em sua cabeça, efetue o pagamento devido. Tratando-se do direito penal do terror e da constante ameaça, instrumento de opressão desconectado da função penal legítima, assumindo proporções expansivas, antagônicas e irracionais a lume, o prognóstico de José Eduardo Faria, a esse respeito: “corrosivo processo inflacionário terminaria conduzindo à anulação de todo sistema jurídico e, principalmente, de sua unidade dogmática (FARIA, 2005, p. 125).

2.3 A cultura do medo e o papel da mídia na construção de novas exigências político-criminais de emergência

O sentimento de incerteza advinda da análise multifatorial dos riscos na contemporaneidade tem contribuído para a formação generalizada do sentimento de insegurança. Essa tendência vem sendo reafirmada desde a crise do *Welfare State*, as crises do pós-guerra, a guerra fria, dentre outros eventos de repercussões mundiais.

A ingerência da cultura do risco é, na verdade, o reflexo do processo de fragmentação das relações econômicas e sociais. O fenômeno da globalização constantemente possibilita a inserção do risco como um fator preponderante das novas relações.

Com efeito, o sentimento de insegurança traduzido pela idéia de risco, destoa à concepção natural do homem, pois estes elementos produzem o sentimento inato de medo. O medo é um sentimento, um estado espírito, que não pode ser explicado objetivamente, ele está situado no campo sensorial das emoções humanas. Esse mesmo medo pode produzir efeitos com resultados antagônicos. É natural que o ser humano sinta medo, o medo funciona como mecanismo de proteção e reação, no entanto o medo hiperdramatizado pode gerar problemas e distúrbios emocionais graves, inclusive patologias.

Para Michael Foucault, o medo também funciona como um elemento estrutural importante no processo de dominação e pode segregar, subjugar e manipular comportamentos específicos (FOUCAULT, 1979,p. 123).

O recurso ao medo do crime é um instrumento presente nos discursos institucionais.

Em sociedades diferenciadas, varias instituciones están dediadas a eliminar o al menos disminuir los riesgos, inseguridades y peligros societales a partir de las fuerzas armadas, la policía, hasta los hospitales o tribunales. A pesar de estos procesos de una diferenciación, siempre hay un *discurso general* sobre el clima de la inseguridad/seguridad en que viven los miembros de la sociedad (KERNIC, 2008, p.73).

Os meios de comunicação ocupam uma posição privilegiada na sociedade da informação. É através dessas instâncias que a percepção do crime e o sentimento de insegurança vão sendo emoldurados. A construção da realidade social vai se modificando na medida em que esses atores sociais modificam a percepção e a compreensão da coletividade. Esse processo ocorre, através da razão comunicativa no exercício diário da massificação da comunicação e na reprodução diária de uma política da insegurança, o medo de acabar sendo vítima de um crime brutal. Essa reprodução intensa modifica o senso imaginário do coletivo. A construção de uma realidade social vai sendo transmitida de forma distorcida das sensações subjetivas dos perigos reais.

A apropriação do discurso dos hipervitimizados produz o sentimento de desordem social, e por sua vez, influi diretamente no tratamento da criminalidade e do controle social de uma maneira geral. Por essa razão, a coerência desses discursos deve ser clarificada através de um pensamento crítico e racionalizante que se possam evitar as dicotomias aparentes como o Bem e o Mal.

Contudo não se pode olvidar dos discursos políticos. Estes utilizam a problemática da plataforma política, como estratégia de campanhas ou até mesmo propagandas governamentais. Não se discute que a segurança pública está elencada como um direito, pois, sem segurança, não se pode exercer a plenitude de direitos e garantias individuais, dispostos na Magna Carta. É bem verdade que essa é uma questão antiga, e que sempre volta à tona justamente pela atualidade do problema. Segurança pública não consiste em um programa prático e efetivo de política criminal. Faz-se necessária uma revolução cultural, cingida no aumento de oportunidades e inclusão social.

Segundo Díez Ripollés, ao grupo de pressão da mídia, é considerado um agente social importante, uma vez que tem o poder de influenciar na primeira etapa, ou seja, na divulgação do desajuste social; podem interferir no conteúdo da opinião pública, e dessa forma, condicionar a percepção da realidade, através da hiperdramatização do medo.³⁹

³⁹ Cf. Para Paulo Bonavides, o grupo de pressão se define em verdade pelo exercício de influência sobre o poder político para obtenção eventual de uma determinada medida de governo que lhe favoreça os interesses. Já os grupos de interesses podem existir organizados e ativos sem com tudo exercerem a pressão política exercerem a ressonância política, sendo assim se diferenciam dos grupos de interesse, po este é gênero daquele. (2000, p. 356).

O sentimento generalizado de insegurança colabora para a formação de construções sociais irreais, a saber: La inseguridad les permite a los medios reafirmar su papel de constructores de imaginarios sociales y constituye una de las principales instancias de reproducción de discursos mayores. (CERBINO, 2007, p. 88).

Com efeito, a mídia consequentemente impulsiona a intensificação dos procesos de criminalização primária, pois passa a requerer dos órgãos públicos maior rigidez normativa.

A ânsia por resultados imediatos compromete a racionalidade das leis penais. Um exemplo claro é o *three strikes and you're out*, será abordado neste trabalho.⁴⁰

No Brasil, os processos de criação das leis penais também seguem essa tendência, a exemplo, pode-se citar a Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Ela é mais conhecida como Lei de Crimes Hediondos, atualmente tem sido alvo de muitos debates, tendo em vista a não observância de níveis mínimos de racionalidade normativa. Na parte seguinte desse trabalho, abordar-se-á essa questão com maior profundidade.

No dizer de Adamo e Beaudoux, “Los medios no sólo fuerzan la atención hacia determinadas cuestiones, construyen imágenes del mundo político y proponen los objetos acerca de los cuales el público debe pensar,” (ADAMO; BEAUDOUX, 2007, p. 19), por essa razão, a mídia tem um papel relevante na concretização da política criminal de emergência.⁴¹

Com referência ao pensamento de Mauro Cerbino (2007, p. 88) que diz:

El discurso de la inseguridad entre cuyos elementos principales consta la sensación de amenaza, deprecariedad y vulnerabilidad para sujetos y colectividades— encuentra en los medios de comunicación un terreno fértil, una caja de resonancia fundamental, debido precisamente a la concepción con la que se ha pensado el trabajo periodístico.

⁴⁰ Cf. Segundo Díez Ripollés (2005, p.25), a preocupação com o fenômeno delitivo está diretamente ligada ao que se pode chamar de *punitivité subjective*. A *punitivité subjective* expressa o grau de intervenção penal que uma sociedade julga necessário. Ela é extremamente relevante, pois estabelece parâmetros político-criminais no imaginário social. Essas opiniões valorativas correspondem à fase pré-legislativa.

⁴¹ Cf. O papel seletivo da mídia corrobora para a disfunção na percepção dos fenômenos da realidade, conforme Adamo e Beaudoux (2007, p. 20), La consecuencia del proceso selectivo que tiene lugar en los medios cuando eligen sus temarios es que la opinión pública considera a dichos problemas como los más relevantes, mucho más que otros que han sido menos tratados.

Com base no pensamento de Hannah Arendt (2005, p. 198), percebe-se que a vontade é vista como uma faculdade humana, distinta e separada, segue-se ao juízo, isto é, à cognição do objetivo certo, e comanda então a sua execução. Sendo assim, pode-se concluir que a mídia além de ter o poder de selecionar sua agenda, preconiza padrões e objetivos elegendo categorias como bem e mal, estereótipos, oferecendo uma maior visibilidade aos aportes teóricos do *labelling approach*. A seleção dessas categorias estabelecerá os rumos das medidas de política criminal, tendo em vista que a mídia participa intensamente da etapa pré-legislativa.

A vulnerabilidade do universo coletivo é passível de manipulação pelas instancias formais de controle e, em especial, pela mídia.⁴²

Face ao exposto, não se quer deslegitimar o papel da mídia, contudo busca-se uma reflexão crítica dos discursos reproduzidos pela cultura do medo, e até que ponto eles repercutem de modo positivo nas escolhas político-criminais.

2.4 Os movimentos de política criminal na contemporaneidade: Law and Order

A busca pela eficiência no combate à criminalidade vem modificando intensamente o paradigma da política criminal, antes norteador pelas concepções liberais. A presente política criminal tem sido influenciada pela opinião pública e pelo processo vitimização da sociedade, em razão do medo do crime. Essa conjuntura, aliada ao conservadorismo político, deu origem ao movimento de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*).

Para melhor compreensão deste fenômeno político-criminal, faz-se necessário em um primeiro momento, recorrer às teorias que definem o conceito de ordem pública.

A primeira concepção de ordem pública nos remete à ideia de limite. É por-tanto, uma técnica de intervenção na órbita particular do cidadão e, está intimamente ligada ao Estado de Polícia (VALMAYOR, 1989, p. 11).

Esta ordem pode auferir expressão mitológica, divina ou jurídica, pela imposição de um ordenamento. As leis têm o condão de estabelecer um imperativo, um dever que exprime determinado comportamento, perfazendo-se como forma de controle social, à medida que influencia diretamente a vida. As leis podem ser de cunho natural, impostas pela própria exigência humana, um dado posto e não construído; leis de caráter absoluto e que não admitem qualquer forma de renúncia, e de leis que fazem parte do mundo construído, ou seja, oriundas de uma criação humana, resultado dos fenômenos sociais conjugados pelos costumes, fatores históricos que modificam intensamente a forma como o homem enxerga o mundo, e cria ciências humanas e, particularmente, o Direito. As leis corporificam, pois, o ordenamento jurídico e conferem validade e eficácia ao seu teor normativo, ou seja, sua força estará sempre albergada pela ideia de governo de mando. A atividade política, no exercício do poder, sempre esteve ligada aos processos de elaboração de leis. As leis são elementos

⁴² Cf. No Brasil, a questão da vulnerabilidade é tratada sob a perspectiva de gênero. A Lei nº 1.340 de Agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha confere uma proteção diferenciada a mulher vítima de crime. Tramita atualmente, o projeto de lei nº 122/2006 que criminaliza a homofobia.

constantemente mutáveis; elas se adaptam à tradição política adotada, em um determinado tempo e espaço.

O monarca tinha o poder absoluto, o que conferia legitimidade para elaborar leis. Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, faz uma abordagem sobre a lei do ponto de vista positivo, vinculando-as ao fenômeno político no exercício do poder. Estabelece que este exercício seria dividido em três poderes: Executivo, Judiciário e o Legislativo.

As leis devem procurar traduzir o sentido real dos anseios de seu povo. Neste sentido o filósofo francês afirma: “É preciso que as leis tendam a promover, tanto quanto puderem um espírito de moderação (MONTERQUIEU, 2002, p. 27).

A Política Criminal de Emergência toma como parâmetro, situações fáticas isoladas e de grande repercussão social, as quais formalizaram movimentos político-criminais, como o Lei e Ordem, também conhecido como neorealismo de direita.

Surgido na década de 80, nos Estados Unidos, na Alemanha e na Inglaterra, com o intuito de reafirmar manobras políticas, este movimento é regido pela idéia de prevenção negativa, ou seja, coíbe-se o delito antes que ocorra. Com esta finalidade, recorre, inelutavelmente, a um constante estado de alerta, pautado pela cultura do medo, sendo a classe trabalhadora a mais atingida e, não obstante, assolada pelos meios de comunicação, de um papel fundamental na construção de um modelo visual e conceitual do crime, com as constantes exposições de crimes bárbaros. Cresce assim, o sentimento de insegurança e o anseio por uma intervenção do Estado, como um agente fomentador de políticas criminais mais repressivas e com penas mais duras, dissociadas do espírito de moderação, ocasionando, na maioria das vezes, a ruptura da racionalidade das leis penais, bem como de sua relação de proporcionalidade.

A política criminal de Emergência é típica de Estados totalitários nos moldes do Leviathan, os quais preconizam a redução de garantias fundamentais, de legislações emergenciais em face de um Estado máximo. Acerca da política criminal nesses Estados, prima-se pela utópica concepção de guerra ao crime, e de que é possível o banimento total da criminalidade, contrariando a visão sociológica de Durkheim, de que o crime faz parte da sociedade e de seu desenvolvimento, fazendo-se mister a sua existência como fator de transformação social. O que toca ao Estado de Direito é justamente a manutenção de níveis toleráveis de criminalidade, devidamente controlada pelo estado de polícia, inerente aos Estados Democráticos de Direito.

O movimento Lei e Ordem ganhou força com a política do “tolerância zero”, iniciada pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que tinha como base a instituição de um

direito penal máximo e simbólico, o aumento do efetivo policial, as criminalizações de condutas de pequeno e médio potencial ofensivo, como por exemplo, a proibição da permanência de grupos em logradouros públicos após determinado horário, sujar ou pichar a via pública, mendicância, devendo o indivíduo ser preso por estes atos. “Estamos decididos a reparar as janelas quebradas”, [i.e., as mínimas marcas da desordem] e a impedir quem quer que seja de quebrá-las novamente” (WACQUANT, 2004, p. 79). esta é uma das frases vinculadas durante a campanha estratégica de William Bratton, chefe da polícia estadunidense.

O entendimento era de que a permanência em locais públicos fora de determinado horário estimularia a formação de gangues. Legitima-se, dessa forma, um intervencionismo desenfreado, subjugando a sociedade à cultura do medo. A política do “Tolerância Zero”, (*Zero tolerance*) é: “una forma de prevención através del castigo severo de infracciones de escasa relevancia, no dejando pasar, por así decirlo, ni una, atajando el mal em sus orígenes, antes de que éste llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad”.(HASSEMER; MUÑOZ, 2001, p. 330)

A teoria da “janela quebrada” (*broken-windows theory*), criada por Wilson e Kelling, em um artigo publicado na *Atlantic Monthly* em 1992 que consiste em uma linguagem metafórica segundo a qual uma casa que tenha as janelas quebradas para o exterior induz mais à ação delitativa do que uma casa que esteja intacta, ou seja, a ideia de prevenção está calcada no combate à criminalidade do *life styles crimes* apregoa:

[...] o combate à criminalidade de rua, sob o pretexto de que prender ladrões de ovos permite frear, ou mesmo simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei (WACQUANT, 2004, p. 331).

Esta teoria teve grande aceitação, principalmente com o apoio político dos conservadores, muito embora, em um Estado Democrático de Direito, haja visível incompatibilidade dessa teoria, pela violação dos princípios da proporcionalidade e intervenção mínima: “há sido siempre considerado una reacción desproporcionada y un gasto inútil que, tanto a medio, como a largo plazo, produce más daño que beneficio” (WACQUANT, 2004, p. 330).

Wacquant (2004, p. 332) ao analisar o pensamento de Wesley Skogan, afirma que os fatores desencadeadores da criminalidade constituem-se na pobreza e na segregação racial. Sendo as formas mais eficazes de combate o crescimento econômico, geração de empregos e inclusão social dos excluídos.

Um caso emblemático de como estes movimentos político-criminais afetam a produção e aplicação das leis penais, ocasionando um abismo irreconciliável entre o sistema penal e a própria função do direito penal, pode ser encontrado na Califórnia, com a criação da lei “na terceira você está perdido” (*three strikes and you’re out*). Esta lei não obedece aos critérios mínimos de racionalidade, tendo em vista que foi criada por um fotógrafo, pai de uma vítima de assassinato que estabeleceu o seguinte: no cometimento de um terceiro crime (*felony*), qualquer um deverá ser condenado com uma pena de 25 anos, sem possibilidade de liberdade provisória antes que sejam cumpridos 80% dos 25 anos. O cometimento de um segundo delito automaticamente duplicaria a pena imposta, para tal, não sendo necessária que haja violência da conduta praticada, bastando apenas que o delito seja considerado grave (RIPOLLÉS, 2005, p. 27). Este é apenas um dos inúmeros exemplos de vitimização que esculpe no ambiente da sociedade, o terror generalizado e o sentimento de vingança institucionalizada.

