

## 4

# Cultura Jurídica e Política Criminal na Virada do Milênio

### 4.1

#### Notas Introdutórias

Vimos de sustentar que no período eleito como objeto de nossa reflexão, o legislador teve dificuldades na tarefa de construção de uma política criminal consistente no novo modelo de estado democrático, não obstante a atividade legislativa, em matéria penal, tenha sido intensa. Também sustentamos que na ausência e na imprecisão do legislador, o protagonismo do poder Judiciário cresceu, em especial o do STF, que acabou por abraçar a tarefa de formular os vetores desta política criminal, com todos os riscos que a sobreposição destes papéis encerra, especialmente no âmbito do direito criminal.

Os atores que elegemos nos capítulos anteriores, por certo, não estão isolados e nem tampouco insensíveis aos planos externos de ideias e movimentos. A doutrina editorial, incluindo a acadêmica produziu leituras e formulou proposições sobre a matéria que, em maior ou menor escala, interferiram na trajetória assumida pelo Congresso Nacional e pelo STF neste intervalo. Ainda que estas intervenções e influências não tenham se dado de forma clara e ostensiva, e muitas vezes tenham sido metabolizadas na forma de resultados que mais refletiram proveitos políticos episódicos, do que precisamente expressões de uma formulação refletida.

Assim, o circuito histórico do legislador e do STF traz como pano de fundo algumas ideias que se estabeleceram de forma desordenada e pouco sistêmica no universo do direito penal brasileiro. Isto porque, enquanto a teoria privilegiava um discurso, o cenário político se movimentava em outros, e as instituições do Judiciário e do Ministério Público, encarregadas da materialização destes discursos, vivenciavam ainda outras opções.

O rigor classificatório não permite catalogar ou agrupar todas as redes de ideias aqui expostas, como sistemas ou correntes de política criminal. Há muito de criminologia, algo de dogmática penal, um outro tanto de teoria do direito, planos interdisciplinares e propostas político-criminais no sentido estrito. Nossa opção por agrupá-las neste capítulo se deveu, portanto, menos pela sua natureza e mais pelo potencial que exerceram para o resultado político criminal brasileiro. A própria confusão e superposição de correntes de pensamento contribuiu para a formatação do resultado até agora descrito. E para ser fiel ao viés cultural que nos distingue, ainda que múltiplas, as formas de pensar acabaram reduzidas de forma genérica e pouco crítica em dois grupos opostos: os que defendem a ampliação do direito penal e os que advogam por sua redução. Pairando sobre todos, a invocação desavisada e pouco criteriosa do garantismo.

Tentar descrever o plano caótico de pensamentos que permeou os rumos da política criminal brasileira pós-constituente é tarefa difícil e que oferece riscos. Não somente pela multiplicidade de vertentes que simultaneamente circularam no Brasil e no exterior, bem assim, pela dificuldade de se estabelecerem conexões concretas entre estas e as posturas adotadas pelos atores em questão. Isto porque, obviamente, nenhuma proposição legislativa ou mesmo argumentação judicial assumiu um compromisso ostensivo com uma corrente crítica, ou ainda com uma denominação declaradamente punitivista<sup>1</sup>. Assim, a superposição de termos e classificações que a doutrina oferece serve, antes, como auxílio e ferramenta na tentativa de identificar nuances de filiação, mas desde já abdicamos da tarefa de estabelecer estas relações de forma dogmática.

Também porque a resultante de política criminal concretizada em um país jamais refletirá uma linha pura de pensamento, nem mesmo se apresentará de modo clinicamente limpo na realidade legislativa<sup>2</sup>. Ao contrário, tanto as opções legislativas, quanto os encaminhamentos jurisprudenciais oscilam ao sabor de

---

<sup>1</sup> Exceção se faz, atualmente, na exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Penal recentemente aprovado no Senado, que assume expressamente sua filiação garantista.

<sup>2</sup> Nas palavras de Cancio Meliá em CANCIÓ MELIÁ, Manuel. “De Nuevo: derecho penal del inimigo?”. In: STRECK, Lenio (org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

vários outros fatores além da doutrina, e são produtos de conjunturas históricas e culturais.<sup>3</sup>

Não se pode esquecer, por outro lado, que a circulação das ideias no plano nacional reverberava o debate no plano internacional, voltado para realidades próprias, mas que obviamente exerceram grande influência no pensamento brasileiro. Algumas ideias – ao menos as mais relevantes – precisam ser pinçadas deste universo, devidamente catalogadas e identificadas no processo de formação ou deformação da política criminal no Brasil democratizado.

Para isto, optamos pela descrição do panorama das principais vertentes político-criminais que a Europa debateu no período estudado, passando em seguida à conjuntura brasileira. Centramos este estudo, privilegiando especialmente autores de dois países: Espanha e Alemanha e, sobre isto, necessária uma justificação.

A Alemanha, porque historicamente legou ao mundo o mais sofisticado construto argumentativo da dogmática penal, na elaboração das categorias da teoria do crime, que até hoje subsidiam o direito penal dos países ocidentais, aí incluído o Brasil. Também porque é de lá que provêm, ainda hoje, os mais importantes influxos da ciência criminal que influencia o mundo ocidental, tais como o funcionalismo, e as correntes da Escola de Frankfurt. A escolha de autores espanhóis segue a mesma linha. Também de lá chegam proposições e análises indispensáveis a quem se dispõe ao estudo em questão. Além do diálogo entre espanhóis e alemães em matéria de direito penal ser dos mais intensos, o que facilita o acesso do estudioso brasileiro ao pensamento alemão, ao menos na superação da barreira da língua, as interações culturais e históricas do Brasil com a Espanha permitem a construção das ligações entre o que se dá no plano internacional e suas inflexões na realidade interna.

---

<sup>3</sup> Nas palavras de Delmas-Marty, *a política criminal, em uma dada sociedade e num dado momento de sua história, só é aparentemente explicada pela influência de uma ou outra corrente ideológica, mesmo dominante. Além do sistema das correntes contrárias nas sociedades pluralistas, a política criminal é sempre a resultante de muitos outros fatores, não somente políticos, mas econômicos e culturais. Resultante jamais fixa, equilíbrio sempre instável, imagens obstinadamente múltiplas.* (DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal.** trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004. p. 59)

Por outro lado, diante da realidade da União Européia, a Europa se debruça de forma intensa na abordagem dos rumos que o Direito Penal Europeu deve assumir, na busca de uma linguagem comum que permita a integração dos diversos ordenamentos nacionais<sup>4</sup>. Por si só, este esforço é fonte importante de dados e subsídios. Por fim, o fato de termos elegido, neste trabalho, o viés da política criminal plasmado no sistema de leis penais, e não nas instâncias de repressão, como a polícia ou o sistema penitenciário, determinou a preferência por autores europeus continentais, pela aproximação óbvia da tradição romano-germânica do direito. Eis porque, em nossa análise, não nos centramos no pensamento da política criminal norte-americana, embora indiscutivelmente esta tenha produzido conhecimento relevante na matéria.