Ao que se tem visto, a política do “tolerância zero” não logrou êxito em relação às mais expressivas formas de criminalidade, atuando apenas sobre “a ponta do *iceberg*” e abaixando as cifras de pequenas formas de criminalidade, a exemplo do furto; contudo, a médio e longo prazo, nem estas cifras foram reduzidas. A falta de um plano voltado ao combate da macrocriminalidade como lavagem de dinheiro, crime organizado, narcotráfico e criminalidade econômica ficou esquecida, o que resultou em um fortalecimento desses poderes paralelos, bem como no aumento da população carcerária.

2.5 O abolicionismo penal como estratégia de política criminal radical

É possível constatar que atualmente, o número de pessoas encarceradas no mundo ocidental cresce assustadoramente. Este fenômeno afirma a tendência de política criminal advinda do movimento *Law and Order*. Segundo Lucia Re (2006, p. 5), este movimento é marcado pela “[...] l’adozione di politiche penali severe e un crescente ricorso alla detenzione.”

O rigor punitivo dessa orientação político-criminal de cariz conservadora, tem como consequênciaprimária a hiperinflação e superpopulação carcerária, o que por sua vez, tem agravado ainda mais a crise do sistema penitenciário na Europa, Estados Unidos, em especial na América Latina.

Certa feita, pode-se afirmar a emergênciado “welfare penitenciario”, voltado para neutralização e estigmatização do condenado. Estes são apenas alguns problemas estruturais acerca do cárcere. Além disso, faz-se mister, lembrar que o sistema carcerário de um modo geral, é seletivo. A seletividade atinge principalmente, as camadas mais pobres da sociedade, as minorias étnicas e estrangeiros.

Ao analisar fato Loïc Wacquant chega a afirmar o seguinte: A pobreza dessas famílias anômalas é percebida como “virus” cuja transmissão na impossibilidade de ser sustada, deven ser circunscrita, a manifestação de desonra indelével e contagiosa de si, um inimigo estrangeiro ao qual se declara “ guerra.” (2007, p. 150-151) Esta referência, feita em relação a situação das mães soleiras e pobres dos Estados Unidos. O discurso acima, reforça o moralismo típico do conservadorismo político que, na realidade, vê o problema da desigualdade social como um problema criminal.

No que tange à criminalização do pobre teor seletivo do cárcere pode ser evidenciado que o “novo complexo institucional formado pelos remanescentes do gueto negro e pelo aparelho carcerário, ao qual o gueto veio a se ligar por meio de uma estreita relação de simbiose estrutural e suplencia funcional.” (2007, p. 333)

A outra crítica que se faz ao sistema prisional é quanto a violação do principio da dignidade da pessoa humana. Haja vista, as reais condições estruturais em que se encontram os cárceres sobretudo no Brasil. A superlotação, os constantes abusos e as sessões de torturas entre os próprios apenas e, em outros casos, praticadas pelo próprios agentes.

Primeiramente, não é possível afirmar se o abolicionismo penal é um movimento ou opção política. As suas bases não são muito definidas o que, por sua vez, dificulta seu estudo científico.

O abolicionismo penal tem origen escandinava e surgiu em meados dos anos 60 e 70 e, inicialmente, defendia o fim do sistema carcerário. Posteriormente, passou a cogitar o fim do sistema penal.

O paradigma penal do abolicionismo pauta-se na ideia de que o fenômeno criminal é um problema social e, portanto, deve ser solucionado.

As principais críticas que os defensores do abolicionistas sustentam é que o direito penal vê o ser humano alcançado pela lei penal como um inimigo, atribuiu estigma ao condenado, causa problemas sociais, e impõem valores negativos a todos os que são destinatários e defendem a legitimidade da pena e do sistema penal, ambos deforma ilegítima, irracional e desumana de punição.

Hulsman, um dos maiores representantes do abolicionismo penal, acredita que o conflito entre autor e vítima deverá ser resolvido através de mecanismo de compensação, em clara referência à lei civil.

Com base no mesmo autor, tem-se as seguintes críticas ao sistema penal; a influência de mídia na produção de estereótipos punitivos sempre reforçando as construções voluntaristas no imaginário senso comum da sociedade, a criação de categorias como bom e mau.

Ademais, tem-se o problema das cifras negras. Elas são infrações penais não atingidas pela persecução criminal do Estado.

2.6 A política criminal brasileira e os movimentos de política criminal na atualidade

O marco da contemporaneidade se traduz justamente pela ausência de paradigmas fixos, uma vez que os valores da sociedade cosmoplita encontram-se sempre em constante movimento.

O fracasso do Estado de providência vem desencadeando o regresso às políticas de controle social repressivas. Este entendimento é corroborado pela recente tendência da política criminal no contexto internacional e no âmbito regional do espaço comum europeu. Este novo paradigma político-criminal tem como consequência luta contra o terrorismo e no processo de estigmatização aos imigrantes. Ela é conhecida como política criminal de emergência. O estado de emergência é o fator que justifica e legitima o uso do direito penal de terceira velocidade, ou seja, na sua forma mais endurecida.

No Brasil a política criminal segue esta mesma tendência, a saber, carece de uma orientação político-criminal coerente, harmônica e garantista do sistema penal e, por essa razão, tem possibilitado o surgimento de intervenções penais e autoritárias podendo se falar na existência de um neautoritarismo presente no ordenamento jurídico-brasileiro.

Os comandos garantistas têm a função de limitar as intervenções penais e, por isso, ratificam a formação de uma cultura de valorização dos direitos da pessoa humana. A sua observância é fundamental para o Estado democrático de direito.

Os princípios basilares do direito penal também são informadores da política criminal, que por sua vez, deverá sempre observá-los.

As políticas criminais brasileira dividem-se em duas perspectivas: a primeira é voltada para a maximização do uso do direito no combate à criminalidade organizada e no tratamento do direito penal tributário.

Por outro lado, o estado brasileiro tem apresentado importantes avanços na construção de uma política criminal humanista. Ou seja, que contempla os aportes do direito penal mínimo no que toca aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, bem como ativamente tem apontado para alguns processos de reforma penal, no intuito de descriminalizar alguns tipos penais, por motivos de política criminal.

A seguir esboça-se-á de modo mais aprofundando estas duas vertentes da política criminal brasileira.

Hodiernamente no Brasil, pode-se afirmar a ingerência de dois movimentos de política criminal. O modelo que permite a expansão do direito penal, ou seja, os movimentos de neocriminalização e endurecimento penal, bem como o movimento minimalista. Este por sua vez, compreende o direito penal como sendo um instrumento de *ultima ratio*.

Este dois modelos de política criminal, na realidade são produzidos a partir da ausência de parâmetros político-criminais estáveis.

O alargamento penal é uma tendência advinda de países com orientação autoritária e, por essa razão, é considerado como sendo um retrocesso nas democracias ocidentais.

Ademais, sob o pretexto de combater a criminalidade, estabelecem-se no seio social medidas estigmatizantes e excludentes. Essas medidas geram graves violações aos direitos humanos.

Na análise do discurso penal reside outra problemática no que toca à racionalidade das leis penais. As leis penais compreendem um sistema normativo, e por este motivo, necessitam manter coerência e harmonia, sob pena de comprometer todo o sistema.

2.7 A crise de racionalidade das leis penais no Direito Penal brasileiro como consequência da política criminal de emergência

O conceito de racionalidade será considerado sob uma perspectiva legislativa e jurisdicional. Entende-se que a legislação deve auferir um nível de racionalidade para a salvaguarda do próprio sistema normativo, muito embora se saiba que esta racionalidade fica comprometida ou pouco evidente nos processos massificados de criminalização primária, como também está subjugada a categorias eleitas discricionariamente pelo legislador. Com

vistas ao resgate desta racionalidade perdida ou pouco evidente, a atividade jurisdicional tem a função primordial, em suas decisões e na jurisprudência, de buscar, efetivamente, este valor não alcançado ou comprometido, sob pena de não se poder fazer cumprir a finalidade da lei e sob o risco de prejuízo ao jurisdicionado.

José Ripollés (2005, p. 115), ao citar os ensinamentos de Habermas afirma que a legitimidade da lei pauta-se na racionalidade do processo legislativo que a originou, perfazendo-se em um discurso político-jurídico lastreado por valores ético-sociais, o que impede a realização de um processo racionalmente puro. Pode-se afirmar que, do ponto de vista jurisdicional, as decisões racionais são todas aquelas vinculadas à realidade social, fruto de uma construção lógica, formal e argumentativa.

Ferrajoli desenvolveu uma racionalidade notoriamente negativa, embasada nos valores éticos, erigidos em conformidade com a orientação política do Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto a elevação dos valores expressos pelos Direitos Fundamentais, pelo garantismo e minimalismo penal.

Em face ao exposto, não se podem desvincular os movimentos de política criminal do juízo de racionalidade, devido à importância prática de resultado, deste movimento, isto é, a sua eficiência e funcionalidade. Eterno parece o conflito entre eficiência e garantismo. A teoria efficientista tende a uma ética de resultados, atuando, principalmente no que toca aos problemas das instâncias formais de controle, como o Poder Judiciário, como a morosidade processual, visando desafogar o já sobrecarregado órgão jurisdicional, para que o processo seja célere, e não se configure como a pena principal. O princípio da celeridade, da eficiência tem sede constitucional calcada no art. 37 determinando uma gama de outros princípios como norte a ser seguido no exercício da Administração Pública. A resposta penal “eficientista”, estabelece uma correlação entre a celeridade e funcionalidade, em detrimento de garantias processuais e substanciais, da criação de conceitos jurídicos indeterminados, de poderes discricionários amplos, desembocando em um modelo de política criminal de caráter totalitário.

Alessandro Baratta (2004, p.112) considera que “eficientismo” e “funcionalismo” designam formas de perversão hoje difusas na Europa e América, ou seja, em países cujas Constituições contêm princípios do Estado Social de Direito e do direito penal liberal. O “eficientismo” penal constitui uma nova forma de “direito penal de emergência”, degeneração que tem acompanhado sempre a vida do direito penal moderno.

O “eficientismo” implementa um aparato mecanicista de cunho normativo e vazio de sentido cognitivo, apenas endurecendo o sistema penal através de respostas cada vez mais

duras e desproporcionais. Com isso, gera verdadeiras incongruências no sistema penal, típicas de uma política criminal antigarantista.

A liberdade e pacificação da sociedade exigem certos esforços, e um destes esforços concretiza-se através da satisfação do garantismo penal como um instrumento defensivo não apenas para o acusado, mas também para a vítima, funcionando como limite à intervenção estatal. Essa tensão dialética deve ser interpretada não como obstáculo à ação efetiva do Estado, mas como baliza ordenadora de todo o sistema penal que, ontologicamente, precisa auferir níveis de racionalidade e tutela de direitos e garantias fundamentais.

Conceber uma política criminal com níveis aceitáveis de racionalidade implica necessariamente em um estudo empírico, multidisciplinar e jurídico-formal, reforçando, assim, a dogmática penal.

Além dos elementos norteadores advindos do Estado Democrático de Direito e sua observância aos Direitos Humanos, calcados no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, enxerga-se o Direito Penal como sendo de *ultima ratio*, auxiliado pelo princípio da proporcionalidade, fundamental para conferir um sentido racional e prático na seara penal, processual penal, bem como em todo o ordenamento jurídico.

Para René Descartes, o homem é um animal guiado pela razão “penso, logo existo”, o que permite distinguir o falso do verdadeiro, utilizando, para isso, a dúvida metódica. Duvida-se para se extrair a primeira certeza, formando, assim, uma espécie de desconstrução que, esteticamente, auxiliada por um método matemático de encadeamento racional, como a evidência, a análise, a síntese e o desmembramento os quais fornecerão os elementos argumentativos para a percepção e compreensão dos fenômenos da natureza, e que se conectam aos axiomas ontológicos.

Destarte, procura-se um racionalismo teleológico envolto em proposições político-criminais que conjuguem a realidade social à realidade do sistema penal sob uma análise dogmática.

Aristóteles, na *Ética a Nicômaco* (2002, p. 107), pondera que a lei pode ser vista como a medida do justo, e sua violação como o injusto.

[...] lei é constituída por aqueles que são prescritos tendo em vista a virtude considerada como um todo. De fato, a lei nos manda praticar as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício, e o que tende a produzir a virtude como um todo são aqueles atos prescritos pela lei visando à educação para o bem comum.

Ao analisar a República de Platão, Aristóteles destaca que “o legislador, quando faz suas leis, deve ter os olhos voltados para duas coisas: o país e os homens” (PLATÃO, 2004, p. 49) A lei estaria albergada em uma ordenação racional que, por derivação, é natural, e que só posteriormente é humanizada junto ao positivismo jurídico nas codificações, culminante na formação do constitucionalismo e nas constituições provenientes do mundo da cultura.

Para Cícero, a finalidade da política reserva-se ao bem do povo, sendo este bem alcançado por intermédio da materialização de leis justas (LEITE, 2006, p. 47).

De acordo com Kant, a convivência entre os homens está fundamentada em uma lei universal que, por sua vez, garante a liberdade de todos considerando-se o homem como um fim em si mesmo (LEITE, 2006, p.78).

As produções legislativas motivam todo o complexo normativo na medida em que conferem existência às leis, reproduzindo os anseios da sociedade; no entanto, nem sempre isto acontece. Devido a sua relevância, carecem de um estudo ostensivo e sistêmico, para além do mundo das crenças, por intermédio de critérios científico-tecnocráticos, constitucionais e democráticos.

[...] o Direito seria, nas sociedades complexas, a fonte primordial de integração social, que estaria em condições, através de um incremento notável da racionalidade do mundo da vida, de evitar a tendência expansiva dos sistemas funcionais e de intervir mediante sua legitimação e institucionalização na estrutura social [...] (LEITE, 2006, p. 118).

As legislações emergenciais estabelecem um verdadeiro paradigma de irracionalidade e incoerência, infiltrado na ordem do Estado Democrático de Direito e produzindo um fruto que não deveria ser seu.

Custa-se muito a acreditar em sua eficiência e benefício pelas razões já esposadas neste trabalho. Antes, culminam em situações paradoxais particularizadas e de relevância temática, como, por exemplo, no direito penal de autor.

A racionalidade ética também pode desembocar em um problemático substrato de cunho polêmico e insidioso na produção legiferante, ao instituir valores desprovidos de pertinência constitucional, racionalidade, coerência lógica e pautados em uma razão ética duvidosa.

Não se pretende desvincular o teor ético-social que a norma confere à realidade social a que se destina regular, mas apenas indica um norte, sedimentado nos elementos já mencionados.

PARTE III

OS AVANÇOS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL E HUMANISTA

3 A Constituição de 1988 como fundamento da política criminal brasileira

A constituição é o instrumento regulador e marco político. Dessa forma, estabelece critérios valorativos de cariz programática. Ela não contém em seu bojo um programa prescritivo de como deve ser a política criminal, caso contrário a Carta Política perderia o seu caráter programático e geral, apenas dispõe linhas diretivas à política criminal.

É preciso ressaltar que a constituição é vista atualmente como marco progressivo em constante mutação evolutiva, auferindo teor dinâmico e não estático. A ferramenta de interpretação constitucional possibilita a renovação e contemporaneidade do texto constitucional o que, por sua vez, possibilita ao interprete uma melhor adaptação do texto constitucional e a própria dinâmica da realidade social.

Ademais, o texto constitucional abre espaço para as opções e escolhas político-criminais, através de políticas públicas no campo da segurança pública no âmbito federativo, bem como aos Estados membros. Aos Estados-membros é reservada esta prerrogativa em razão do princípio da simetria constitucional. Aos municípios, também é permitido entabular medidas locais que sejam destinadas ao combate à criminalidade. Pode-se citar, por exemplo, o programa de policiamento comunitário entre outras medidas.

A Magna Carta tem a função de consagrar diretrizes mais específicas no que tange ao Direito Penal, uma vez que, este limita direitos e garantias individuais. As garantias funcionam como marco da própria formação do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, as intervenções penais deverão estar sempre amparadas pelo texto constitucional, caso contrário, as intervenções serão consideradas inconstitucionais.

As intervenções penais segregam o direito à liberdade, por excelência, constitui como um dos direitos fundamentais mais relevantes, ademais retira o indivíduo do convívio social e familiar.