## 4.2

### O panorama europeu da política criminal da virada do milênio

O final do século XX e o início do século XXI foram marcados, no plano político-criminal, pela emergência da sociedade do risco. Os efeitos da globalização na forma da redução drástica das distâncias e do tempo de trânsito das ideias e iniciativas elevaram exponencialmente a aptidão que determinados eventos têm para comprometer e lesar um número cada vez maior de pessoas e bens. E isto pode ser aplicado tanto para as relações econômico-financeiras, quanto para as epidemias, passando de forma profunda e preponderante pelas relações do homem com o meio ambiente.

Elucidativa a proposição de Erhard Denninger para quem a atualidade apresenta uma mudança radical no paradigma do direito constitucional, historicamente calcado nos valores da liberdade, igualdade e fraternidade. Para ele, o modelo tenderia para valores que, desdobrando estas ideias originárias, se estabeleceriam nos valores da tolerância, segurança e solidariedade<sup>5</sup>. De fato, a noção de segurança catalisa hoje boa parte da reflexão no direito e, naturalmente,

---

<sup>4</sup> Sobre o tema, DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito – Do Código Penal aos Direitos Humanos*. trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.

<sup>5</sup> DENNINGER, Erhard. “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. In: *Constellations*. v. 7, n° 4. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

no direito penal, o ramo mais diretamente ligado a esta ideia. O início do novo milênio trouxe ainda o trauma profundo dos ataques terroristas de larga escala que, para além da violência intrínseca dos episódios, apontaram para a relação conflituosa entre ocidente e oriente, vivenciada nos movimentos imigratórios da Europa e dos EUA.

Inevitável que a questão sobre qual o papel do direito penal frente a estas novas formas de lesividade frequentasse os debates político-criminais. A definição sobre a conveniência de se usar o modelo criminal para fazer frente aos riscos atômico, químico, ecológico, genético e socioeconômico é o centro da discussão da política criminal no mundo ocidental de hoje<sup>6</sup>.

Isto porque desta definição emerge o enigma que desafia não somente os estudiosos do direito penal, mas principalmente os constitucionalistas e os dedicados à filosofia do direito, que têm diante de si a tarefa de buscar respostas para as quais ainda não há consenso. A expansão do direito penal para o enfrentamento dos novos riscos limita ou aumenta a liberdade dos indivíduos? É correto afirmar que quanto mais se expande o direito penal para tratar de garantir a segurança da sociedade, mais também se limitam as liberdades individuais? Diante desta nova ordem de riscos, o incremento da segurança incrementa também a liberdade? Basicamente, a questão é saber se é possível compatibilizar o processo de expansão do direito penal com o sistema já cristalizado de direitos fundamentais vigente nos países ocidentais<sup>7</sup>.

O debate já evidenciou a coexistência de diferentes correntes de pensamento e que tentaremos sintetizar nas linhas seguintes, com a ajuda de Muñoz Conde<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre o tema, vejam-se também: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Limites Objetivos y Subjetivos a La Intervencion Penal en el Control de Riesgos*; e ainda GOMEZ MARTÍN, Victor. *Liberdade, Segurança e Sociedade de Risco*, ambos In: GOMEZ MARTÍN, Victor (coord). *La Política Criminal en Europa* Barcelona: Ed. Atelier, 2004.

<sup>7</sup> A natureza destas reflexões é sintetizada por Jesus-Maria Sanchez em obra de referência obrigatória: SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>8</sup> Em 2000, realizou-se em Toledo, na Espanha, um simpósio internacional promovido pela Universidade de Frankfurt, Universidade de Bolonha e Universidade de Castilla-La Mancha em que se discutiram precisamente estes problemas e se buscou um delineamento para o futuro de direito penal. Do evento participaram os principais nomes das vertentes em questão, penalistas alemães, espanhóis e italianos, como Hassemer, Claus Roxin, Muñoz Conde, Silva Sanchez, Díez

### 4.2.1

#### A Escola de Frankfurt

No centro da discussão e com grande influência na Europa e também no Brasil, situa-se o pensamento da Escola de Frankfurt<sup>9</sup>.

Os autores que se filiam ao pensamento desta Escola situam-se na vertente mais crítica do processo de expansão do direito penal por decorrência da assim chamada sociedade do risco, advogando por um direito penal mínimo. Por entenderem que o direito penal é um ramo de consequências duras e gravosas aos direitos fundamentais, deve-se ater à proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Para os adeptos da escola de Frankfurt, o direito penal deve manter-se fiel a todo custo às garantias individuais do direito liberal, reduzindo-se ao seu núcleo mínimo e tradicional, resultando disto sua incompatibilidade com a proteção dos novos riscos já que segurança e liberdade seriam dois interesses eternamente em conflito, não realizáveis de maneira simultânea<sup>10</sup>.

Tendo na figura de Winfried Hassemer, um de seus principais articuladores, a Escola de Frankfurt<sup>11</sup> parte da ideia cara aos penalistas alemães de que a dogmática penal instrumentaliza as prescrições ditadas pela política criminal; daí as relações intrínsecas e indissociáveis entre uma e outra ciência. Diga-se cara aos alemães, por conta da histórica tentativa de separação entre estes ramos, especialmente no período do terceiro Reich, em que penalistas de grande influência serviram ao regime e ao seu direito penal, sob o argumento de que trabalhavam com dogmática penal e esta seria uma linguagem neutra da ontologia

---

Ripollés, Massimo Donnini, entre outros. O evento resultou na publicação da obra “Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo - El analisis crítico de La Escuela de Frankfurt” (ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTIN, Adan (coords.). *Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo - El analisis crítico de La Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003). Boa parte das ideias de que nos valeremos neste capítulo extraem-se desta obra que, de certa forma, sintetizou toda a plêiade de correntes político-criminais que perpassa a discussão no plano internacional.

<sup>9</sup> Refere-se, a doutrina, aos penalistas, sociólogos e criminólogos que integram o Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt (Institut für Kriminalwissenschaften), na Universidade de Frankfurt.

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, Victor. “Liberdade Segurança e Sociedade de Risco”. In: GÓMEZ MARTÍN, Victor (coord.). *La Política Criminal en Europa. passim*.

<sup>11</sup> Outros representantes desta escola: Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Felix Herzog, Lothar Kuhlen, Cornelius Prittwitz. Nenhum deles, todavia, teve a penetração no Brasil como Hassemer.

do crime. A década de setenta do século passado escancarou a fragilidade deste argumento e tornou claro o desconforto de alguns setores em relação às posições que assumiram no passado totalitário. Disso resultaram proposições, dentre tantos, como a de Hassemer, para quem é a política criminal que elabora as metas do sistema do direito penal, por meio das normas jurídico-penais que, por sua vez, definem as condutas que produzem os conflitos relevantes, bem assim a forma e os limites da reação jurídica. Já a dogmática elabora as normas relevantes para a política criminal, propondo continuamente as regras linguísticas aplicadas para o enfrentamento do caso a que se refere a descrição da norma<sup>12</sup>.

A marca predominante dos representantes desta escola é o ceticismo em relação às possibilidades que tem o direito penal como instrumento adequado para o enfrentamento da nova ordem de riscos que emergiu com a virada do milênio, já que disponíveis outros instrumentos sancionadores, menos custosos e pretensamente mais eficazes, como o direito civil e o administrativo, cujos institutos poderiam configurar um “direito de intervenção”<sup>13</sup>.