Segundo Canotilho (2008, p. 118), os direitos fundamentais concebe-se como um sistema complexo normativo de hierarquia superior no conjunto do sistema jurídico em geral e do sistema jurídico-constitucional em particular

O legislador deve extrair do texto constitucional a identificação de bens jurídicos necessários para a sociedade. Qualquer intervenção desnecessária deverá ser vista como uma violação aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A Constituição, portanto, é considerada como o vetor que canaliza todas as forças normativas e prescritivas das intervenções penais necessárias.

Na verdade, importa dizer que nem sempre uma violação a bem juridicamente protegido deverá desencadear a ingerência do Direito Penal, através do processo de criminalização primária, ao revés deverá ser realizada uma análise minuciosa no que diz respeito à necessidade da tutela penal (PASCHOAL, 2003, p. 51).

Com base no entendimento de Diéz Ripollés (1998, p. 24):

[...] se puede sostener que la Política criminal y el Derecho penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos.

O que se quer afirmar é que não poderá haver qualquer processo de criminalização que viole à Constituição, de igual forma, as prescrições político-criminais. Elas devem estar em conformidade ao conteúdo normativo constitucional. Muito embora, não significa dizer que as prescrições político-criminais só existam em âmbito constitucional, elas devem ratificar o espírito contido na norma constitucional. Na verdade, o que não é aceitável são as prescrições que violem à Constituição, portanto, tem-se o caráter negativo das limitações constitucionais para as categorias e opções político-criminais e as intervenções penais.

Na parte anterior deste trabalho, abordou-se sobre os modelos de política criminal autoritários restou demonstrado que, o modelo político na realidade, determina as opções e categorias político-criminais de determinado Estado. As opções político-criminais guardam relação de coerência entre o modelo político e o programa de política criminal a ser desenvolvido. Por essa razão, não se concebe um Estado Democrático de Direito desenvolva no seu âmago um programa autoritário de política criminal. A grande crise da sociedade contemporânea é desencadeada justamente pela ausência dessa regra de coerência entre o programa de política criminal adotado e a orientação política determinada pelo Estado.

Nesse sentido, as normas penais expressam, inegavelmente, um dado modelo político-criminal, ou, mais exatamente, vários modelos políticos (liberais, conservadores etc.). Falar de direito penal é falar, assim, de um modelo político normatizado que, em razão das múltiplas possibilidades de interpretação e mudança do contexto sócio-cultural, jamais será um modelo

estático, mas dinâmico sempre, em permanente transformação. (QUEIROZ, 2007, [s.p])⁴³

O novo autoritarismo na América Latina, as políticas criminais de emergência, e o expansionismo penal, corroboram a crise das maiores democracias no mundo ocidental.

O cerne da questão reside justamente nesse ponto, e por isso, os esteios constitucionais são fundamentais para orientar as proposições político-criminais, a fim de que se possa evitar a ruptura do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

O resgate dessa relação de coerência é fundamental para a construção de um modelo de política criminal realmente efetivo e exitoso. A crise dessa relação de coerência, por sua vez, confunde-se com a própria crise de racionalidade das leis penais.

Com efeito, uma política criminal bem orientada a partir de um modelo racional não escapa ao princípio da dignidade da pessoa, bem como todos os aportes teóricos e práticos voltados para a proteção dos direitos humanos.

Eduardo Faria aponta para uma teoria das funções sociais do direito, ressaltando a necessidade de implementação de políticas públicas que instrumentalizem de modo efetivo as diretrizes constitucionais⁴⁴.

Nas constituições contemporâneas, como é sabido, essa proteção costuma ser inseparável de suas garantias. No entanto, se é certo que tais garantias são, conceitualmente, orientações programáticas e limitações normativas impostas à discricionariedade do poder público. [...] Em termos operacionais e processuais, portanto, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais pelo texto constitucionais dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais (FARIA, 2005, p. 98).

Outro ponto relevante diz respeito ao conflito entre as constituições nacionais e o constitucionalismo global. Com o advento da pós-modernidade, surge também a crise do constitucionalismo.

⁴³QUEIROZ, Paulo. **É realmente possível distinguir Direito Penal de Política Criminal?** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 22 de Mar.de 2009.

⁴⁴Cf. A crise da racionalidade das leis penais tem sido corroborada pelas intervenções penais simbólicas. Acerca do simbolismo, tem-se o pensamento de Pierre Bourdieu que diz: This proposition confuses the symbolic structure, the law properly so called, with the social system which produces it. To the extent that it presents under a new name the old formalist theory of the juridical system transforming itself according to its own laws, systems theory provides an ideal framework for the formal and abstract representation of the juridical system (1998, p. 816). A questão do simbolismo vem afetando toda a estrutura do sistema penal, principalmente no campo das políticas públicas destinadas ao combate de violações aos direitos humanos, bem como a sua proteção. No decorrer desta última parte, abordar-se-á com mais profundidade esta questão.

A crise do constitucionalismo reside não só na questão do normativismo-constitucional, mas também na dualidade do discurso moral, principalmente na questão dos direitos fundamentais e nos direitos humanos. Cada vez mais países têm incorporado em seu sistema regras de Direito Internacional, esta tendência vem apontando para a insurgência de um direito constitucional global.

O Direito Internacional ampara a questão dos direitos humanos através de instrumentos de natureza do *Soft Law*, já o direito interno consagrado pelo constitucionalismo é regrado pelo *Hard Law*.

3.1 Os princípios penais constitucionais

Segundo Rogério Greco (2009, p. 47), os princípios são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo.

Em outra concepção a etimologia da palavra princípio remete ao sentido de começo, início, ou seja, aquilo que impulsiona a criação de alguma coisa, neste caso os princípios originam o complexo normativo sistemático do ordenamento jurídico.

Os princípios também auferem um papel relevante no que tange à interpretação e integração do sistema normativo.⁴⁵ No arrimo de Ana Maria Tôrres (2004, p. 31) os princípios definem e caracterizam o estado e a cidadania. Definem a forma de estado, a sua estrutura, seu regime político, forma de governo e a organização política em geral.

Neste esteio, os princípios informam a ordem constitucional e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico, através de seu conteúdo expresso ou implícito no texto normativo, dessa forma, depreende-se que os princípios devem ser observados, independente de estarem positivados ou não, por essa razão contemporaneamente acredita-se no caráter pós-positivista dos princípios.

Conforme assevera Paulo Bonavides (1998, p. 237) “[...] acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”⁴⁶

⁴⁵ Cf. Claudia Forero (2002/20023, p.172), ao analisar as disposições da Constituição colombiana afirma que: es que los principios generales del derecho, cumplen en este caso de la aplicación de la ley una función de interpretación e integración del derecho.

⁴⁶Cf. Corroborando o pensamento de Paulo Bonavides Claudia Forero assevera: “[...] los principios como normas implícita o explícitamente positivas, para la cual debemos comprender que aquí por

Assevera Ana Maria Tôrres (2004, p. 35), que os princípios “[...] exprimem sentido relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.”

De acordo com a doutrina pós-positivista de Robert Alexy (1993, p.81), é necessário distinguir os princípios e as regras, pois esta distinção:

[...] constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

Na ocorrência de colisão entre princípios e no conflito de regras aplicáveis ao caso concreto, evidencia-se com mais força esta distinção, pois quando há colisão entre dois ou mais princípios deverá prevalecer o de maior carga valorativa. No conflito entre regras devem ser utilizadas regras gerais de direito como por exemplo: *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.⁴⁷

Dessa forma, os conflitos entre regras são resolvidos a partir do prisma da validade. Os princípios pelo aspecto de sua carga axiológica.

[...] os princípios são relativamente gerais, quando não referidos às possibilidades do mundo real e normativo; quando referidos a este, se chega a um sistema de regras diferenciado. Eles podem ser derivados de uma tradição de normatização detalhada e de decisões judiciais, que são expressão de concepções difundidas de como deve ser o direito. (TÔRRES, 2004, p. 38)

Conforme foi abordado no tópico anterior, o texto constitucional é considerado como fonte de todo o sistema jurídico e, por sua vez, disciplina os comandos normativos através da força imperativa dos princípios e regras ali contidos.

Na ótica de Eduardo Cavalcanti (2005, p. 282), os princípios emitem comandos vinculantes de normatividade. “Destarte torna-se clara a normatividade fundamental dos princípios, os quais passam a reger a atividade do legislador infraconstitucional, impossibilitando que as normas sejam inseridas no ordenamento jurídico quando com eles colidirem.” Com efeito, os princípios penais constitucionais são demasiadamente

positividad entendemos el atributo especial por el cual ciertas normas son promulgadas por autoridad y dotadas de coercibilidad.” (2002/2003. p.173).

⁴⁷ Cf. O próprio Alexy tece uma crítica a esta teoria da colisão, pois nos casos em que se está diante de um superprincípio comportaria a modificação do conceito de princípios. Como exemplo de superprincípio pode-se citar o princípio da dignidade da pessoa humana.

importantes, pois estabelecem parâmetros para a atividade criminalizadora do legislador, bem como impõem limites ao *jus puniendi*.

A fim de manter a racionalidade ética das leis penais devem ser observados os princípios fundamentais estruturantes do Direito Penal, em sua amplitude garantista advinda do próprio texto constitucional, como também oriundos do seu subsistema, através dos princípios de proteção, que tem a função de impor limites de responsabilidade; ela será exigida no limite da responsabilidade e, por último, os princípios de sanção. Este sempre amparado pelo princípio da dignidade da pessoa e pela humanidade das penas. Ambos os princípios são necessário para orientar à atividade punitiva do estado (RIPOLLÉS, 2005, p. 145).

Os princípios penais constitucionais “[...] se qualificam como princípios limitadores do *jus puniendi*, e que teriam a função de introduzir uma série de cautelas nas conclusões às quais se pode chegar com raciocínio orientado exclusivamente aos fins da pena.” (RIPOLLÉS, 2005, p. 123)⁴⁸

Por outro lado, faz-se mister, ter em mira que os princípios podem determinar o conteúdo da tutela penal e, ainda, o seu direcionamento os processos de criminalização, ou seja, na definição de condutas e comportamentos passíveis de tutela penal. Esta noção corrobora a ideia de preservação da ordem jurídica.

Com vistas à racionalidade das leis penais e não só aos fins da pena, tem-se com o complexo normativo e princípio lógico devem conjuntamente apontar para uma direção minimalista direito penal como forma de salvaguardar a própria racionalidade do sistema penal em sua plenitude e, assim, conformando performaticamente os esteios constitucionais de *ultima ratio* a partir de uma interpretação implícita dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade, lesividade, insignificância e da responsabilidade.

No dizer de Maura Roberti, com base na Constituição de 1988, não é mais possível amparar constitucionalmente diretrizes político-criminais de máxima intervenção penal, aos moldes do atual direito penal moderno, isto é calcado nas ideias

⁴⁸ Cf. No arrimo de Conde citado por Ripollés, acredita-se que a norma penal teria duas funções, uma protetiva e outra motivadora, no entanto a função protetiva só é cumprida desde que satisfaça a função motivadora, ela é responsável por determinar os comportamentos por intermédio do uso da ameaça da pena. Neste esteio, destaca-se o perigo em que pode incorrer o poder estatal quando se utiliza de meios repressivos severos, o que sem dúvida pode ocasionar prejuízo às liberdades individuais. (2005, p. 123)

de direito penal do inimigo, expansionismo penal, inerente aos modelos de política criminal autoritários do Séc. XX.

Segundo os dispositivos constitucionais o modelo de política criminal compatível e o da intervenção mínima. É através da interpretação dos princípios implícitos que se pode chegar a esta conclusão.

É, neste sentido, que a política criminal brasileira da Constituição de 1988 deverá apontar, bem como o direito penal brasileiro.

Neste trabalho, são abordados apenas alguns destes princípios necessários para informar a ordem principiológica do direito penal mínimo, considerados como opções de política criminal que satisfazem os níveis de racionalidade normativa, bem como se apresentam como uma alternativa compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito, estabelecidos pela Constituição de 1988, em observância estrita aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada como fundamento de toda a ordem jurídica brasileira.

3.2 O princípio da legalidade

A origem do princípio da legalidade é muito diversificada. Néelson Hungria aponta o seu surgimento na Inglaterra e o seu escopo estaria pautado no princípio da reserva legal. (HUNGRIA, 1955, p. 31) Em que pese este entendimento, o que se observa é que, na Magna Carta inglesa identifica-se a origem do *rule of law*.⁴⁹

É certo que o princípio da legalidade surge com a evolução do pensamento iluminista fruto do Séc. VIII, no entanto existem alguns precedentes anteriores à revolução burguesa.

Pontificou Montesquie em seu livro *Espírito das Leis* no capítulo III de 1748, a seguinte afirmativa: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder” (MONTESQUIE, 2001, p. 74). Neste contexto, adverte o referido autor que a margem de liberdade do cidadão estará sempre amparada nas

⁴⁹ Cf. O dicionário jurídico Oxford define *o rule of law* como: The supremacy of law. 2. A feature attributed to the UK constitution by Professor Dicey (Law of the Constitution, 1885). It embodied three concepts: the absolute predominance of regular law, so that government has no arbitrary authority over citizen; the equal subjection of all (including officials) the ordinary law administered by the ordinary courts; and the fact that the citizen’s personal freedoms are formulated and protected by ordinary law rather than by abstract constitutional declarations. (MARTIN, 2003, p. 441)

prescrições permissivas da norma. Dessa forma, pode-se dizer que o que não é proibido é permitido.

Endossando este entendimento o art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988 consagra o princípio da legalidade. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Da mesma forma ratifica o legislador infraconstitucional no art. 1º do Código Penal brasileiro.

Assevera Rogério Greco que “Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado” (2009, p. 123). Aqui o mencionado autor alerta o perigo que pode incorrer o legislador quando fica restrito a mera legalidade. Esta postura culminou com uma das maiores atrocidades sustentadas por um Estado de Direito, o holocausto. A esterilização de seres humanos, a proibição de práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, entre arianos e judeus e outros meios de neutralização da pessoa humana praticados com arrimo do princípio da legalidade através das leis empreendidas pelo Estado Nacional Socialista-Alemão de orientação nazista, conforme já restou demonstrado na primeira parte deste trabalho.

O legislador deverá, “[...] outrossim, verificar o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal” (GRECO, 2009, p.123). Desta forma, as leis sobre o pretexto da legalidade estrita não poderá violar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao revés deverá conter disposições prescritivas que venham tutelá-lo.

Juan Carlos Carbonell Mateu (1999, p. 110-111) destaca a dupla função do princípio da legalidade, a saber:

[...] em principio de legalidad continua eejcerndo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantia de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas.

Este princípio se traduz como uma garantia do cidadão contra o poder punitivo do Estado e subdivide-se em mais quatro princípios: *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali e nulla poena legalis sine crimine*. Esta articulação advém do pensador Feuerbach, cristalizada no seu tratado publicado em 1801.

Ferrajoli elaborou um postulado do princípio da legalidade a partir do seu conteúdo material que pode ser visto da seguinte forma: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen nulla poena*

sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa. Posteriormente, este postulado será abordado no tópico pertinente ao garantismo penal ainda nesta parte.

3.3 O princípio da proporcionalidade como fundamento harmônico do sistema penal

Partindo da idéia de virtude, descrita em Aristóteles como sendo um meio termo, a noção de justiça distributiva estabelecida pela razão geométrica, afirmada, é reafirmada por Dante Alighieri como sendo: “Direito uma proporção real do homem” (REZEK, 2004, p. 16), ou seja, a noção de proporção está contida no próprio ente humano. Encontra-se, portanto, subsídios para a construção do princípio da proporcionalidade, o qual teve sua intensa aplicação na afirmação dos direitos humanos.

Em nosso ordenamento jurídico, não há uma previsão expressa do princípio da proporcionalidade, a exemplo do que ocorre na Alemanha.

Segundo Chade Rezek Neto (2004, p. 24), o princípio da proporcionalidade é “[...] o princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira idéia de Direito.”

Além de uma função hierarquizadora, assume um sentido integrativo e interpretativo evidente na solução de conflitos. O caráter harmonizador é fruto de uma construção hermenêutica orientadora dos conflitos, para a manutenção e compatibilização do sistema normativo albergado na idéia de balança.

Pode-se evidenciar também o reflexo da proibição do excesso contido neste princípio, haja vista a possibilidade do controle de constitucionalidade nos casos em que for verificada a ausência do aludido princípio. Constitui-se em uma ferramenta importante para o jurista na condução do Direito e para o controle efetivo do Poder Público.

Ao examinar a problemática da legislação de emergência, oriunda de uma política irracional também dita emergencial, o princípio da proporcionalidade assume um importante papel de controle e de harmonização, tanto no aspecto preventivo, devendo estar localizado nos processos legislativos, bem como durante a vigência da lei. Entretanto, verificou-se a inobservância deste princípio nos casos abordados, carentes de racionalidade e pertinência, a afrontar o Estado Democrático de Direito e os valores a

que se destina. Esta relação de antinomia desemboca em uma espécie de maçã podre, e corre o risco de contaminar as bases legítimas do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, pela observância lastreada deste princípio em todas as fases do processo legislativo, seguido dos elementos de racionalidade na composição de uma Política Criminal Racional, que ele validará e confirmará o caráter harmônico do sistema normativo desde sua formação até sua aplicação e, neste caso, no âmbito da Lei Penal e também da lei Processual Penal.

3.4 O princípio da intervenção mínima

A ideia de limitar o *jus puniendi* do Estado sempre foi uma preocupação entre os pensadores políticos com John Locke, Montesquieu e Beccaria. A intervenção do Estado através das leis penais é algo inquietante, uma vez que elas têm o poder de limitar liberdade individual. Dessa forma, adverte John Locke que a intervenção do Estado é cabível apenas para assegurar proteção de bens como a liberdade, a vida, e a propriedade privada. Este pensamento reside nas ideias do liberalismo.

Montesquieu (2001, p. 134) aponta a ineficiência do direito penal, uma vez que afirma ser melhor educar do que punir.

Foi em Beccaria (2001, p. 12) que se encontra o arcabouço do direito penal mínimo condicionado aos direitos humanos por intermédio do princípio da humanidade *depenas*. Em seus escritos é possível evidenciar o desejo de abolição da prisão como pena.

O Conselho da Europa em 1980 passou a ser utilizado como um princípio do direito penal, sobretudo no que concerne aos processos de descriminalização na Europa continental.

No Brasil, o princípio da intervenção mínima não está explícito no texto constitucional, mas pode ser facilmente identificado a partir de uma interpretação sistemática dos demais princípios constitucionais, bem como em razão das diretrizes democráticas esculpidas na Magna Carta.

Em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar categoricamente que os limites do poder punitivo estão adstritos à sua real necessidade.

A lume desta afirmação corrobora Maura Roberti (2001, p. 68) quando assevera:

[...] a disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite do necessário, estendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como perigosa para a harmonia da sociedade, sendo a Intervenção Mínima do Estado do Direito Penal inerente ao Estado Democrático de Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) prevê no seu artigo XXIX, o seguinte:

No exercício dos seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.⁵⁰

No plano internacional em 1990, as Nações Unidas emitiram a resolução 45/110. Esta resolução versa acerca das regras mínimas para as medidas privativas de liberdade. Também ficou amplamente conhecido com “As regras de Tóquio”.

A resolução tem como objetivo emitir diretrizes que visem à salvaguarda dos direitos dos delinquentes, das vítimas, bem como fomentar a participação da sociedade civil no combate à criminalidade, sobretudo tem o fito de estabelecer *standards* mínimos para aplicação da pena privativa de prisão, enfatizando o seu caráter de *ultima ratio*, ou seja, como último recurso. “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima” (ONU, 1990)

A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas⁵¹

⁵⁰ **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Disponível em:<<http://www.un.org>> Acesso em 20 de Jan de 2009.

⁵¹ **Resolução n.º45/110 da ONU** que fixou as regras mínimas para as medidas privativas de liberdade. Disponível em:<<http://www.un.org>> Acesso em 20 de Jan de 2009.

Neste documento está disciplinado o princípio da intervenção mínima, a seguir “Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.” (ONU,1990) Com efeito, a resolução vem corroborando a implementação do direito penal mínimo, a saber “ La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido” (ONU,1990).

Por fim, tem-se a recomendação da substituição das penas privativa. “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla” (ONU,1990).

Esta resolução ratifica expressamente o respeito aos direitos humana, na medida em que estabelece standards mínimo para a aplicação da pena privativa de liberdade: “[...] deberá ser aplicada conhumanidad y respeto por la dignidad del ser humano” (ONU,199).

Interessante perceber que desde os anos 90 a ONU vem sinalizando a opção de política criminal minimalista, em uma frente oposição ao modelo de expansionismo penal ao modelo de direito penal do inimigo, bem como ao movimento *Law and Order*, ambos já mencionados na parte anterior deste trabalho. Destarte, não existem fundamentos que assegurem a política criminal de emergência na sociedade internacional e, em especial no Brasil.

A adoção desta política criminal utilitarista foge à concepção de interpretação sistemática dos princípios que informam a ordem do Estado Democrático de Direito, ademais não comporta inclusive o subsistema penal, este devendo ser visto como o espelho das aspirações do texto constitucional e, por essa razão, jamais poderia legitimar a política criminal de emergência no seu ordenamento jurídico.

Assim, pode-se, perceber que o princípio da intervenção mínima é o núcleo verdadeiro que deve nortear todas as disposições do poder punitivo estatal e condicionará, inclusive a atividade jurisdicional do julgador quando da aplicação da lei penal no caso concreto, a fim de proteger os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Neste caso, destacamos o papel político criminal do julgador.

Dessa forma, Maura Roberti (2001, p. 73) afirma que o princípio da intervenção mínima:

[...] está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração das leis penais, servindo, num primeiro momento, como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação de condutas, e, num, segundo momento, justamente com o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas, cominar a sanção pertinente.

Com efeito, depreende-se, face ao exposto, que no texto constitucional não existe a obrigatoriedade em criminalizar condutas. Neste mesmo sentido assinada Janaína Paschoal (2003, p. 88):

A presunção de que a Constituição obriga à criminalização, além de não coadunar com os princípios informadores do Direito Penal Mínimo, atenta contra os princípios básicos do próprio Estado Democrático de Direito, quais sejam o da divisão dos poderes e o da legalidade.

Destarte, tem-se o princípio da intervenção mínima como sendo o núcleo fundamental para orientar e otimizar as diretrizes de uma política criminal racional que contemple os direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e que observe prescrições do Estado Democrático de Direito, a fim de que as posturas autoritárias do atual direito penal moderno sejam efetivamente banidas e o regresso ao modelo de direito penal clássico, imbuído de todas as suas garantias fundamentais possa se sobrepor à política criminal de emergência.

3.5 O princípio da subsidiariedade

No dizer de Rogério Greco (2009, p. 73), “A criação da figura típica encontra-se limitada pelo princípio da intervenção mínima, considerando um dos princípios fundamentais do Direito Penal do Equilíbrio”. Por essa razão inegavelmente o Estado deverá encontrar outros mecanismos para a reclusão de conflitos que não a lei penal.

Dessa forma, percebe-se que outros ramos do direito podem tutelar bens jurídicos, sem que tenha haja sobre carga na esfera penal.

Nos casos em que as lesões não apresentam um alto grau ofensivo, indica-se o instituto da reparação visando à composição. Para isso, tem-se como aporte o Direito Administrativo e Civil.

Assinala Eduardo Cavalcanti (2005, p. 309) que a natureza subsidiária do Direito penal quando afirma que “somente deve ser utilizado após a comprovação de que as sanções dos outros ramos do Direito não possuem mais eficácia na manutenção da ordem jurídica.”

Face ao exposto, o princípio da subsidiariedade é tido como a *ultima ratio* do direito penal. Com base neste entendimento, pode-se legitimar os processos de descriminalização de alguns tipos penais de perigo abstrato, contra a economia popular e contra a ordem tributária. Na parte anterior deste trabalho foi feita uma análise crítica acerca do uso do direito penal como meio de coerção para arrecadar tributos, típico do expansionismo penal. Até mesmo porque as penalidades administrativas já seriam suficientes.

O expansionismo penal viola o princípio constitucional da subsidiariedade, bem como banaliza a força do direito penal devido ao seu uso contínuo e desnecessário.

3.6 O princípio da lesividade e da insignificância

O Direito tem a função precípua de ordenar a vida em social através de suas técnicas de controle, em particular o Direito Penal. Ele representa o poder máximo do Estado sobre a esfera das liberdades individuais, por essa razão, as intervenções penais e os processos de incriminação devem ser realizados com observância do princípio da lesividade.

O princípio da lesividade funciona como o principal vetor na consecução da política criminal, pois as ingerências penais são legítimas e plenamente justificadas quando a conduta causa danos à coletividade, ou seja, socialmente danosas.

Corroborando este entendimento Rogério Greco (2009, p. 78) afirma:

O primeiro raciocínio a ser produzido quando o legislador quiser criar uma figura típica será o de, efetivamente, auferir a importância do bem jurídico que irá merecer a atenção do Direito Penal. Se o bem goza desse *status*, ou seja, se é importante a ponto de merecer a proteção do Direito Penal

Com base neste princípio, pode-se chegar à seguinte conclusão: o alcance do Direito Penal só é cabível quando a conduta danosa atingir terceiro ou a própria

coletividade, por força do *nulla lex poenalis sine injuria*. Em face do exposto, não é possível criminalizar a automutilação, pois não afeta a orbita alheia.

Na atualidade, as figurais penais dos crimes de perigo abstrato têm-se multiplicado no ordenamento jurídico pátrio, em flagrante desrespeito ao princípio da lesividade.

Assevera Pierpaolo Bottini (2007, p. 86), ao se referir à atual sociedade do risco e às ingerências do direito penal de expansão que:

Neste contexto, o direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos.

Percebe-se que, neste caso, o que prevalece é o juízo de probabilidade. Não houve qualquer lesão ao bem. Na Alemanha este modelo de incriminação prévia é chamada de *Vorfeldkriminalisierung*.

Pode-se citar um exemplo prático deste modelo de antecipação da tutela penal em âmbito prévio, o Estatuto do Desarmamento, que estabelece pena de 2 a 4 anos para o porte de munição e de arma não municada.⁵²

Art.14 Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

⁵²Cf. A jurisprudência, inclusive já vem seguindo este entendimento. A seguir o julgado que assim decidiu: O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. **Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime). (Apelação Crime Nº 70011545696, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 08/06/2005).** Disponível em: <http://www2.tjrs.jus.br>. Acesso em 21 de Abr. de 2009.

Com efeito, a parte geral do Código Penal, no art. 14, por sua vez, observa o princípio da lesividade quando estipula a tentativa, pois apenas exige o início da execução mas, sobretudo, não há punição para a simples cogitação (*cogitationis poenam nemo partitur*). Os atos preparatórios também não são punidos.

O princípio da lesividade é, sobretudo, importante, pois possibilita ao legislador ponderar acerca da relevância da conduta a ser tipificada e, se esta extrapola a esfera pessoal do agente causando danos à coletividade ou a terceiros.

Outro princípio fundamental para a consecução de uma política criminal racional, fundada no direito penal mínimo é o da insignificância. A sua origem ocorre na proeminência da Primeira Guerra Mundial.

Na Alemanha, este princípio é chamado de *Bagatelldelikte* (criminalidade de bagatela). Em virtude das necessidades e privações próprias da guerra, houve o aumento de crimes patrimoniais e econômicos nesse período na Europa.

Este princípio tem a função de afastar da incidência penal os tipos que não auferem um dano relevante, ou seja, são de pequena expressão. Por outro lado, também exerce uma importante função hermenêutica.

[...] o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação, afim de que o exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato. (GRECO, 2009, p. 86).

É bem verdade que este princípio tem o seu espectro de aplicação bastante reduzido, sendo apenas aplicável em alguns casos. Nos crimes de médio e grave potencial ofensivo, não se cogita a sua aplicação. Assim, o interprete da lei penal deverá a adequação performática do comportamento do agente, mas sempre com os olhos fitos no grau de relevância do bem lesionado.

Nos casos em que o princípio da insignificância é aplicado, percebe-se que a conduta analisada é vista sob a ótica da atipicidade.

3.7 O princípio da responsabilidade

Quando ocorre o ilícito, faz-se necessário, responsabilizar as pessoas que lhe deram causa. Para José Ripollés (2005, p. 156) “Este princípio busca assegurar que só se exija a responsabilidade por condutas externas e concretas.”

Também é conhecido como princípio da pessoalidade ou irranscendência da pena, com assento no texto constitucional e constitui-se como uma garantia individual. Art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

No entanto, nem sempre foi assim. Alguns relatos históricos demonstram que até as famílias eram atingidas. No Brasil, pode-se citar o caso de Tiradentes. Os seus filhos e netos também foram declarados infames (GRECO, 2009, p. 105).

Em uma análise crítica, pode-se concluir que a pena transcende a pessoa do condenado e atinge parentes, familiares e amigos. Pois os efeitos da pena não são meramente formais. Os aspectos emocionais, morais e econômicos são evidentes e inquestionáveis.

Os casos, em que fica mais evidente a transcendência da pena, é quando a pena, diz respeito às sanções pecuniárias. Pois ela pode atingir o herdeiro, o descendente. O art. 43, I do Código Penal traz esta previsão.

Portanto, este princípio não é absoluto, mas ratifica o entendimento de que não é possível que alguém cumpra uma pena privativa de liberdade no lugar de outrem. Neste sentido, o princípio assume uma feição absoluta.

3.8 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como o fundamento que legitima o próprio Estado Democrático de Direito, através do cânone que revela a superioridade de sentido a que se destina proteger. Inerente à pessoa em sua qualidade humana, desdobra-se em várias vertentes no intuito de garantir a própria existência humana, pode-se ainda visualizá-lo como meio e fim da promoção do homem como ser e dever ser. Está contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art.

1º, onde se lê: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (ONU, 1945).⁵³

Segundo uma análise crítica, os homens não nascem em condições iguais, mas nascem iguais em dignidade. Por esta razão e qualidade, tornam-se humanos em seu sentido literalmente construído, seja pelo pensamento tomista de igualdade perante Deus, na idéia de que o homem é a imagem e semelhança do Criador, e por isso deve ter sua dignidade preservada, revestida de um direito natural, ou seja, por um lado, culturalmente estabelecido como um elo de afirmação imbuído do direito de resistência positivamente garantido pelo consenso. Tenta-se definir e estabelecer a natureza deste princípio que se origina inegavelmente de um dado apriorístico de caráter metafísico.

É importante destacar, a esse respeito, a relevância deste princípio dentro do ordenamento jurídico, uma vez que ele não admite relativização, assumindo uma feição absoluta, o que, em uma escala de valores, o coloca em primazia de posição e sentido.

De conteúdo abstrato, embora expressivo e significativo, o princípio da dignidade humana vem ganhando notoriedade nas outras esferas de direitos, em todas as suas dimensões, estando presente como princípio informador de utilidade hermenêutica e como parâmetro para a aplicação de leis nos casos concretos, “é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos” (SARLET, 2004, p. 101).

No que toca às questões penais, este princípio se revela como vanguarda desde a aplicação da lei penal até a sua execução, com uma especial atenção aos métodos ortodoxos de tortura, maus tratos, que insistem em permear o ambiente democrático. O Brasil já responde à reclamação feita perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como informa a seguinte resolução:

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Noviembre de 2005, Solicitud de medidas provisionales presentada por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Respecto de La República Federativa Del Brasil: caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “complejo do Tatuapé” de FEBEM:

a) durante los últimos meses se han producido hechos que demuestran que la vida de los internos se encuentra en riesgo constante. Las amenazas entre internos, peleas, golpizas, alegaciones de torturas y amotinamientos se producen con excesiva frecuencia, sin que las autoridades, que evidentemente

⁵³ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 21 de Set. de 2007.

están en conocimiento de la gravedad del problema, hayan adoptado medidas efectivas para remediar la situación;

b) todo el Complejo do Tatuapé adolece de problemas agudos de saturación, deficientes condiciones de higiene y salud, las cuales fueron verificadas por el Comisionado Florentín Meléndez, Relator para los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana, en su reciente visita al establecimiento el 23 de julio de 2005.

c) proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes internos en FEBEM Tatuapé; impedir que los internos sean sometidos a tortura o castigos físicos; evaluar la pertinencia de cesar en funciones a los custodios involucrados en actos de violencia; y adecuar la estructura física y las condiciones de higiene y seguridad del complejo a los estándares mínimos vigentes para la materia;⁵⁴

A Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve:

Requerir al Estado que adopte de forma inmediata las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes residentes en el Complejo do Tatuapé de FEBEM, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éste ⁵⁵.