Nas palavras do próprio Hassemer, apontando as características principais da Escola de Frankfurt:

la profunda convicción de que se ha de ser extremadamente cauteloso con la política interior que se efectúa a través de los instrumentos penales. Forman parte de nuestras tradiciones científicas principios como que el derecho penal debe considerarse la ultima ratio, que há de preservar su carácter fragmentario y que otros ámbitos jurídicos deben utilizarse conjuntamente con el derecho penal para la protección de bienes jurídicos.<sup>14</sup>

A Escola de Frankfurt propõe um direito penal nuclear voltado à proteção dos bens de que tradicionalmente se ocupou, como a vida, a integridade física e a liberdade do indivíduo, reservando-se sua incidência a delitos como o

<sup>12</sup> Hassemer, apud. MIÑOZ CONDE, Francisco. *La Relación entre Sistema Del Derecho Penal y Política Criminal – Historia de una Relación Atormentada*. Mexico D.F.: Editorial UBIJUS, Instituto de Formación Profesional Mexico D.F., 2008. p. 38/39. Na mesma citação, a pergunta de Hassemer “*hasta que punto puede El Juez introducir en sus decisiones planteamientos político-criminales y adaptar las normas al cambio social mas Allá de lo que el tenor literal de las mismas permiten? Hasta donde puede el legislador vincular tan estrictamente al juzgador que o le permita ningún tipo de discrecionalidad en el ámbito de la determinación de la pena (...)*” (Ibid. p. 39)

<sup>13</sup> Ibid. p. 41

<sup>14</sup> HASSEMER, Winfried. “Presentación”. trad. Adrián Nieto Martín. In: *Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo – El análisis crítico de La Escuela de Frankfurt*. Colección Estudios. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

homicídio, roubo, lesões corporais, crimes contra a liberdade sexual. A extrapolação destes limites implicaria em sua ilegitimidade<sup>15</sup>.

Por outro lado, tudo o que exceder este direito penal nuclear, deverá ser tratado pelo “direito de intervenção”, cujos contornos precisos ainda não estão devidamente definidos, mas que encerrariam aspectos do direito civil e do direito administrativo, e a outros mecanismos de controle social<sup>16</sup>.

No Brasil, a tese encontra a simpatia de inúmeros autores, especialmente aqueles vinculados à criminologia crítica que será adiante abordada.

#### 4.2.2

##### A visão expansionista

Por outra via, caminham aqueles que enxergam no direito penal uma importante ferramenta para a proteção de bens jurídicos expostos a uma nova ordem de riscos que podem chegar a escalas multitudinárias, sobretudo ante a perspectiva que oferece, o direito penal, de criar uma consciência coletiva sobre a importância e necessidade de proteção destes novos âmbitos, e o problema ambiental se oferece como o melhor exemplo.

Para esta ampliação do direito penal, se imporia uma adequação da dogmática, no sentido de desenvolver ou aprimorar categorias como a do crime de perigo abstrato<sup>17</sup>, além da antecipação da intervenção penal a momentos prévios, por vezes distantes das lesões concretas aos bens jurídicos protegidos.

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTIN, Víctor. “Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”. In: GÓMEZ MARTIN, Víctor (coord.). *La Política Criminal en Europa*. p. 64

<sup>16</sup> PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad de riesgo y derecho penal”. In: *Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo – El análisis crítico de La Escuela de Frankfurt*.

<sup>17</sup> Em verdade, o direito penal já trabalha com crimes de perigo abstrato desde muito antes da emergência da chamada sociedade de risco. No direito brasileiro, desde o código de 1940 já se encontravam presentes figuras de perigo abstrato, tendo a doutrina tradicional trabalhado sobre o tema. Mais frequente em tipologias que lesam interesses individuais, o perigo abstrato também já era empregado na proteção de interesses coletivos, e o exemplo mais emblemático se dá com o crime de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal. A diferença atual se dá com a utilização mais amiúde desta categoria em novos tipos penais, ao contrário do caráter excepcional que tinha, o que importa sempre na antecipação da intervenção penal.



Principalmente, a dogmática precisará, e disto já vem se ocupando<sup>18</sup>, redimensionar o conceito de bem jurídico, já que a dificuldade de materialização, em alguns casos, gera controvérsias e incertezas quanto à legitimidade da intervenção penal<sup>19</sup>.

Em verdade, a discussão em torno de ser a proteção de bens jurídicos a finalidade do direito penal concentra boa parte da atenção dos estudiosos hoje. Vincular a legitimidade do direito penal à ideia de utilidade e necessidade de proteção de bens jurídicos é a posição garantista da grande maioria da doutrina, mas a definição dos contornos do que vem a ser bem jurídico tutelável pela norma penal marca a diferença de posição daqueles que enxergam no direito penal um instrumento válido para a nova conjuntura de conflitos do novo milênio. Isto porque os defensores desta vertente, e dentre tantos, destaca-se a posição de Claus Roxin, Francisco Muñoz Conde, Victor Gomez Martín, Corcoy Bidasolo e Bernd Schünemann, sustentam um conceito mais amplo de bem jurídico, que transcenda a concepção liberal individualista do Iluminismo e permita seja empregado para abarcar valores comunitários, indispensáveis para a coexistência pacífica e livre entre cidadãos.

---

<sup>18</sup> Sobre o tem.: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

<sup>19</sup> No Brasil, um dos exemplos mais usuais de dificuldade de adequação do tipo penal à teoria tradicional dos bens jurídicos se dá na Lei 7.492/86, dos crimes contra o sistema financeiro. Frequentes são as discussões em torno de uma suposta inconstitucionalidade dos tipos ali descritos, diante da imprecisão do bem jurídico tutelado, já que são diversas as figuras que encerram delitos de perigo abstrato, tais como o artigo 4º e seu parágrafo, respectivamente os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira. A mesma polêmica atinge a lei 9.603/97, de lavagem de dinheiro. Ambas as leis apontam para a flagrante transformação que o conceito de bem jurídico vem sofrendo em virtude da vertente comunitária que avança pelo direito penal, apontando para uma visão de bem jurídico mais voltada à funcionalidade dos sistemas sociais, do que propriamente, ou isoladamente, às lesões individualmente perceptíveis. No caso da gestão temerária de instituições financeiras, pune-se a colocação em risco da poupança captada, ainda que nenhum poupador tenha sido efetivamente lesado. O mesmo se diz com a lavagem de ativos, em que se pune o terceiro que oculta ou reinsere produtos de crimes antecedentes. Não há vítimas individualizadas, neste último caso, nem lesão aferível ou dimensionável.

Assim, para Claus Roxin<sup>20</sup>, bens jurídicos serão entidades reais, como a vida, a integridade física, a propriedade, mas também o são, aqueles que não têm realidade material, embora sejam parte da realidade empírica, tais como os direitos humanos e os direitos fundamentais. Assim, legítima estará a invocação do direito penal à proteção do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade de consciência ou de culto. Do mesmo modo, legítima é a tutela penal das instituições estatais, como a administração da justiça, o sistema financeiro e monetário, dentre outros interesses da sociedade, cuja lesão pode prejudicar de forma duradoura a vida dos cidadãos. Para ele, em síntese, bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal são realidades ou fins necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim<sup>21</sup>.

A ideia central desta vertente do pensamento político-criminal sustenta que a estrutura atual do direito penal, com suas conquistas liberais consolidadas, é indispensável, mas não suficiente para atender à nova ordem de demandas, exigindo uma adequação evolutiva que não represente renúncia de espécie alguma ao quadro axiológico de valores que formatou o direito penal desde o século XIX, mas que permita sua atualização no novo contexto histórico<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> As contribuições de Claus Roxin na política criminal e suas vinculações com a dogmática do direito penal são muito mais amplas e não se poderá adentrar nelas, sob pena de se perder o foco do presente trabalho. Indispensável destacar, por ora, alguns pontos fundamentais. Em seu projeto exposto no opúsculo “Política Criminal e Sistema de direito penal” publicado em 1970, Roxin se opôs categoricamente ao modo de pensar do finalismo. Como se sabe, o finalismo sempre se utilizou do método dedutivo e de verdades axiomáticas e ônticas, como o próprio conceito não jurídico de ação, a partir do qual fez decorrer toda a sua teoria do delito. Insatisfeito com a visão da dogmática pura, que lida com categorias axiomáticas e pré-jurídicas, Claus Roxin trabalha dentro do projeto de um direito penal funcional, onde se desvendem as profundas e indelévels coligações entre esta dogmática e a política criminal que se desenha por trás dela. Por este viés, Roxin propõe um reajuste de todo o conceito analítico do crime, através do qual todas as categorias serão submetidas a um “*choque funcional*”, onde se desvendem seu verdadeiro papel dentro da política criminal. Por outro lado, comprometido com a visão democrática do direito penal, esta política criminal norteadora da dogmática se vincula necessariamente com os objetivos de um Estado Democrático de Direito, pelo que, toda a estrutura do delito é readequada e instrumentalizada em favor daqueles objetivos. Seu projeto, pois, é de inserção da política criminal no sistema de direito penal, de maneira a estabelecer ou desvendar o inevitável diálogo que deve se travar entre estas esferas (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.)

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, “Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 447/448.

<sup>22</sup> Na defesa deste ponto de vista, também Jorge Figueiredo Dias; DIAS, Jorge Figueiredo. “O direito penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.33. São Paulo: RT, 2000. p. 65.

Este segundo setor da doutrina não vê incompatibilidade entre liberdade e expansão do direito penal para novos domínios, já que parte da premissa de que não se poderá ter liberdade sem segurança, esta entendida em todo o seu amplo significado, e a proteção do meio ambiente serve como exemplo desta concepção ampliada de segurança.

Uma derivação desta corrente, representada por Silva Sánchez, se coloca a meio caminho, propondo uma setorização da dogmática, com a segmentação da parte geral do direito penal em uma via válida para a generalidade dos crimes e uma outra específica para esta nova espécie de criminalidade, configurando-se, então, um direito penal de duas velocidades<sup>23</sup>. Figueiredo Dias descreve esta vertente como sendo uma via de expansão do direito penal<sup>24</sup>, pela qual, aos problemas específicos desta nova ordem de riscos, o direito penal deveria ser dual ou dualista. Com um cerne duro e perene, responderia aos conflitos tradicionais interindividuais. Convivendo com este núcleo imodificado, se situaria uma parte periférica, onde os princípios garantistas seriam relativizados, amortecidos ou transformados, para atender à proteção destes novos modelos de macrocriminalidade<sup>25</sup>.

Já sustentamos em oportunidades anteriores que a Constituição brasileira tomou partido desta visão expansionista, assumindo o direito penal como instrumento válido de tutela de interesses supraindividuais.

A produção legislativa no período estudado também assumiu esta expansão, em leis como a do meio ambiente, lavagem de ativos, biossegurança<sup>26</sup>, entre outras. A par disso, a corrente expansionista ainda encontra simpatia entre inúmeros autores, entre eles destacando-se Lenio Luis Streck e Luciano Feldens.

---

<sup>23</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María S. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais, série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, 2002.

<sup>24</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. “O direito penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.33. p. 52.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 55.

<sup>26</sup> Lei 9.605/98; Lei 9.613/98 e Lei 11.105/05, respectivamente.

### 4.2.3

#### O direito penal do inimigo

Ambas as correntes de pensamento aqui descritas situam-se ao centro do espectro ideológico do debate. Nos extremos, encontram-se as teses mais radicais, como o direito penal do inimigo, de um lado, e as várias vertentes do abolicionismo penal de outro. Do primeiro cuidaremos neste item, ficando o segundo para o próximo.

Tanto a Escola e Frankfurt, quanto seus críticos unem-se<sup>27</sup>, todavia, na objeção ao funcionalismo de Günther Jakobs, professor aposentado da Universidade de Bonn, que representa uma vertente mais radical do pensamento político-criminal da atualidade. Mais conhecido no Brasil pela sua proposta de direito penal do inimigo, Jakobs tem um trabalho amplo na questão das relações entre dogmática e política criminal e de estruturação da teoria do delito<sup>28</sup>.

Profundamente influenciado pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann<sup>29</sup>, Günther Jakobs elabora sua versão de funcionalismo penal, em uma

<sup>27</sup> Ademais, o simpósio de Toledo, já mencionado, terminou, no entender de Muñoz Conde, em “*empate técnico*” entre os defensores da perspectiva clássica do direito penal e os defensores de sua expansão (MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Relación entre Sistema Del Derecho Penal y Política Criminal – Historia de una Relación Atormentada*. p. 41)

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. trad. Gercelia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>29</sup> Foi durante a década de oitenta do século XX, que Luhmann ousou transportar as teorias da autopoiesis para a sociologia e também para o Direito. A teoria da autopoiesis, por sua vez, originou-se da biologia, como uma tentativa de conciliar as respostas filosóficas e das ciências naturais às indagações formuladas para o surgimento da vida. A autopoiesis preconiza que estas respostas devem ser buscadas na observação do funcionamento de um sistema vivo, que se manifestasse pela *autonomia* e pela *constância* de organização das relações entre as unidades constitutivas deste sistema. Esta organização seria totalmente “autorreferencial”, ou seja, seu sentido e sua própria ordem seriam geradas a partir da interação de seus próprios elementos. Da mesma forma, tal organização do sistema vivo seria “autorreprodutiva”, na medida em que a geração dos elementos do sistema se dá como produto da interação circular e recursiva dos próprios elementos. Com isto, para a teoria da autopoiesis, a vida surge quando as unidades de um sistema constantemente reproduzem-se a si próprios, com a manutenção de sua identidade, circunstância que somente se dará em uma situação de clausura ou de separação absoluta do meio exterior. Os esforços de Luhmann fizeram migrar a teoria da autopoiesis da biologia para o terreno das ciências sociais, com o que deixou de ser tida apenas como uma explicação teórica para o surgimento da vida, para ser tomada como uma teoria genericamente explicativa dos fenômenos sociais, dentre estes os jurídicos. Valendo-se dos postulados da autopoiesis, Luhmann construiu sua conhecida teoria dos sistemas, afirmando que autorreferência, autorreprodução, clausura sistêmica e circularidade eram princípios também válidos para os sistemas sociais, sendo que estes teriam como elementos constitutivos, não os seres vivos individuais, mas os “atos de comunicação”. Com o Direito isto se daria, por exemplo com a criação de códigos como os “atos jurídicos”, o que faria do Direito um “subsistema social”, destacado do sistema geral, autônomo e fechado em si próprio, embora sujeito remotamente a influências dos demais subsistemas.

vertente que se distancia daquela proposta por Roxin. Para ele, a constituição de uma sociedade como tal, somente tem lugar através do estabelecimento e do reconhecimento recíproco de normas. A sociedade e o indivíduo se manifestam, portanto, em um contexto de comunicação, que é o veículo pelo qual as normas se estabelecem e são reconhecidas. É, portanto, impossível pensar em se desvincular o conceito de sociedade do de Direito como subsistema social cujos elementos são precisamente as normas<sup>30</sup>.