Face ao exposto, percebe-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na seara penal, tendo em vista a real situação de caos que se encontra o sistema prisional brasileiro, fazendo-se mister a proteção e defesa desses indivíduos privados de liberdade, de acordo com a máxima de que a pena não deve ir além da noção de justo.

3.9 O garantismo penal como opção de orientação à política criminal racional

O modelo garantista no estudo descrito por Luigi Ferrajoli é apontado como parâmetro de racionalidade, tanto na Constituição italiana como na brasileira de 1988. Converte-se em um meio de legitimação da própria ingerência do Estado em seu poder punitivo, atuando de forma limitada e, quando necessário, para que, assim, o punitivismo seja renegado e afastado do sistema.

O sentido de garantismo eleito para a condução deste trabalho é:

um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função

⁵⁴ Disponível em: < <http://www.un.org>.> Acesso em: 11 de Jan. de 2009.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_011.doc.> Acesso em: 22 de Set. de 2007.

punitivista do Estado em garantia dos direitos do cidadão. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Além de refletir uma categoria ontológica, o garantismo denota uma opção política, sendo um indicativo de estrita observância das garantias fundamentais e individuais, presentes nos axiomas formulados por Ferrajoli.

O Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento esses valores, resultantes de um complexo sociológico, filosófico e político, está albergado no anseio de luta pela afirmação dos Direitos do Homem, como sustentáculo de uma nova ordem, em detrimento de uma herança autoritária e maculada pelo constante desapego à realidade social, auferindo uma mudança de paradigma, desencadeada pelos ideais libertários da Revolução Francesa.

Os dez axiomas são formados pelos seguintes princípios: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*. Estes princípios orientam e sistematizam o modelo garantista, de cunho jusnaturalista dos Séc. XVII e XVIII (FERRAJOLI, 2002, p. 684). Têm um aspecto negativo e correspondem ao exercício de um direito subjetivo. Em um primeiro momento, podem ser denominados de primários. As secundárias dizem respeito à atividade jurisdicional na aplicação da Lei Penal.

A tradição constitucionalista ampara o modelo garantista dos direitos fundamentais, na medida em que condiciona o exercício do poder à satisfação e manutenção destas garantias, sendo incompatível ou paradoxal qualquer atividade estatal, no exercício punitivo que invada estes *standards* mínimos de proteção. Destarte, importante mencionar que nem sempre estas garantias serão mantidas, entendendo-se que estes direitos não são absolutos, mas sim um dado construído, e por isso, podem ser relativizados, muito embora essa relativização deva obediência às condições restritas e pré-estabelecidas legalmente. Contudo, admite-se uma interpretação extensiva do princípio da dignidade da pessoa humana, devido a sua carga valorativa superior.

O Judiciário tem a função vigilante de conter os abusos na luta contra a criminalidade, contidos nas legislações de emergência, que, por sua vez, não auferem o mínimo de racionalidade e respeito às garantias, em nome de uma eficiência pouco evidente

Não se deve reconhecer um sistema punitivo puro e simplesmente repressivo, pautado em uma legislação emergencial, mas em um sistema racionalmente concreto, destinado a oferecer as garantias mínimas ao descobrimento da verdade real e da salvaguarda da liberdade, esta entendida como um bem de valor superior, ao lado da dignidade da pessoa humana como cânone do Estado Democrático de Direito.

3.10 As bases para um direito penal mínimo no Brasil

O minimalismo penal, também conhecido como direito penal mínimo, é fruto de uma criação liberal, e caracteriza-se pelo princípio da intervenção mínima do Estado e pela prevalência da máxima liberdade. De acordo com o que versa o Estado Democrático de Direito, a coexistência entre o direito penal mínimo no ambiente democrático é bastante pertinente, tendo em vista que se compatibiliza e harmoniza-se com a proposta de um direito penal racional, tendente a uma maior eficácia e legitimidade. É notória a ineficiência do direito penal na resolução de todas as mazelas e até mesmo no combate à delinquência, necessitando, assim, de subsídio extra penais, como, por exemplo, medidas educativas, recreativas, de fundo social, de sorte que falar em um direito penal de *prima ratio* seria, no mínimo, inoportuno, haja vista toda a problemática descrita em tela. Não obstante pertinente revela-se a instituição do direito penal de *ultima ratio*.

O princípio da subsidiariedade, fragmentariedade, ofensividade e necessidade são informadores do Direito penal, devem ser aplicados a todas as normas que lhes dizem respeito, não podendo ser feitas exceções em decorrência de posicionamentos exclusivamente formais. Não só quando da elaboração do texto constitucional o social deve ser avaliado, devendo igualmente ser considerado quando da elaboração da norma penal, que tem como limite máximo justamente o texto constitucional. (PASCHOAL, 2003, p. 85)

Trazendo a lume o pensamento de Janaína Paschoal, vislumbra-se a compatibilidade entre a ideia do direito penal mínimo e a norma constitucional, em busca de um direito penal racional, orientado às necessidades de reforma do sistema penal, e até mesmo de uma nova releitura da dogmática penal, calcada em uma nova perspectiva humanista e condizente com as ingerências de um direito penal moderno,

mas, distante da noção de um direito penal neoliberal, aos moldes do emergencialismo desregrado e da hipertrofia da esfera penal.

Faz-se mister o estudo dos movimentos de criminalização e despenalização que, de fato, nortearam e concretizaram uma proposta de redirecionamento do sistema penal.

O princípio da intervenção mínima consagra os contornos de incidência das leis penais, delimita as hipóteses de restrição das liberdades, firma a relação de necessidade e adequação. Este princípio consiste em uma vedação expressa ao poder punitivo do Estado e inclina-se aos processos de descriminalização e despenalização.

Não se advoga, neste trabalho, o abolicionismo penal; entende-se como legítimo o direito penal, entretanto, sob a égide minimalista. Pensar em uma sociedade sem direito penal é o mesmo que pensar em uma sociedade aos moldes de Hobbes, onde o estado natural prevalece.

[...] ocorre que, em relação ao direito penal material, o direito processual penal deverá ser a veste, a forma, através da qual se exteriorizam as finalidades de política criminal, funcionando, ao mesmo tempo, como uma barreira dessas finalidades. A base teórica para essa integração político-criminal é buscada a partir do postulado de que o direito e o processo penais participam de uma orientação axiológica, que os conduz a uma imprescindível consonância com os princípios ético-sociais do nosso direito, que deverá ser de *ultima ratio*. (SANTANA, 2001, p. 266)

O processo de descriminalização caracteriza-se pela retirada formal de uma conduta tipificada como crime do alcance da Lei Penal. No Brasil com o advento da Lei nº 11.106 de 2005, que alterou o Código Penal, descriminalizou-se a figura típica de adultério, tratando-se de um caso típico de atuação do princípio da intervenção mínima, bem como da subsidiariedade, haja vista a possibilidade de reparação, na esfera civil, do não cumprimento do dever conjugal, sendo inócuo o revestimento da justiça penal. Os movimentos de despenalização aparecem tanto no campo das contravenções penais, como, por exemplo, nos casos dos jogos de azar, e, ainda, em substitutos penais. Já na esfera processual, contida na Lei 9.099/95, prestigiam-se as penas substitutivas em detrimento das penas privativas de liberdade, nos crimes de menor potencial ofensivo, a exemplo da composição civil como forma de extinção da punibilidade. A transação penal, a suspensão condicional do processo, que tem como objetivo reduzir os efeitos negativos produzidos pela pena de prisão, como a estigmatização do indivíduo. Essa

inovação reflete uma política criminal vinculada ao princípio da proporcionalidade e do princípio da retributividade entre o bem jurídico lesado e a pena a ser imposta. Pode-se também citar como exemplo o *sursis*, livramento condicional à prisão domiciliar, dentre alguns institutos que elucidam esta orientação, encontrados no Código Penal.

Em nossa legislação pátria não se evidencia um plano de ação sistemático orientado para a instituição e adequação de uma realidade minimalista; apenas encontramos alguns exemplos práticos, tímidos e sem de fato revelar uma opção política. O que ocorre é uma atuação disforme, ora voltada para um direito penal expansivo meramente simbólico, ora uma opção racionalmente coerente, como os valores democráticos. A problemática dessas constantes opções políticas se insere no ponto de vista prático e teórico, tanto na esfera jurisdicional como para a dogmática penal, nos antagonismos que circundam a falta de harmonia que estas medidas eleitas de forma desconstruída geram. Para a manutenção satisfatória do sistema, faz-se mister uma unidade que aponte, de forma expressa e bem definida, o caminho que se deseja trilhar.

A intervenção será legítima apenas nos casos de maior magnitude, devendo o Estado oferecer mecanismos mais expressivos de coerção e atuar através de suas agências formais de controle.

A lógica de um sistema penal inchado está na máxima das desigualdades sociais; quanto maior o seu grau, maior será também a necessidade de um meio repressivo de caráter positivo.

As políticas sociais de cunho preventivo são, na realidade, a melhor forma de se construir uma política criminal racional, em consonância com as garantias para um combate eficaz e provedor da dignidade humana, do trabalho, da educação, da cultura, do lazer, da saúde e da moradia, canalizando os valores sociais de qualquer ente humano, o desejo de viver dignamente. Objetivando consolidar uma verdadeira cultura dos direitos humanos, pautados na responsabilidade do poder público e também da sociedade, na conscientização de que criminalidade se combate com mudança de paradigma, resgate da cidadania e, conjuntamente, um olhar voltado para as vítimas e destinado à reparação como terceira via e revalorização do humano.

3.11 O discurso da segurança pública no Brasil e a valorização da cidadania como um direito fundamental

A partir da Constituição de 1988, o Brasil passou a ter como paradigma central a ordem democrática com vistas à consecução da cidadania, no entanto, este projeto de cidadania tem enfrentado vários problemas de cunho social, econômico e político.

A desigualdade social, a falta de acesso à educação, saúde, moradia, apenas reflete alguns problemas estruturais na sociedade brasileira. A má distribuição de renda é uma das causas evidentes da falta de oportunidades entre as camadas da população, aliados a estes problemas tem-se, por outro lado, o aumento vertiginoso dos índices de criminalidade e dos processos de vitimização de sociedade em face do medo do crime.

Antes de tudo, a criminalidade deve ser entendida como um fenômeno social complexo, pois reúne variáveis multifatoriais que influenciam os influxos de sua estrutura. Apontar claramente as causas da delinquência é algo de sobremodo difícil.

Hodiernamente, a Criminologia é a ciência que procura identificar estas causas a partir da experiência. Assim é possível formular políticas criminais que efetivamente combatam à criminalidade.

As políticas públicas no campo da segurança pública são fundamentais para articular e coordenar as ações de controle e prevenção da criminalidade no país. Em âmbito nacional foi criado o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) em 2007.

O programa deixa bem claro em suas motivações o desejo de implementar boas práticas sociais para o enfrentamento da criminalidade. Para atingir o seu objetivo, qual seja a promoção da segurança pública com cidadania estão sendo realizadas várias ações coordenadas no país.

Em um primeiro momento, existe uma articulação interna através do movimento de valorização e aperfeiçoamento funcional dos profissionais envolvidos na área de segurança pública. Em seguida, tem-se a mobilização e ampliação dos espaços públicos para que a sociedade civil possa deliberar acerca das políticas públicas de segurança por meio de debates, conferências e canais aberto de comunicação. O engajamento da sociedade civil é a marca do programa.

Outro fator interessante diz respeito à promoção dos direitos humanos. Todo o programa foi direcionado com este fim, a partir da abordagem feita no tratamento e qualificação dos profissionais que atuam na área de segurança pública. O programa

estabelece cursos de qualificação, treinamentos e o fortalecimento dessas instituições policiais de modo geral, com ênfase na sua reestruturação⁵⁶.

As ações do PRONASCI também visam à criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), em consonância ao pacto federativo. O objetivo é intensificar a cooperação intergovernamental, captação de recursos, bem como instituir metas comuns entre os Estados e municípios.

Com base na diretriz de democratização das instituições públicas, desde a década de 90, foram criados conselhos municipais e estaduais com o intuito de promover uma política de gestão pública mais próxima da sociedade.

A fim de promover uma política criminal realmente participativa o governo federal através do Ministério da Justiça realizou a Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública. (CONSEG).

O objetivo da conferência é criar um espaço de discussão para a gestão em segurança pública, a fim de que se possa estabelecer um consenso legítimo de políticas públicas que realmente contemplem os anseios sociais. As conferências são formas estratégicas de negociação. São usadas há bastante tempo, No Brasil, em âmbito federal foi realizada em 2003, principalmente na área da saúde.

Além disso, o espaço de comunicação oferecido pela CONSEG permitiu a troca de experiências exitosas que alguns Estados já têm implementado como, por exemplo, o gabinete de gestão integrada (GGI). O estado da Paraíba foi o primeiro a instituir o GGI, após aderir ao SUSP.

Os temas escolhidos para discussão foram cuidadosamente eleitos através do mapeamento da violência no Brasil. Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde cerca de 40% dos homicídios ocorridos no país foram identificados em 36 municípios com cerca de mais de 500 mil habitantes.⁵⁷

⁵⁶ Cf. Com base nas informações divulgadas pelo Human Rights Watch, as polícias do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo executaram mais de 11.000 pessoas no período de seis anos. O observatório destaca que essas pessoas eram suspeitas. O problema da violência institucional praticada por agentes policiais prejudica a imagem das polícias e, por sua vez, tem causado descrédito e desconfiança. O resgate da imagem dessas instâncias faz parte do PRONASCI. O diretor do observatório assevera que: "Extrajudicial killing of criminal suspects is not the answer to violent crime," said Jose Miguel Vivanco, America's director at Human Rights Watch. "The residents of Rio and Sao Paulo need more effective policing, not more violence from the police." A fim de mudar esta conjuntura o PRONASCI tem buscado efetivar uma cultura de respeito aos direitos humanos entre os profissionais de segurança pública. Disponível em: <http://www.hrw.org/>. Acesso em: 12 de Jan. de 2010.

⁵⁷ Relatório da Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 12 de Jan de 2010.

Como objetivos específicos da conferência, pode-se citar o fortalecimento e segurança como direito humano, definir as prioridades para a implementação da política nacional de segurança pública; fomentar o fortalecimento do Sistema Único de Segurança Pública; instituir o PRONASCI; promover, consolidar e qualificar a participação da sociedade civil, estimular e criar responsabilidades para os órgãos do poder público na concretização do modelo de segurança cidadã; por fim, valorizar e promover redes sociais e institucionais articuladas em torno da segurança pública para estabelecer iniciativas de educação pela paz e não-violência.

Dessa forma, foram eleitos sete eixos temáticos para a conferência. O primeiro estabelece o modelo de gestão democrática do controle social e externo, integração e federalismo. O segundo prevê o financiamento e gestão pública de políticas de segurança. O outro eixo atua no campo da valorização profissional e otimização das condições de trabalho dessas categorias, seguidamente, procura-se instituir modelos de repressão qualificada da criminalidade. Posteriormente, tem-se o eixo responsável pela prevenção social do crime e a construção da cultura de paz.. Já o outro eixo temático cuida da questão penitenciária, ou seja, procura implementar diretrizes para o sistema penitenciário. Por último, organiza diretrizes básicas para o sistema de prevenção e atendimentos emergenciais e acidentais.