Estas normas, quando não são “dadas” pelo mundo racional, como as normas das ciências naturais, cujo descumprimento acarreta, automaticamente, para o transgressor, consequências de ordem naturalística, ou “penas” naturais, são constitutivas do subsistema social e, como tais, necessitam de uma força genuína para se autoestabilizar. A transgressão desta modalidade de norma, por não acarretar qualquer consequência de ordem natural, demanda a reafirmação de vigência da norma, o que somente se garantiria através da aplicação da sanção, ou da pena, no caso das leis penais. A sanção, portanto, segundo Jakobs, “contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que esta afirmação é irrelevante”<sup>31</sup>. A pena teria como função primordial, pois, restabelecer, no plano da comunicação, e, portanto, na própria sociedade, a vigência perturbada da norma.

Com isto, Jakobs abandona de vez a ideia liberal iluminista que concebe o direito criminal como instrumento de proteção de bens jurídicos. A própria noção de bem jurídico é entendida por ele como pura metáfora, já que, primariamente, a função da pena seria proteger a vigência da norma<sup>32</sup>. Particularmente, sua teoria de sistema funcional de direito penal subverte as noções tradicionais de bem jurídico assumidas pela teoria do Direito desde finais do século XIX. Assim, ainda que divirjam as correntes acima mencionadas, acerca

---

(ANTUNES, Engrácia., In: TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Prefácio. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. VII/VIII).

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, reimpressão. 2000, p. 26.

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>32</sup> *Id.* In: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion em Derecho Penal*. Introdução à obra. Barcelona: Reus, 1981. p. 46.

dos conteúdos materiais de bem jurídico, ambas partem de uma noção primordial de que se trata de bens ou interesses cuja valoração é compartilhada no ambiente cultural de determinada comunidade jurídica. Para Jakobs, ao contrário, o bem jurídico tutelável pela norma penal é a própria norma penal. A sanção penal se presta a reafirmar, contrafaticamente, a vigência e a validade da norma violada, promovendo a estabilização das expectativas sociais, e, portanto, do próprio ordenamento jurídico<sup>33</sup>.

Jakobs acabou por se celebrar de vez pela defesa de uma segunda via do direito penal, voltada a uma espécie particular de indivíduos, a que ele chama de inimigos. Segundo Jakobs, o direito penal do inimigo se caracteriza por alguns elementos: a) a incidência da pena se dá em momentos anteriores à lesão, sem que isto implique em redução de pena em relação às hipóteses mais avançadas do *iter criminis*; b) determina uma mudança de perspectiva, segundo a qual o direito penal não deve apenas partir do fato cometido no passado, mas nos fatos futuros, que estão por ocorrer; c) promove uma transição para um direito de luta e de combate; d) promove a redução ou a flexibilização das garantias processuais do processo penal, de inspiração iluminista<sup>34</sup>.

Em abreviadíssima síntese, pode-se dizer que o direito penal do inimigo se caracteriza por tratar certos delinquentes não como cidadãos comuns, titulares da plenitude de direitos e garantias, mas como sujeitos que se apartaram paulatinamente deste sistema de direitos, até converterem-se em inimigos da sociedade, e sobre cuja conduta não se pode mais estabelecer expectativas normativas. Diante do inimigo, o direito penal da normalidade, que por este sujeito foi abandonado de forma definitiva, se mostraria completamente insuficiente e ineficaz. Para o direito penal do inimigo, um tal agente deve ser neutralizado por uma legislação de combate, como permanente fonte de perigo para a sociedade.

---

<sup>33</sup> Para uma visão desapassionada – o que é raro – das posições de Jakobs, importante o trabalho de apresentação elaborado por Eugenio Pacelli de Oliveira à edição brasileira do Tratado de Direito Penal do autor (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. pp. vii a xxv).

<sup>34</sup> apud. GOMEZ MARTIN, Victor. “Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”. In: MARTIN, Victor Gómez (coord.). *La Política Criminal en Europa*. p. 83

Isto só é possível porque o autor assume um conceito de pessoa bastante peculiar. Para Jakobs, a atuação exterior da pessoa não é a expressão de sua subjetividade. Na sociedade, ser pessoa é desempenhar um papel, incorporar um personagem, cuja representação é a de uma competência socialmente compreensível<sup>35</sup>. Desta visão de homem em sociedade, decorre sua ideia de que faz parte do papel a ser desempenhado pelos atores a sujeição às normas jurídicas. A vida em sociedade cria, em suma, uma expectativa de fidelidade ao Direito por parte de seus membros, ou pelo menos daqueles membros capazes de comunicações relevantes no mundo dos sentidos.

Assim, a plêiade de garantias individuais que protegem o cidadão da repressão do Estado estará imposta em sua plenitude tão somente para aqueles que voluntariamente se submetem a este sistema e que, portanto, satisfazem as expectativas normativas. Contra os demais, e aí se poderiam enquadrar autores de delitos como terrorismo, crimes sexuais e criminalidade organizada, estaria justificada uma legislação de guerra<sup>36</sup>.

Uma visão crítica mais aguda do direito penal brasileiro poderia entrever em alguns dos movimentos do legislador no período estudado, traços do direito penal do inimigo. Não cremos, todavia, que isto possa ser afirmado com tranquilidade.

As leis que endureceram o tratamento a determinados crimes ou mesmo a forma de execução das penas (e a Lei 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado para cumprimento de penas, o RDD, é exemplo disso), ainda que possuam um caráter rigoroso e punitivista, não chegam a esboçar a assunção das premissas do direito penal do inimigo. A grade de garantias constitucionais válida para qualquer pessoa não permite o tratamento de exceção a

---

<sup>35</sup> JAKOBS, Günther. In: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion em Derecho Penal*. Introdução à obra. p. 51.

<sup>36</sup> As primeiras ideias de Jakobs sobre o direito penal do inimigo foram expostas ainda em 1985 e estariam, na visão do autor, voltadas a um rol mais amplo de crimes. Posteriormente, a partir de 1999, a tese foi se concentrando em torno de delitos especialmente graves e paradigmáticos, como o terrorismo (MARTIN, Victor Gómez. “Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”. In: MARTIN, Victor Gómez (coord.). *La Política Criminal en Europa*. p. 82/86). Para Cancio Mellia, a Espanha acabou incorporando, a partir de 2000, traços do direito penal do inimigo na legislação relacionada a drogas, delitos ligados à imigração, além da legislação antiterrorista (MELIÁ, Manuel Cancio. “De Nuevo: derecho penal del inimigo?”. In: STRECK, Lenio (org). *Direito Penal em Tempos de Crise*. p. 30).

qualquer criminoso. Não temos uma legislação voltada ao terrorismo e o imigrante não sofre qualquer tratamento diferenciado do sistema legal penal. Além disso, a jurisprudência do STF tem modulado os excessos pontuais das leis mais gravosas, como aconteceu com a lei dos crimes hediondos.

#### 4.2.4

#### O abolicionismo penal e o direito penal da reparação

Em posição diametralmente oposta, encontram-se as teses de esvaziamento do direito penal e/ou sua substituição por outras formas de controle social.

Na posição mais absoluta, situam-se as correntes do abolicionismo penal que, partindo da premissa da deslegitimação total da pena, propõem sua eliminação, seja porque contestam seu fundamento ético-político, seja porque consideram que as desvantagens da pena são superiores às vantagens<sup>37</sup>.

Quando reflete sobre o abolicionismo e suas premissas, Luigi Ferrajoli chama a atenção para o fato de que “o direito penal é o setor do ordenamento jurídico no qual a questão do se e do porquê se colocam de forma mais problemática. Inexistem no direito civil, ou comercial, ou constitucional, ou administrativo, doutrinas abolicionistas comparáveis àquelas do direito penal”<sup>38</sup>. De fato, segundo o autor, as justificações filosóficas dos outros ramos do direito (com exceção da propriedade privada) dizem respeito ao *quando* e ao *como*, ao contrário do direito penal, cuja legitimação está sempre em xeque, por ter a ver com a legitimação do próprio Estado. Não espanta, portanto, a constância com que as correntes abolicionistas frequentam o debate teórico da política criminal, ainda que seu prestígio esteja mais concentrado na academia que nos ordenamentos jurídicos propriamente ditos.

Na origem, as correntes abolicionistas mais radicais, valendo-se do mito do bom selvagem, formulado ainda no século XVIII, e das configurações

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p. 200



marxistas-leninistas do homem novo e da sociedade sem Estado, não justificam nem as penas e tampouco as proibições, pugnando por um individualismo anárquico<sup>39</sup>. Outras vertentes defendem a abolição da pena e do direito penal, mas não do controle social em si. Ferrajoli cunha estas correntes de doutrinas moralistas e jusnaturalistas, para quem o controle social deveria estar entregue a mecanismos não jurídicos, como o “olho público”, a força invisível, educação moral, solidariedade terapêutica, difusão social da vigilância e do controle, ou mesmo a pressão da opinião pública.<sup>40</sup>

Na atualidade, autores como Louk Hulsman e Nils Christie ainda defendem o abolicionismo penal em moldes como o descrito, mas as propostas vêm sendo veiculadas em vertentes menos absolutas que ora pregam alternativas estatais para a pena, ora privilegiam a privatização do conflito<sup>41</sup>. Hoje, as vias que dominam a discussão europeia das alternativas ao direito penal partem da ideia comum que propõe a redução da intervenção penal, e não propriamente sua supressão, e podem ser resumidas em algumas vertentes: a) propostas despenalizadoras que pregam a redução dos tipos penais e aplicação de outras sanções, que não penais, propondo o direito civil e o direito administrativo como campos de imposição destas sanções; b) propostas de alternativas às penas tradicionais, especialmente a pena de prisão, sem alteração na gama de tipos penais existentes, e sem propor o deslocamento do conflito para a esfera privada; c) reposicionamento do conflito para abranger ou mesmo privilegiar o âmbito civil, na forma alternativa da valorização da reparação da vítima, seja como complemento das penas clássicas, seja como pena em sentido estrito<sup>42</sup>.

Com efeito, a recuperação de um espaço para a vítima no processo penal e a valorização da forma consensuada de reparação do ilícito, entre vítima e

<sup>39</sup> Ibid. p.201

<sup>40</sup> Ibid. p. 201

<sup>41</sup> Ulfried Neumann sustenta que “*ha pasado el tiempo de una crítica fundamental, fundamentada en principios humanistas y apoyada en la criminología. El derecho penal presenta hoy un aspecto más vital y una mayor capacidad de imposición. La discusión acerca del desarrollo del derecho penal en el marco de una Europa unida está impregnada de fuertes dosis de optimismo punitivo*”. (NEUMANN, Ulfried. “Alternativas al Derecho Penal”. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTIN, Adan (coords.). *Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo - El analisis crítico de La Escuela de Frankfurt*. p. 201.)

<sup>42</sup> GARCIA ARÁN, Mercedes. “Despenalización y Privatización: Tendencias Contrarias?”. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTIN, Adan (coords.). *Crítica y Justificación Del Derecho penal en el Cambio de Siglo - El analisis crítico de La Escuela de Frankfurt*. p. 191/192.

autor do delito, como alternativa às sanções tradicionais, encontram-se no centro das propostas da chamada justiça reconstrutiva que, na forma aqui preconizada, também situa-se entre as vertentes mais próximas do abolicionismo penal, ainda que não absolutas<sup>43</sup>.

As correntes despenalizadoras tiveram importante contribuição no direito penal brasileiro ao longo dos anos que sucederam a abertura democrática. Ao menos três leis aprovadas no período refletem esta influência e o número reduzido não reflete a enorme repercussão e impacto que estas leis tiveram nos destinos que o sistema penal assumiu. Referimo-nos à lei 9.099/95, posteriormente alterada pelas leis 10.259/2001 e 11.313/2006, que criou os juizados especiais criminais, prevendo a transação penal, a suspensão condicional do processo, vinculando a ação penal à reparação civil do dano e reduzindo as hipóteses de pena privativa de liberdade. Igualmente a lei 9.714/98, que alterou os artigos 43 e seguintes do Código Penal, ampliando as modalidades de penas alternativas e as hipóteses de seu cabimento. Bem assim a lei 11.343/2006, lei antidrogas, que trouxe contribuições dos movimentos despenalizadores e de redução de danos, especialmente no tocante aos usuários de drogas.

### 4.3

#### **Cultura Jurídica no Pensamento Político Criminal Brasileiro**

Este debate e suas naturais perplexidades alcançaram o Brasil em um momento muito peculiar: o pensamento criminológico aqui reinante nunca deixou de reproduzir uma reflexão sectária sobre o período antidemocrático dos anos 60, 70 e meados de 80, com um discurso de crítica fundada basicamente na tese da falta de legitimidade de todo o direito penal. A reflexão dogmática e criminológica esteve influenciada, naturalmente, pelas ditaduras latino-americanas que se valeram largamente da estrutura do sistema punitivo legal para perpetrar abusos. Desta forma, o substrato criminológico que forjou o pensamento brasileiro a partir da década de 70, com reflexos profundos nas duas décadas seguintes,

---

<sup>43</sup> Sobre o tema, a obra de referência: GARAPON, Antoine, GRO, Frédéric e PECH, Thierry. *Punir em Democracia – E a Justiça Será.* trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, Storia Editores, 2001.

partiu da ideia segundo a qual, haveria um antagonismo insuperável entre sociedade e Estado ou entre Estado e indivíduo (ou mesmo entre público e privado). Luciano Feldens sintetiza esta visão quando diz que “por esta visão de mundo, o Estado é e sempre será necessariamente mau, opressor, e o Direito Penal teria a função (exclusiva) de proteger o indivíduo desta opressão”<sup>44</sup>.