Em sede de delimitação do trabalho apenas será explorada a temática contida no eixo quatro, repressão qualificada da criminalidade, pois ele estabelece o modelo de segurança cidadã, tópico que será analisado posteriormente.

Este eixo baseia-se em estratégias político-criminais de proximidade típica do modelo de policiamento comunitário, também conhecido como polícia de proximidade.

O policiamento comunitário tem objetivo de empreender ações conjuntas entre a polícia e a comunidade visando à prevenção de atividades delitivas locais. Prevê ainda, a redução da letalidade policial através do uso contínuo de armas não letais.

Por fim, o programa da conferência propõe a repressão policial a grupos sociais vulneráveis. É bem verdade que a conferência não define o que venha a ser considerado como grupos sociais vulneráveis. Apenas afirma que estes grupos devem encontrar na polícia proteção. Aponta o serviço do disque-denúncia como o meio eficaz para a denúncia de crimes, bem como para fins de controle externo da atividade policial.

Esta denominação grupos sociais vulneráveis, inegavelmente, gera o processo de estigmatização de comunidades pobres e pode oferecer o risco de ingerências político-criminais mais severas em razão do perfil social dessas comunidades, o que, em

verdade, constitui uma violação à dignidade delas. Pois, facilmente serão alcançadas pela persecução penal, em razão do caráter seletivo do direito penal, auferido pelas instâncias formais de controle, as agências policiais.

A primeira conferência ocorreu na cidade de João Pessoa, no dia 10.07.2009. A etapa estadual definiu, após votação, os sete princípios e as 21 diretrizes que foram encaminhados para a Conferência Nacional.

As diretrizes avançadas foram as seguintes: a segurança pública e a defesa social devem garantir a inamovibilidade dos seus profissionais, a participação popular deve ser promovida desde a execução, monitoramento e fiscalização das políticas de segurança pública com cidadania.

Foi destacado o combate à impunidade, a prevenção da criminalidade, o enfrentamento de problemas como a corrupção. Por fim, a segurança pública deve respeitar e contemplar o respeito às diversidades.

A conferência destacou as seguintes diretrizes básicas: a criação de uma lei orgânica que discipline as guardas municipais, em âmbito nacional, a instituição de mandado mínimo e máximo para os gestores das corporações de segurança pública, fortalecer os trabalhos desenvolvidos pela polícia científica, combater a violência de gênero, étnico racial, orientação sexual, e a intolerância religiosa, implementar o modelo de policiamento comunitário, bem como firmar parcerias entre a universidade no sentido de monitorar e avaliar as demandas sociais pertinentes, incluir no ensino médio a temática da segurança como cultura de paz, criação de conselhos de segurança pública e política criminal, assegurando 50% de participação na sua composição pela sociedade civil, instituir monitoramento eletrônico do preso, regulamentar a criminalidade cibernética (*cybercrimes*).

O significado de cidadania vem mudando nos últimos séculos mas, em um primeiro momento, ela pode ser entendida como o conjunto de práticas sociais as quais estabelecem se a pessoa faz parte ou não daquela sociedade, amparados sempre pelo aspecto cultural. O princípio da solidariedade é o fio condutor que consagra a dinâmica da vida social.

Através dos estudos realizados por T.H Marshall em 1950, foi possível estabelecer categorias ou dimensões em que a cidadania poderia ser entendida. Destaca o aspecto legal ou civil, voltada para a ideia de propriedade, aos moldes das ideias liberais; seguido do caráter político. Está calcada no poder de participação, seja através

dos direitos políticos ou por intermédio da articulação de políticas públicas junto ao governo.

La ciudadanía es geradora de solidaridad, pero también de conflictos políticos y sociales al impulsar expectativas de redistribución de recursos que no se logran satisfacer plenamente. Este problema conduce a interrogar si existe una sola versión de ciudadanía o formas diversas situadas en contextos históricos diferentes, con tradiciones sociales y culturales distintas que producen formas muy diferentes de ciudadanía. (KURI, 2007, p. 87-88)

Hodiernamente, as políticas públicas de cunho social, de modo geral, são destinadas a amenizar os impactos negativos causados pelo capitalismo. Neste sentido a ideia de cidadania canaliza todos os meios por que o poder público e a própria sociedade civil pode aumentar o seu nível de participação através da emancipação dos espaços públicos.⁵⁸

A regulação social da modernidade capitalista se, por um lado, é constituída por processos que geram desigualdades e exclusão, por outro, estabelece mecanismos que permitem controlar ou manter dentro de certos limites esses processos. Mecanismos que, pelo menos, impedem que se caia em demasiada frequência na desigualdade extrema ou na exclusão/segregação extrema. (SANTOS, 2006, p. 282).

Atualmente, a concepção de cidadania evoluiu do contexto local para o regional, até atingir a categoria de global. Este fato se deu com o reconhecimento do homem como sujeito de direitos na ordem internacional, em especial os direitos humanos.

La ciudadanía es un complejo de derechos y obligaciones de sujetos individuales y colectivos hacia la comunidad política, pero ésta ya se identifica con una comunidad de sangre y/ lo de lugar, ni con una sociedad concebida por círculos concéntricos, que va desde la local a aquellas más amplias, es decir, el estado y las comunidades supranacionales. El complejo de los derechos-deberes ha cambiado, y lo sigue haciendo, como consecuencia del cambio de aquello que es << político >>. (GÓMEZ; MIRAS, 2005, p. 57)

⁵⁸ Cf. Como um dos efeitos negativos do capitalismo pode-se citar a exclusão social. Destaca Boaventura dos Santos que a exclusão social é um fenômeno cultural, portanto, um fenômeno de civilização. Dessa forma: Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita. Estabelece um limite para além do qual só há transgressão, um lugar que atira para outro lugar, a hipertrofia, todos os grupos sociais que são atingidos pelo interdito social, sejam eles a delinquência, orientação sexual, a loucura, ou o crime (SANTOS, 2006, p. 281). A forma de promover a cidadania é justamente o resgate ao sentimento de pertença, o qual é retirado dos “grupos de risco”, também conhecidos como desqualificados pelas instâncias de normalização.

Importante destacar que a cidadania contemporânea encontra-se em crise, em razão das intervenções hegemônicas das culturas dominantes, a falta e legitimidade política, a intolerância religiosa e a regulação dos mercados. Estes fatores demandam novas políticas de estabilização e, por essa razão, em muitos casos geram insatisfações generalizadas, o que origina o conflito. O contexto global da cidadania não será analisado neste trabalho.

Portanto, apenas a concepção de cidadania local será utilizada, pois, busca-se enfatizar o caráter democrático do cenário brasileiro em que se tenta implementar uma cultura de segurança pública de respeito aos direitos humanos e que promove a cidadania participativa.

3.12 Os novos paradigmas locais da política criminal e o policiamento comunitário

A polícia de um modo geral é considerada como sendo *o frist-line enforcer*, sendo assim, assume um papel relevante na persecução penal.

A atuação da polícia no processo de seleção na dinâmica factual do *law in action* é derivada do seu poder discricionário. A saber, a polícia é uma instância de controle virada para a manutenção da ordem e aplicação da lei, nos termos da estrita legalidade. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 444).

Constantemente, verifica-se que as cifras negras, nas últimas décadas, cresceram de forma vertiginosa. Elas são, na verdade, fruto da representação do pensamento criminológico e sociológico do crime, entre eles tem-se destacado o *labelling approach*.

A teoria da rotulação esboçada pelo *labelling approach* funciona como fator determinante na condução da própria abordagem policial dos suspeitos, principalmente, na aplicação da lei penal.

É baseado em padrões estereotipados que se realiza o *imput*. “São estereótipos que, em grande parte, determinam para onde a polícia se deve dirigir e que tipo de pessoas deve abordar.” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 4510). Desde uma perspectiva da sociologia criminal ecológica passando a chegar até a teoria da rotulação.

Esses fatores são decisivos e influenciam a modalidade de policiamento comunitário. Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p.

452), “[...] a força dos estereótipos radica, assim, no postulado da congruência entre a imagem exterior, à conduta e a própria identidade.”

O policiamento comunitário surge como uma modalidade estratégica de política criminal local.

Com efeito, o modelo de policiamento comunitário é uma recente tendência no campo das intervenções político-criminais na atualidade. A sua origem é norte-americana, no entanto, o modelo local, na realidade, tem-se afirmado como um modelo global, ou seja, tem sido influenciado pelo chamado localismo globalizado, pois cada vez mais está presente nos países da União Européia, bem como na América Latina, em especial no Brasil.⁵⁹

O policiamento comunitário surge nos EUA por volta de 1914 a 1919. Arthur Woods procurou estabelecer novos paradigmas para a polícia estadunidense, a partir da valorização do modelo de aproximação entre a polícia e a comunidade.

Para Woods, o respeito pelo trabalho policial era a única chave para um bom relacionamento entre a polícia e a comunidade, no entanto, sabe-se que nem sempre foi fácil conquistar o respeito e confiança na polícia estadunidense, uma vez que as intervenções realizadas pelo patrulhamento preventivo agressivo geraram grande descontentamento nas áreas urbanas mais pobres, principalmente, nos guetos.

Com efeito, as cifras da criminalidade nos bairros periféricos muitas vezes eram ignoradas. Os habitantes desses bairros sua grande maioria imigrantes e negros queixavam-se da qualidade duvidosa do trabalho da polícia em seus bairros, bem como da violência com que os policiais realizavam a abordagem dos suspeitos. (BAYLEY; SKDNICK, 2006, p. 62).

Na realidade, o excesso de rigor e, em muitos casos, os abusos de autoridade cometidos pelos agentes policiais aumentavam a zona de conflito e dificultava, por sua vez, o contato com os habitantes locais, ou seja, não se estabelecia uma comunicação promissora. A cooperação da comunidade era algo praticamente inexistente, de sorte, esta postura prejudicava os trabalhos investigativos da própria polícia.

Em meados dos anos 60 e 70, o chamado modelo profissional (*professional model*) entrou em declínio. Ele fora desenvolvido pela polícia estadunidense, com o

⁵⁹Cf. De acordo com o pensamento de Boaventura dos Santos, a globalização remete ao localismo globalizado e ao globalismo localizado. Entende-se por localismo globalizado como sendo o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado é globalizado com sucesso (2006, p. 438).

objetivo de otimizar a atividade policial, livrando-a das ingerências políticas do passado.

Este processo consiste na incorporação dos métodos gerenciais e operacionais da própria iniciativa privada (DIAS, 2000, p. 26).

O novo modelo fechado e burocratizado não permitia o contato da polícia com a comunidade, ademais esta fase da polícia norte americana confunde-se com o processo de consolidação de sua autonomia. Dessa forma, os problemas locais, de um modo geral, não eram vislumbrados com profundidade.

No dizer de Theodomiro Dias (2000, p. 32), “A situação de isolamento para qual foi elevada a polícia é tida hoje como a maior fonte de tensão e de antagonismo em seu relacionamento com a sociedade.”

A falta de mecanismos de controle sobre a atuação policial é sem dúvida um dos mais relevantes problemas do modelo profissional, o que ensejou a criação do *civilian review boards*. (DIAS, 200, p. 41).

A aproximação e participação da sociedade na apuração de denúncias contra abusos cometidos por policiais, na realidade, puderam ser consideradas como o marco do aperfeiçoamento do controle externo sobre a polícia.

É bem verdade que este modelo ainda insipiente de participação acalorou ainda mais o tenso relacionamento entre os policiais e a comunidade, em especial os *outsiders*. (DIAS, 200, p. 41).

Se não houver uma disposição da polícia de pelo menos tolerar a influência do público sobre suas operações, o policiamento comunitário será percebido como “relações públicas” e a distância entre a polícia e o público será cada vez maior (BAYLEEY; SKOLNICK, 2006, p. 12.)

O policiamento comunitário estabelece um modelo operacional que visa repartir responsabilidades entre a comunidade e os agentes policiais, ademais procura construir um modelo de policiamento orientado ao problema, em busca de estratégias político-criminais preventivas (*problem-oriented policing*) (DIAS, 2000, p. 44).

The Police, and those who oversee their actions, would insist that the broad community interest in these problems, as well as the larger community's response to them, be explored, rather than the police are doing to solve the problems, but less responsible for addressing them alone (KNUTSSON, 2003, p. 51).

O policiamento orientado ao problema é um instrumento de aproximação entre polícia e comunidade local. Dessa forma, as peculiaridades de cada setor são consideradas no momento da formulação de novas estratégias de político-criminais voltadas para a prevenção e, principalmente, na consecução de intervenções não penais.

A depender do modelo adotado existem duas possibilidades. Em primeiro lugar o modelo tradicional que admite apenas a cooperação comunitária, muito embora os membros locais não possam estabelecer agendas e estruturarem programas a serem seguidos pela polícia; já em outro modelo é possível estabelecer uma agenda negociada apresentada e formulada em parceria com a sociedade.⁶⁰

Este modelo, sem dúvida, prestigia a noção de razão comunicativa, amplia os espaços públicos e incentiva o aprimoramento efetivo do exercício da cidadania pelos habitantes locais.

A intensificação do contato favorece a conscientização policial para o fato de que o tecido social urbano constitui-se de uma pluralidade de valores, estilos de vida, padrões socioeconômicos, interesses percepções, carências e de que a eficácia de seu trabalho resulta da capacidade de entender e lidar com estas diferenças. (DIAS, 2000, p. 58).

O reconhecimento da diversidade cultural e de gênero possibilita o restabelecimento do diálogo com as minorias, o que, por sua vez, reflete no processo de inclusão destas pessoas no universo participativo do espaço sensível urbano⁶¹.

Apesar dos aspectos favoráveis do policiamento comunitário, faz-se mister, destacar que a política criminal contemporânea tem como base ideológica o movimento Lei e Ordem. Nas entrelinhas do policiamento comunitário é possível perceber o interesse da polícia na manutenção da ordem pública⁶².

⁶⁰Cf. Firchow (2000, p. 89) observa que, Avec les phénomènes des banlieues et des espaces sensibles, la paupérisation d'une fraction de la population, la déshérence des organisations collectives et des syndicats, la distorsion des liens civiques force est de constater la fragilité conceptuelle des doctrines d'emploi de la police dans sa relation au reste de la communauté.

Os problemas socioeconômicos geram os chamados outsiders uma parcela de excluídos, sendo assim, a inserção destes no ambiente urbano consiste na velha dicotomia das ideologias dominantes e dificulta a própria ampliação dos espaços públicos e agravam a tensão entre a polícia e as minorias.

⁶¹ Cf. No dizer de Firchow (2000, p. 90), o modelo de policiamento comunitário conduz ao processo de identificação da própria polícia com a comunidade local, a seguir: Le modèle de la police communautaire: ne essentiellement dans les pays anglosaxons, il est dédié à la réduction des conflits interethniques et à l'amélioration de la communication avec les communautés. Le modèle est alors celui d'une police non seulement proche de la population, et notamment de certains groupes interethniques, mais aussi une police "à l'image de la population dans son origine et sa diversité culturelle.

⁶²Cf. A inconstância dos modelos das intervenções policiais comprometem a sua legitimidade e provoca o sentimento de desconfiança na comunidade, a saber: Cette fluctuation de l'action policière renforce les incompréhensions des habitants sur le sens même de l'intervention institutionnelle, c'est à dire que ces variations soulignent le caractère stigmatisant et réactif de la police dans les quartiers défavorisés, ce qui

Politiquement, cette police est plus correcte, car elle plie, mais ne rompt pas...L'ancienne police d'ordre –la *police "dure"* pour plagier le langage des sciences exactes– exerçait ses missions traditionnelles de répression des crimes et délits comme de maintien de l'ordre, sans pour autant obtenir des résultats suffisamment exploitables en termes de légitimité politique pour préserver l'ordre public. (FIRCHOW, 2000, p. 90).

Com base na análise feita por René van Swaaningen, pode-se afirmar que a Holanda tornou-se um país punitivo aos moldes *do Law and Order*, naturalmente contrariando os níveis de tolerância e razoabilidade pelos quais ficou conhecida.

Holanda sempre foi considerado como um país de emigração e o marco de sua política criminal comunitária esbarra na forma intolerante com que os imigrantes e minorias são tratados⁶³.

O conservadorismo político holandês vem procurando endurecer suas políticas criminais no intuito de combater o crescimento da criminalidade, no entanto tem-se verificado que suas medidas desarrazoadas agravam ainda mais as diferenças sociais.

Ahora parece como si de repente todo se hubiese transformado en una cuestión de “nosotros” ciudadanos holandeses blancos contra “ellos”, los inmigrantes (en especial aquellos de procedencia musulmana) que rechazan adaptarse a las normas de “nuestra” ilustrada civilización occidental. Se ha convertido prácticamente en una excepción encontrar en los periódicos artículos sobre molestias, bandas juveniles, ajustes de cuentas o terrorismo que no haga referencia al origen étnico o cultural de los sospechosos. Esta racista son fenómenos nuevos (SWAANINGEN, 2005, p. 6).

renforce à la fois le sentiment d'injustice et celui d'insécurité. (FIRCHOW,2000,p. 91). A chave para a resolução do conflito está na construção de uma política criminal participativa, pois o engajamento decorre principalmente da cooperação da comunidade no sentido de ampliar o espectro de sua cultura política, em particular a cidadania perdida. Firchow (2000, p. 98) destaca: La politique criminelle “participative” est un enjeu fort de solidarité et d'égalité pour crédibiliser le pacte démocratique.

⁶³Cf. A liberalidade com que o país vem tratando temas como entorpecentes, prostituição tem causado o duelo política entre as bases do poder na Holanda. A matriz acolhedora e os *standards* da democracia aos poucos são substituídos pelo medo e pela estigmatização das minorias, bem como pela gestão da miséria através das intervenções político-criminais. Sendo assim, pode-se concluir que: Apesar de que todas estas práticas tienen lugar en el ámbito local, no es muy distinto si “los medios no ortodoxos” para gestionar el delito y las molestias, son defendidos por políticos nacionales, autoridades locales o incluso por jefes de policía. Resulta plausible sostener que las diferencias locales se han tornado tan pequeñas debido a que se orientan contra un mismo enemigo: nuestra supuesta “tolerancia del pasado” (SWAANINGEN, 2005,p. 5).

Face ao exposto, pode-se concluir que a Holanda tem utilizado a política criminal de emergência como base ideológica informadora de sua política criminal voltada para a exclusão de minorias, por intermédio do chamado direito penal do inimigo e, conseqüentemente, sem observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

En Ámsterdam la normativa local administrativa permite a la policía alejar a una persona para conseguir terminar con determinada práctica, sin realizar ningún arresto o dar inicio a proceso alguno. A esta práctica se la denomina “orden de arresto preventivo” (tegenhouden en holandés). Un ejemplo de tal práctica lo constituye la deportación de algunas mujeres nigerianas sospechosas de llevar a sus clientes fuera de las zonas legales de práctica de la prostitución y robarles. No se realizó ningún informe formal ni fue seguido ningún procedimiento: sencillamente se las subió al primer avión con destino a Nigeria . (SWAANINGEN, 2005, p. 10).

Alume a crítica esboçada por Ripollés, que traduz a retórica vazia do discurso empreendido pela política de *seguridad ciudadana* na Espanha, a saber:

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes (RIPOLLÉS,2004,p. 19).

O modelo de policiamento comunitário na Espanha vem reafirmando os valores e modelos que dão suporte à chamada política criminal de emergência, todavia é possível reconstruir as bases ideológicas do policiamento comunitário pautado pela valorização da pessoa humana e através de política públicas de inclusão social⁶⁴.

3.12.1 O policiamento comunitário na cidade de João Pessoa

A implantação do policiamento comunitário no Estado da Paraíba surgiu em 1997. Este trabalho é fruto da parceria realizada entre a Comissão de Direitos Humanos

⁶⁴Cf. Com efeito, a dinâmica populista acelera o tempo legislativo, elimina ou restringe os debates elementares e recorre a toda sorte de recursos teóricos (a urgência do problema, o alarme social etc.) para promulgar leis ou reformas de urgência (GOMES; MOLINA, 2006, p. 419). A atual luta contra a criminalidade em nada escapa as velhas racionalidades punitivas dos principais sistemas autoritários.

e a Coordenação de Ação Comunitária com o Centro de Ensino da Polícia Militar. Tem como objetivo implementar as diretrizes do programa Nacional de Direitos Humanos. O Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão vem elaborando propostas e projetos na área de segurança pública. As ações coordenadas estabelecem a qualificação dos profissionais através de cursos e treinamentos.

Em 2002, foram instaladas as unidades do policiamento comunitários nos bairros de Paratibe e Mussumago, em razão do atendimento do Estado da Paraíba ao Sistema único de Segurança Pública. Os primeiros bairros a receberem esta modalidade de policiamento foram os da região sul.

As lideranças dos bairros eleitos para funcionarem como laboratório do policiamento comunitário na capital atua de modo significativo na localidade, o que por sua vez, possibilitou uma melhor abordagem no que concerne ao reconhecimento da área a ser monitorada.

Em 30/09/2009, foi instalado um plano piloto do policiamento comunitário na Ilha do Bispo. No local está sendo oferecido o policiamento ostensivo e judiciário. O modelo implantado é voltado para a prevenção e repressão da criminalidade local.

As ações preventivas são baseadas em atividades educativas e orientações destinadas à comunidade. Estas políticas de prevenção reforçam os modelos de grupos vulneráveis, trabalha como estereótipos da criminalidade juvenil.

Os agentes policiais buscam efetivamente participar do cotidiano da comunidade, através da participação de reuniões com os representantes locais, organizam e promovem atividades realizadas pelo Centro de Referência da Assistência Social-CRAS.

Recentemente foi realizado o curso de Multiplicadores de Polícia Comunitária. Os profissionais que realizaram o curso funcionaram como multiplicadores. Atualmente, o curso acontece na Academia de Polícia Cabo Branco, da Polícia Militar, no conjunto Mangabeira.

O modelo de policiamento comunitário está em ascensão no Estado da Paraíba e vai sendo ampliado para outras cidades, por exemplo, Santa Rita mais precisamente no bairro Marcos Moura, devido aos altos índices de criminalidade no local.

Foram realizadas cerca de três reuniões a fim de estabelecerem metas e diretrizes para a instalação da modalidade de policiamento. Estiveram presentes representantes da Universidade Estadual da Paraíba, da Associação de Apoio ao Trabalho Cultural,

Histórico e Ambiental de Lucena, do Centro de Defesa Popular de Nova Trindade e da Associação de moradores de Marcos Moura.

Dessa forma, depreende-se que o modelo estabelecido pelo policiamento comunitário é uma recente tendência da política criminal brasileira. Ela procura estabelecer níveis de participação e integração entre as instâncias formais de controle e a sociedade civil. Mas, como já destacamos anteriormente, o modelo enfrenta alguns problemas, principalmente, no que concerne à abordagem policial, bem como o perigo de se estabelecer categorias de pessoas estigmatizadas, em razão de características, físicas e sociais que possam ostentar.

3.13 Os Direitos Humanos como o *ethos* da política criminal brasileira

A sociedade interage através da força do processo de comunicação, assim será possível estabelecer uma ordem social. A partir da teoria dos sistemas de N. Luhmann, é possível identificar os componentes emocionais presentes no discurso durante o processo de comunicação que, por sua vez, está pautado no simbólico. Dessa forma, “En la sociedad del riesgo la legitimidad se sostiene no por la búsqueda debienes, sino por la evitación de males, y en este nuevo modo de legitimidad, la cadena emocional aquí descrita, horror-vergüenza-preocupación, cumple una función social imprescindible” (ALASTUEY, 1999, p. 197).

Acerca do interaçõesimo simbólica evidenciamos “[...] esto es, que el orden/caos es construido por y desde la comunicación, se muestra clara y distintamente, como a través de una enorme lupa, cuando se consideran los sistemas sociales en su conjunto (ALASTUEY, 1999, p. 224). O pensamento de Eduardo Alastuey reflete o estágio da atual política criminal brasileira, em que pesa todos os esforços para a implementação de uma política criminal racional e humanista. Faz-se necessário, então, a compreensão dos direitos humanos como o elemento, o nuclear, o *ethos* da política criminal.

Na realidade, o *ethos* se caracteriza pelo chamamento a consolidação também de uma cultura política através da participação dos atores sociais. O direito humano à cidadania é o *telos*, o ponto de chegada que tem como *ethos* as boas práticas de respeito e promoção aos direitos do homem como uma efetiva garantia de enfrentamento racional da criminalidade, sem que haja desproporcionalidade nas intervenções político-

criminais, típicas do modelo estabelecido pelo direito penal do inimigo. Dessa forma, podem-se salvaguardar os ideais do Estado Democrático de Direito, tutelar a pessoa humana e, por fim, estabelecer o desenvolvimento sustentável de políticas criminais permanentes e não meramente de forma simbólica.

As escolhas político-criminais, garantistas materializam o espírito contido na Constituição de 1988 e corrobora para a construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos.

Os direitos humanos exercem duas finalidades precípuas. Na primeira os direitos humanos são considerados como *standards* de proteção da pessoa humana. A outra função que eles exercem diz respeito à própria orientação do sistema punitivo, pois os direitos humanos são o fundamento racional que poderá legitimar o próprio sistema político-criminal, a partir da estrita observância da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente e o futuro das escolhas político-criminais refletem e estruturam o sistema penal e, por sua vez, emoldurará os rumos do direito penal.

Hodiernamente, percebe-se a crise dos atuais sistemas de política criminal. O regresso às práticas autoritárias demonstra a face de uma democracia falida e pouco preocupada com a pessoa humana.

Esta conjuntura é fruto da sociedade moderna que tem como característica primária o individualismo e que, nos últimos anos, a chamada sociedade do risco, marcada pelo voluntarismo, pelo sentimento de insegurança e vitimização.

No campo do direito penal, a atual crise de valores é percebida pela ausência de racionalidade das leis penais que se multiplicam no afã de conter os níveis de criminalidade, através do seu teor meramente simbólico. Dessa forma, o direito penal passa a ser o recurso primário para gerir os problemas estruturais advindos do *Welfare State*.

A era da pós-modernidade pode ser entendida como sendo o tempo das ausências, ou como a era dos antagonismos em que as incoerências político-criminais permeiam lado a lado no sistema jurídico penal. Esta tendência é muito evidente no que concerne à realidade brasileira.

No Brasil, os movimentos de política criminal sinalizam ao mesmo tempo opções de caráter minimalista e de expansão também conhecida como maximização do direito penal.

É bem verdade que as tendências maximizantes do direito penal têm se multiplicado no ordenamento jurídico brasileiro, causando vários problemas de origem dogmática, político-criminal e denunciam de modo geral a má técnica legislativa que as atuais reformas penais têm demonstrado.

Faz-se mister, portanto, o regate aos ideais liberais do direito penal clássico que contiam as amarras do poder punitivo do Estado de sobremodo apertadas.

A política criminal de emergência visa à flexibilização do modelo liberal, a fim de intruzir no sistema penal figuras delitivas nebulosas carentes de lesividade. Ademais, tem como discurso legitimizador a máxima repressão, olvidando-se, contudo, do caráter preventivo que a política criminal e o direito penal devem ter.

A política criminal de emergência gera antinomias no sistema penal sem auferir níveis aceitáveis de racionalidade, apregoa o direito penal do inimigo, o endurecimento das leis penais, a hipertrofia do sistema penal, a mitigação de garantias processuais e penais, como formas de combate à criminalidade, instrumentalizando a miséria humana e graves violações aos direitos humanos. Luta-se a qualquer preço; apenas os números traduzem o sentimento de “eficientismo” e motivam a certeza de que o caminho se perfaz pela insensibilidade do humano para com o humano, sob a égide de um discurso político vazio e falido, apenas retoricamente plausível e simbólico, típico dos Estados totalitários. O movimento Lei e Ordem tem se revelado uma forte tendência atual na instituição de um direito penal orientado para a crise e movido pelo sentimento de insegurança que permeia o meio social, e que desencadeou uma grande problemática acerca da tensão dialética entre eficiência e garantismo penal.

Na atualidade, o debate político-criminal tem focado prioritariamente modelos mais eficientes e eficazes na chamada luta contra o crime. A ideia de guerra preventiva destinada ao terrorismo vem afetando o cotidiando de países que sequer tem em seu território identificado esta prática delitativa, no entanto, o terror, o medo e a insegurança tem-se propagado de modo vertiginoso no imaginário coletivo. Isto decorre do próprio processo de globalização.

Os atentados terroristas, ocorridos em Nova York, em setembro de 2001, modificaram intensamente a aplicação do direito penal nas principais democracias do globo, inclusive no Brasil. As intervenções típicas do modelo de direito penal do inimigo se tornaram cada vez mais frequentes e refletem o vazio que a própria pós-modernidade construiu ao estabelecer a hegemonia como forma de organização global. Este efeito é chamado de localismo globalizado. Isto ocorre quando uma tendência local passa a ser também global. Em razão disso, o endurecimento penal passou a ser difundido na Europa, Estados Unidos e América Latina.

Na Europa este movimento está evidenciado pela luta contra o terrorismo, na medida em que admite um tratamento diferenciado entre os suspeitos de cometerem o crime de terrorismo e os demais suspeitos, permitindo detenções por tempo indeterminado, sem, ao menos, haver uma acusação formal. No Brasil, pela emblemática Lei de Crimes Hediondos que, eivada de atecnia, compromete o sistema penal, maculando-o severamente, ao mitigar garantias penais e processuais.

Destarte, uma política criminal racional clarifica o futuro democrático, plural, valorado pelos direitos humanos em sua máxima expressão, ou seja, o *ethos*, a partir de

como uma construção cultural, que ultrapassa a barreira do culturalismo, seguindo o ente humano onde quer que ele esteja, concretizando como *standards* mínimos de proteção da pessoa humana.

A intervenção mínima, o minimalismo penal, os processos de descriminalização, despenalização, e a preocupação com as vítimas elencam o panorama propício para a consecução desta política criminal racional, aportada por elementos criminológicos e dogmáticos, essenciais ao Estado Democrático e que, na realidade, validarão e conferirão os elementos necessários para a formalização de um combate expressivo, eficaz e, portanto, racional à criminalidade.

O Direito Penal não se configura como uma via adequada para a resolução da questão criminal. Em sua magnitude, apenas alcança algumas cifras. Sendo assim necessária uma ação conjunta entre políticas públicas, sociais, culturais e econômicas que atuem de forma multidisciplinar, para atingir o maior número possível de indivíduos excluídos ou estigmatizados socialmente. Para, de forma organizada, verificar níveis de desenvolvimento que possibilitem a inserção destes indivíduos em atividades sociais, econômicas e culturais, evitando que cheguem a ser recrutados pelos exércitos do crime organizado, ou até mesmo de qualquer outra forma de criminalidade, por mais tênue que seja. Desta forma, busca-se a salvaguarda e satisfação plena de uma sociedade democrática, plural, fraterna, justa e livre.

Com efeito, percebe-se a relevância da temática, em razão das graves consequências que a política criminal de emergência tem causado no sistema penal brasileiro, bem como em outros países.

A ruptura entre a tradição democrática reflete o perigo que a pós-modernidade pode incorrer, uma vez que passa a se utilizar das velhas racionalidades punitivas, tendo em vista, que o Estado de Direito não foi suficiente para tutelar a dignidade humana dos grupos atingidos pelo Nacional-Socialismo Alemão do terceiro *Reich*.

Face ao exposto, o modelo de política criminal de emergência não pode prosperar dentro de um Estado Democrático de Direito sob pena de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, pois, ao sabor do autoritarismo, trata seres humanos como descartáveis, ao instituir e legitimar funcionalmente o direito penal do inimigo como base do sistema penal. O direito penal do inimigo retira o *status* de pessoa aos que são atingidos pela lei penal e, assim, rotulá-os como inimigo do Estado.