Assim, o plano de linhas de pensamento político-criminal e criminológico que grassou no período foi amplo e complexo. No entanto, embora haja dificuldade em se estabelecer filiações doutrinárias claras, ao menos no que se refere às doutrinas mais conservadoras, é possível constatar que há no Brasil de hoje uma simplificação forçada e pouco crítica destes vetores, que acabaram reduzidos, no debate atual, à falsa dicotomia entre garantistas x punitivistas.

Já se viu que, ao menos no que toca à legislação incorporada ao sistema durante estes anos, ela foi sinuosa e alternou entre influxos que endureceram o tratamento, seja no aumento de tipos penais, seja no aumento das penas, e os movimentos mais liberais, no sentido genérico do termo, indicando medidas derogadoras de tipos, e ainda aquelas que implicaram em caminhos substitutivos do direito penal tradicional. Apesar de terem estes movimentos pendulares obedecido a fatores dos mais diversos, no plano geral, a comunidade de intérpretes do direito penal brasileiro atual acabou dividida entre dois grupos, na suposição ingênua de que este complexo quadro pudesse ser reduzido a apenas dois pólos – os que aprovam um direito penal rigoroso e os que propugnam por um mais liberal.

A imagem maniqueísta que separa garantistas liberais de correntes mais punitivistas que defendem o “fim da impunidade” não poupa sequer o STF. Em julgamentos recentes e de grande repercussão na sociedade brasileira, as divergências internas da Corte tiveram da mídia esta leitura dicotômica, e simplista<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59. No mesmo sentido, STRECK, Lenio. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: STRECK, Lenio (org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007..

<sup>45</sup> Em matéria publicada no jornal Valor Econômico, o jornalista Juliano Basile escreveu que no STF coexistiriam duas correntes antagônicas. A primeira, de cunho garantista, seria liderada pelo

Os que advogam pelo rigor das penas, ou pela expansão do direito penal para um viés comunitário, ou ainda por mais eficácia do sistema penal estarão automaticamente vinculados ao grupo dos punitivistas ou antigarantistas. Já os que apostam em um direito penal mínimo, seja por convicções politicamente liberais, seja por uma leitura crítica mais à esquerda do espectro político são denominados de garantistas<sup>46</sup>.

Contudo, rigorosamente falando, as posições liberais são perfeitamente conciliáveis com expectativas de maior rigor ou eficácia do sistema penal, assim como as teses expansionistas podem ser enquadradas nas teses garantistas. Tudo a demonstrar que a dicotomia é falsa, porque simplifica o que não é simples e polariza questões que admitem vertentes intermediárias.

Todavia, este reducionismo, perceptível na doutrina e na jurisprudência do STF, empobreceu severamente a discussão interna da política criminal e dificultou avanços.

Quando se opta por enquadrar ideias e tomadas de posições em apenas dois pólos opostos e antagônicos, o campo de visão diminui e se perde a

---

Ministro Gilmar Mendes, e costumava contar com o apoio dos ministros Eros Grau, Ellen Gracie e José Antonio Dias Toffoli. Os ministros “garantistas” seriam partidários da tese de que o tribunal deve servir como um freio ao ímpeto da população de condenar criminosos (no caso, a matéria se referia a réus detentores de cargos políticos) sem o exame detido das provas que existem contra cada um deles. A segunda corrente teria como bandeira o combate à impunidade e seria composta pelos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia. Estes ministros acreditariam que o tribunal deve dar respostas mais rigorosas contra políticos envolvidos em casos de corrupção e se incomodam com o fato de o STF ser visto como “cemitério de ações contra políticos.” (sic). Um terceiro grupo oscilava entre estes dois posicionamentos, funcionando como fiel da balança e seria composto dos ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. A matéria exemplifica esta divisão com os julgamentos do então deputado Antonio Palocci (PT-SP), e dos senadores Eduardo Azeredo (PSDB-MG) e Valdir Raupp (PMDB-RO). (BASILE, Juliano. “Ações contra políticos dividem o Supremo – Posições distintas influenciarão decisões em relação ao julgamento final do mensalão petista”, Valor Econômico, 05 de out 2010. O assunto foi retomado em matéria do mesmo jornalista e publicada no mesmo jornal, em 04 de janeiro de 2011, intitulada “Divisão no STF deve marcar julgamento do caso do mensalão”.

<sup>46</sup> Sobre o desgaste que o termo “garantismo” vem sofrendo no Brasil, Luciano Feldens ensina: “No Brasil, sua distorcida difusão revela-se frequentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal, servindo, inclusive, a um etiquetamento maniqueísta de profissionais de Direito (professores ou operadores), estereotipados como ‘garantistas’ ou ‘antigarantistas’ a partir de uma postura mais ou menos liberal que assumam em relação à intervenção penal. O ápice da imprecisão se evidencia quando discursos radicalmente opostos, de matizes abolicionistas e sociodefensivistas, autoproclamam-se, ambos, garantistas. Se algo breve deve ser aqui dito é que o garantismo não está em nenhum deles.” (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.65,66).

possibilidade de enxergar vertentes intermediárias e conciliatórias. Para compreender este reducionismo e suas consequências, será preciso avançar sobre as principais linhas do pensamento brasileiro, e depois seguir pelo garantismo de Luigi Ferrajoli e na forma de sua apreensão no Brasil.

### 4.3.1

#### **Punitivismo, Movimento Lei e Ordem e Direito Penal Simbólico**

A doutrina brasileira convencionou associar as propostas legislativas que exacerbam, agravam ou ainda elastecem o espectro de condutas proibidas ao chamado Movimento Lei e Ordem<sup>47</sup>.

Formulada a partir dos Estados Unidos da América, ainda na década de sessenta, como reação à emergente contracultura, esta corrente de pensamento de cunho moral propugna o acirramento do combate ao crime pela via da intensificação das reprimendas penais, como forma de resgate de princípios éticos e morais. João Marcello de Araujo Jr., em obra que se tornou referência na catalogação das principais vertentes de política criminal do final do século XX<sup>48</sup>, sintetizou as ideias base deste pensamento: a) retorno da visão retributivista da pena; b) sistema de execução de pena severo e admissão da pena capital; c) incremento das hipóteses de prisão processual, sem sentença; d) redução do âmbito de discricionariedade judicial na imposição da pena<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Salo de Carvalho prefere referir-se a movimentos de Lei e Ordem, no plural, aludindo a iniciativas autônomas, porém convergentes em seus objetivos. (CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007).

<sup>48</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello. “Os grandes movimentos da política criminal do nosso tempo – aspectos”. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991

<sup>49</sup> Na literalidade de seu texto: “(i) a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica; (ii) os chamados crimes atrozos devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); (iii) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos não de ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; (iv) a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; (v) deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, para as autoridades penitenciárias”.(Ibid. pasim.)

Sustenta o autor que o Movimento Lei e Ordem teve origem na comunidade política mais conservadora norte-americana, e tem como estratégia o fomento do clima de pânico e alarme social, o uso da mídia para traduzir para o senso comum o perigo iminente, enxergando no direito penal a principal via de enfrentamento destas questões.