Ao afirmar a legitimidade do direito penal do inimigo, nega-se a própria existência do Estado Democrático de Direito e, por essa razão, não se apresenta como o modelo de política criminal racional. Ao revés, na realidade, chancela graves violações à pessoa humana, pois instituiu práticas autoritárias e nefastas que atualmente têm permeado os esteios do Estado Democrático de Direito e, em função disso, torna-se muito mais danosa do que as velhas racionalidades punitivas típicas dos regimes autoritários do Século XX, pois naquela ocasião não havia a emergência de uma órbita de cariz democrática.

No que concern e à realidade brasileira, em que pese a existência do punitivismo simbólico do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico penal, muitos esforços estão sendo realizados na criação do Plano Nacional de Segurança Pública o PRONASCI, que corporifica a tendência garatista, instituiu o policiamento comunitário como estratégia político-criminal, prevê o fortalecimento das polícias e, principalmente, contempla meios de emancipação dos espaços públicos, uma vez que possibilita ao cidadão participar do processo de elaboração de políticas-criminais por meio de conferências, sendo uma delas realizada na cidade de João Pessoa.

A polícia comunitária surge, nos últimos anos, como uma forma de resgatar o respeito e a dignidade das agências formais de controle. Atua no plano preventivo e procura estabelecer uma relação de confiança entre os integrantes da localidade, no entanto reforça as tendências criminológicas do *labeling approach* e destina suas ações às chamadas populações de risco.

Por fim, além da emergência de estruturação da política criminal brasileira, faz-se mister observar os desafios do sistema penal que hoje esbarra na formação de uma ordem internacional de justiça penal.

Os esforços contínuos estão no sentido de fortalecer as relações entre os Estados e, principalmente, estabelecer uma jurisdição penal internacional. O Tribunal Internacional Penal é a chancela deste ideal. Os debates mais recentes geram em torno da sua ampliação, ou seja, existe o clamor para que ele também julgue crimes contra o meio ambiente, crime organizado e crimes cibernéticos.

Além da jurisdição, algumas ações estão sendo realizadas na União Europeia no sentido de estabelecer redes de cooperação penal entre os Estados-membros através do Tratado de Schengen e de sua incorporação ao Tratado de Amsterdã que culminou na criação da Europol.

As práticas de cooperação atuam em duas frentes, a primeira no campo processual e a outra no campo da formação de um direito penal substantivo comum. Estas exigências decorrem da própria formação do mercado comum. E devido à livre circulação de pessoas, novas formas delitivas são evidenciadas através também da globalização que trouxe a lume novas tecnologias informáticas que culminaram na produção dos *cybercrimes*, e vem ressaltando, nos últimos anos, o surgimento da criminalidade econômica, em decorrência do aumento das transações e operações nos mercados.

Destarte o desafio de estabelecer parâmetros de um sistema de justiça penal internacional, ainda é um tema novo. Certamente exigirá vários esforços mútuos, para que se possa fixar bases sólidas e concretas, para a aplicação de um direito penal internacional calcado no respeito aos direitos humanos e dissociado das práticas voluntaristas que vêm influenciando o direito penal e a política criminal no mundo.

Desta feita, o emergencialismo deve ceder lugar para o fomento de boas práticas preventivas e não meramente repressivas.

REFERÊNCIAS

- ADAMO, O. D'; BEAUDOUX, Virginia García. Medios de comunicación de masas y percepción social de la inseguridad. *In: Boletín de Psicología*, Valencia, n.º 90, 2007, p.19-32. Disponible em: <<http://www.promolibro.com>>. Acesso em: 23 ago. 2007.
- ALASTEUEY, Eduardo. El contenido emocional de la comunicación en la sociedad del riesgo. Micor análisis del discurso. *In: REIS*, n.º 87, jul-sept, 1999, p. 221-253.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal "moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 68, ano 15, set-out, 2007, p.113-140.
- ARENDRT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- ARIAS. El Principio de legalidad de la represión y la nueva constitución política del Perú: o princípio da legalidade da repressão e a nova constituição política do Peru. *In: Buscalegis, América do Norte*. Disponible em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>>. Acesso em: 11 de Ago. de 2008.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção obra-prima de cada autor).
- BARATTA, Alessandro, **Criminología crítica y crítica del derecho: Introducción a la Sociología Jurídico Penal**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- BAYLEY, David; SKOLNICK, Jerome. **Community policing issues and practices around the world**. Washigton. D.C: United States of America: Criminal Justice, 2006.
- BAZELAIRE, JEAN-PAUL; CRETIN, THIERRY. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Manole: São Paulo: 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. hacia una nueva modernidad. Barcelona; Paidós, 1991.
- BEIRAS, Iñaki; BERGALLI, Roberto (Coord.). **Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas**. Barcelona: Anthropos, 2005. (Autores, Textos y Temas ciencias sociales).
- BERGALLI, Roberto. La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España. *In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Disponible em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>. Acesso: 27 de Ago. de 2008.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Mexico: Siglo XXI, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 10 ed. 2000.

BORJA, Emiliano. **Curso de política criminal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

BOURDIE, Pierre. The force of Law: toward a sociology of the juridical field. *In: The hastings law journal*. vol. 38, 1998, p.805-853.

BRANDÃO, CLÁUDIO; CAVALVANTI, FRANCISCO (Coord.): CANTARELLI, MARGARIDA. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. *In: Princípio da legalidade da dogmática jurídica à teoria do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 349-361.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração universal dos direitos humanos**.

Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern>. Acesso em 12 de -- setembro de 2007.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso: 21 de setembro de 2007.

_____.SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência do STF. HABEAS corpus- Hc – 49717**. Relator(a): min. Thompson Flores publicação: dj data - 15-09-72, julgamento: 03/05/1972 - tribunal pleno. Disponível em:<<http://www.alexandremagno.com>> Acesso em: 1 de Jan. de 2009.

_____.MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.Relatório da primeira conferência nacional de segurança pública.Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em 12 de Jan. de 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CABANA, Patricia. Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley orgânica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas. *In: Nuevos retos del derecho penal em la era dela globalización*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

CALLEGARI, André (Org.); GÜNTER, Jakobs; MELIÁ, Manuel.**Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Coimbra / Revista Dos Tribunais, 2008

_____. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 11, n. 44, jul-set, 2003. p. 120-138.

CAMPIONE, Toni Roger. Fascismo y filosofía del Derecho. *In: Revista de Estudios Políticos*, n.º 103, 1999, p.297-315. Disponível em: <<http://revistas.cepc.es/revistas>>. Acesso em: 15 de Ago. de 2008.

CANOTILHO, JOSÉ. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Do tribunal penal internacional: competência para julgar genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e de agressão (EC nº 45/2005)**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 6 de Nov. de 2009.

CASTRO, Lola. Los crimes de ódio: discurso político y delincuencia violenta em Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica em Venezuela. *In: Revista de las disciplinas del Control Social*, vol. 36, nº. 2, 2008, p. 5-39.

CAVALCANTI, Eduardo. **Crime e sociedade complexa: uma abordagem multidisciplinar sobre o processo de criminalização**. São Paulo: LZN- Campinas, 2005.

CERBINO, Mauro. El (en) cubrimiento de la inseguridad o el «estado de hecho» mediático. *In: Revista Nueva Sociedad*, n.º 208, 2007, p.86-112. Disponível em: <<http://www.nuso.org>>. Acesso em: 12 de Ago. 200

COHEN, Albert. **Delinquent Boys: the culture of the gang**. Chicago: American Journal of Sociology, 1971.

CONDE, Francisco José Muñoz. La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo: ¿Un paso hacia la solución final de la cuestión social? *In: Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminología*, Granada, n.º 4, 2002, p.04-22, 27. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/>>. Acesso em: 12 de Jul. 2008.

_____. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juis, Tard. Paulo César Busato, 2005.

CÓRDOBA, Federico Escobar. El desarrollo y la fisonomía del Derecho socialista. *In: Criterio Jurídico*, 2008, p.157-194. Disponível em: <<http://www.puj.edu/>>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

COUTHBERT, Mike. **European Union law**. Fourth London: Sweet & Maxwell, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Theodomiro. **Policimento comunitário e controle externo da polícia: a experiência norte-americana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000.

DAGUZAN, François. El terrorismo islámico em Francia. *In: Circunstancias: Revista de estudos sociais del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, n.º18. Disponível em: <<http://www.ortegaygasset.edu>> Acesso em: 15 de Jan. de 2009, [s.p].

DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico**. Trad. Ernestina de Champourcín Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European convention on human.**
Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>> Acesso em 27 Ago de 2008

FARIA, EDUARDO. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria e prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania.** Trad. para o Espanhol, da 14ª edição alemã, por Eugenio Raúl Zafaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.

FIRCHOW, Thilo. Police et société modèles de relations avec la communauté dans l'espace urbain sensible *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 14, 2000, p.87-98.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 23. ed, Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

FORERO, Cláudia. Principios constitucionales: manifestación positiva de los principios generales del derecho (sistema jurídico colombiano: derecho en parte natural y en parte positivo). *In: Revista telemática de filosofía del derecho*, n.º 6, 2002/2002, p. 167-192.

GARCÍA, José. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. *In: Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización. Valencia: Tirant Lo Blanch*, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Trad. Raul Fiker, 5 reimpresão. São Paulo; UNESP, 1991.

GRAUS Antonio Pedro Baylos. Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. *In: Cuaderno de Relaciones Laborales*, Madrid, n.º 15, 1999, p.19-49.

GRECO, Luís, Sobre o direito penal do inimigo. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 56, ano 15, p. 82-97, Jan-Fev, 2005.

_____. **Direito penal do equilíbrio** uma visão minimalista do direito penal. 4 ed, ver, amp. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HARADA, Kiyoshi. Evolução legislativa da sanção penal em matéria tributária. *In: Revista do Ministério Público*, São Paulo: MP, 2004, p. 122-136.

KAHAN, Dan M.. La Teoría del Dilema del Valor: Una Crítica del Análisis Económico del derecho penal; trad. Wilson Alejandro Martínez Sánchez. *In: Letras Jurídicas: Serie de Estudios de Trabajo Ecuelas de leyes de Yale*, 2002. Yale, n. 6, p.1870-2155, 2008. Disponível em <<http://letrasjuridicas.cuci.udg>>. Acesso em: 12 de Jun. de 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Edipro, 2003.

KERNIC, Franz. La producción de inseguridad en la sociedad global. In: recoge los contenidos presentados a: i congreso internacional de historia de nuestro tiempo, 2007. Logroño. **La producción de inseguridad en la sociedad global**. Logroño: Universidad de La Rioja, 2008. p. 71 - 78. Disponible em: <<http://dialnet.unirioja.es/>> Acesso em: 17 de Ago. de 2008.

KNUTSSON, Johannes. **Problem-oriented policing from innovation mainstream**, vol 15. United States of America: Criminal Justice Press, 2003.

KURI, Patrícia. La ciudad, espacio de construcción de ciudadanía. In: **Revista Enfoques**, n.º 7, segundo semestre, 2007, p. 85- 107.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ, Conde. **Introducción a la criminología** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HUNGRÍA, Nélon. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HUMAN RIGHTS WATCH. Disponible em: <www.hrw.org.>. Acesso em: 11 de Jan. de 2010.

IPIÑA, Antônio Beristain. **Política criminal comparada, hoy y mañana**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

JOHNSON, Elmer. **Crime, correction and society** .4 ed. George Town: The Dorsey Press, 1978.

HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. 2. ed. Barcelona: Península, 1978.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006.

LARRAURI, Elena. **Direito y criminología**. La herencia de la criminología crítica. México: Siglo Veinteuno de España Editores, 2000.

LEITE, Flamarion. **Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEHNING, Arthur. **Marxismo y anarquismo**. Buenos Aires: Utopia Libertaria, 1970.

LOSANO, Mario G.. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAGNO, Alexandre. Julgamento: HC. 49717. Disponible em: <<http://www..aledanremagno.com>, > Acesso em 01 de Jan de 2009.

MARCUSE, Herbert. **La sociedad industrial**. Buenos Aires: Editorial Quintaria, 1969.

MARTIN, Elizabeth (Ed.). **Oxford Dictionary of law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2003.

- MARTY, Mireille Delmas. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.
- MORAES, ALEXANDRE. **Direito penal do inimigo**. A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009.
- MOURA, Antônio Carlos Iranlei Toscano. **Tribunal Penal Internacional e o combate à criminalidade econômica**. 2007. Dissertação (Mestrado em Jurídicas: CCJ) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2007.
- MATTEU, Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- MOLINA, Pablo; GOMES, LUÍZ. **Criminologia**. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret. 2002.
- NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da comissão de direitos humanos E/CN. 4/2006/120 sobre a situação dos detidos em Guantánamo**. Disponível em: <<http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/844/815/document/es/text.html>> Acesso em: 21 de Out. de 2007.
- NAPOLITANO, Tomaso. **La política criminale sovietica**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936.
- PASCHOAL, Janaína, **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PAZ, Miguel Ángel Núñez. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *In: Instituto Brasileiro De Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 61, ano 14, julho, 2006, p. 09-43.
- PEROTTI, Janvier. **La Cooperacion Argentina en la Lucha contra el Terrorismo en el Contexto Internacional e Interamericano**. UNISCI Discussion Papers, n.º. 20, 2009 [s.n].
- PICCA, GEORGES. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional? *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 17, 2003, p. 133-137.
- PUBLICATIONS PARLIAMENT UK. **Case law: A and others v Secretary of State for the Home Dept (2004) UKHL56**. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa>>. Acesso em 27 Ago de 2008.
- PREUSS, Lawrence. Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law *In: Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951), vol. 26, n.º 6, 1936, p. 847-856.

REZEK, Chade Neto. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*: Nueva Serie Año XXXV, Mexico, n.º 103, p.01-11, 2002. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.>>. Acesso em: 12 de Jun. de 2009.

RIPOLLÉS, José. **A racionalidade das leis penais**. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERTTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

RODRIGUES, Anabela; MOTA, José. **Para uma política criminal europeia**. Quadro de nstrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da união europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**: elementos del delito en base a la política criminal. Barcelona: Promociones Y Publicaciones Universitarias S.a, 1992. (Derecho y estado).

SALVADOR, ALAMIRO. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTANA, Selma, **A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”**. *In Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 52, ano 13, jan-fev, São Paulo, 2001, p.157-167.

SANTORO, Emilio. O papel do cárcere no governo das migrações do “governo” da população à cidadania excludente. *In: IV Seminário internacional de direitos humanos da ufpb*. João pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2007. p. 22 - 27.

SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 4 vol. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIEGLE, Larry; Welsh, Brandon. **Juvenile delinquency**. Theory, practice, and law. Canadá: Cengage Learning, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Pablo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 46, ano 12, jan-fev, 2004, p.124-158.

SINGER, Peter. **Marx: A Very Short Introduction**. Oxford New York: Oxford University Press, 1980.

SCHMITT, Carl. **El crímen de guerra de agresión en el derecho internacional, y el principio nullum crimen, nulla poena sine lege**. Trad. Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde. Argentina: Hamurabi, 2006.

SWAANINGEN, René. La política de seguridad ciudadana en Holanda: Traficando con el miedo. *In: Revista Española de Investigación Criminológica*, 2005, p.1-21.

_____. Reivindicando a la criminología crítica: justicia social y tradición europea. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 32, ano 8, out-dez, 2000, p. 229-251.

SZABO, Denis. Sociétés multiculturelles, criminalité et victimization. *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º17, 2003, p. 213-221.

TÔRRES, ANA. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VABRES, H. Donnedieu de. **La crise moderne du droit pénal: La politique criminelle des états autoritaires**. Paris: Librairie Du Recueil, 1937

VICENTA, Cervelló Donderis. **Derecho penitenciario**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

VÖHRINGER; Arturo. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *In: Revista chilena de derecho*, vol. 30, n.º 3, 2003, p. 471-489.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Política criminal latinoamericana: perspectivas - disyuntivas**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZALTA, Edward (Ed). **Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/>> Acesso em 26 de Nov. de 2008.

ZAPATA, Patricio, Larraín. **La jurisprudencia del tribunal constitucional**, Biblioteca Americana: Universidad Andrés Bello, Chile, 2002.

ZOLO, Danilo. **Globalizzazione una mappa dei problemi**. Florença: Laterza, 2004.

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º.46, ano 12, jan-fev, 2004, p. 115- 129.