No Brasil, a associação imediata que a doutrina faz é com a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e com a lei 10.792/03 que instituiu o regime disciplinar diferenciado para cumprimento de pena (RDD)<sup>50</sup>. Nos capítulos anteriores, detalhamos o processo de criação da categoria dos crimes hediondos, sua conformação constitucional e infraconstitucional, bem assim seu destino na jurisprudência do STF. Como se viu, na constituinte, a criação da categoria de hediondos foi a forma consensuada e mitigada das proposições, estas sim, bastante punitivas, que pugnavam pela pena de morte e pela exasperação da pena do aborto. Portanto, ainda que se possa ter como possível a associação inicial entre o rigor da lei 8.072/90 e a herança dos movimentos lei e ordem, mais uma vez o alerta da contextualização é devido: o Brasil é mais complexo.

No seio da assembléia constituinte o espectro de visões de mundo e posições ideológicas era amplo e havia grupos mais radicais a apostar em vetores mais punitivistas para o desenho político-criminal brasileiro. As conclusões a que chegamos, todavia, apontam para a constatação de que, no que se refere à matéria criminal, não foram estes grupos que prevaleceram. A aprovação sem resistência do extenso e inédito rol de garantias individuais relativas ao tema é prova disso.

Por outro lado, os mandados constitucionais de penalização na área da proteção a interesses difusos não refletem as posições dos movimentos de lei e ordem, antes são tributários de outras correntes de pensamento, conforme se viu no item IV.2.b supra. Pautam-se por uma leitura comunitária do direito penal que o enxerga como instrumento válido de proteção de interesses supraindividuais e sobretudo compatível com a grade de garantias fundamentais.

---

<sup>50</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão. “Tolerância Zero”. In: *Revista Internacional Direito e Cidadania*. n° 07 - jun. 2010 a set. 2010. Disponível em <<http://www.iadc.org.br/REID/?CONT=00000129>>. Acesso em 26 out. 2010.

Por fim, a aprovação da categoria de crimes hediondos e seus equiparados foi fruto de uma negociação aberta em que não estiveram polarizadas de forma clara a direita e a esquerda, em suposto esquema de tudo ou nada. A conformação final do artigo 5º, XLIII atendeu a interesses de ambos os lados, como se viu e, por mais paradoxal que possa parecer, significou uma repulsa clara às aspirações mais radicais.

Posteriormente, a aprovação da lei 8.072/90, ainda que tenha se dado no ambiente de insegurança ditado pela emergência dos crimes de extorsão mediante sequestro de figuras proeminentes da sociedade, atendia a uma determinação constitucional específica, como tantas outras que foram sendo paulatinamente aprovadas. Não se tratou de uma legislação de emergência. Portanto, a associação imediata deste diploma legal com as posturas dos movimentos lei e ordem precisa ser vista com lentes críticas, porque reduz sentidos e desconsidera aspectos relevantes da nossa história.

Não queremos, com isto, negar a influência que esta linha de pensamento produziu, especialmente no seio do legislativo nacional. Muito mais visível se faz esta influência a partir da análise das sucessivas alterações de texto que a lei penal sofreu no período, dissociada de qualquer método ou planejamento, conforme visto no segundo capítulo deste trabalho. A legislação simbólica, de reação a estímulos episódicos como forma de capturar politicamente o momento e “dar uma satisfação” ao público, esta sim representa de forma mais autêntica o perfil dos movimentos lei e ordem. E a isto se assistiu com as leis 9.677/98, 9.437/97, 8.212/91, 8.137/90, 10.409/2001, 10.763/2003. E agora sim, nas constantes investidas de alteração da lei dos crimes hediondos, com tentativas de expansão de seu conceito e alcance, se percebe o avanço do direito penal simbólico.

Sobre o tema do direito penal simbólico é importante uma reflexão. A expressão vem sendo utilizada sem muito critério e precisar o sentido que lhe emprestamos se torna, assim, indispensável.

Há quem se valha do termo, apenas para remarcar algo que é inerente ao próprio conceito de direito penal. De fato, não se pode negar jamais que o direito penal, seja ele de perfil mais liberal ou punitivo, democrático ou

autoritário, reveste-se de um caráter simbólico que lhe é intrínseco, já que as mensagens/símbolos derivados da norma penal são parte indispensável da textura deste direito. Assim, imaginar um direito penal desprovido da carga simbólica parece equivocada<sup>51</sup>, além de utópico.

Assim, quando os críticos brasileiros apontam para o direito penal simbólico e o associam às correntes mais conservadoras e mais punitivistas do espectro de sistemas penais, referem-se a algo mais, para além desta natureza que lhe é inerente. Referem-se aos objetivos perseguidos pelos agentes políticos de “dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”<sup>52</sup>, quando sua agenda real está ocultada pelas declarações formais da lei.

É simbólico porque não tem o objetivo real de transformar a realidade no sentido da prevenção do crime ou da proteção do bem jurídico em risco, já que almeja apenas produzir tranquilidade com a simples promulgação da norma, sem qualquer compromisso com sua eficácia. O objetivo verdadeiro é conquistar o cidadão/eleitor e sua transitória pacificação, diante dos impasses gerados pela dinâmica social.

Na história da política criminal brasileira pós 88, não se pode negar o perfil simbólico que a atuação legislativa assumiu. Na ausência de um planejamento sistematizado, as necessidades havidas a partir da obsolescência do aparato normativo frente às novas realidades e frente ao novo formato de Estado foram sendo supridas de forma atabalhoada e sem critérios. Portanto, ainda que com algumas e honrosas exceções, o direito penal simbólico marcou este período de forma indelével. O quanto este caráter deve a uma suposta filiação ideológica aos movimentos lei e ordem é questão difícil de ser solucionada e por várias razões. Isto porque os movimentos lei e ordem são típicos de uma corrente que se alinha, ao menos no plano norte-americano, à direita conservadora e religiosa, e o processo de elaboração simbólica do direito penal brasileiro não respeitou estas fronteiras ideológicas, já que foi assumido indistintamente por parlamentares de diferentes matizes e em diferentes momentos políticos. Neste particular, não se pode desconsiderar que, do processo legislativo brasileiro, participa ativamente o

---

<sup>51</sup> Neste sentido: CANCIÓ MELIÁ, Manuel. “De Nuevo: derecho penal del inimigo?”. In: STRECK, Lenio *Direito Penal em Tempos de Crise. passim.*

<sup>52</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria, apud. Ibid. p. 20



Executivo, e a produção de normas penais puramente simbólicas perpassou diferentes governos e várias legislaturas<sup>53</sup>.

Eis porque acreditamos que, no caso brasileiro, este viés se deve muito mais a uma tradição cultural que não prestigia o planejamento e os projetos, pautando-se pela improvisação e pelo acaso. Nosso direito penal simbólico foi mais oportunista que ideológico, se é que se pode suprimir a ideologia das atuações oportunistas.

Se o mundo ocidental democrático debatia o processo de expansão do direito penal derivado da sociedade do risco, no caso do Brasil, este processo haveria de conviver com a necessidade, ainda presente, de construção e afirmação das garantias penais do iluminismo às transgressões mais elementares, estágio há muito ultrapassado pelos países de referência. Legislar simbolicamente e de forma espasmódica foi a fórmula encontrada para romper com a inércia e simular o enfrentamento das questões. No caso brasileiro, o direito penal simbólico foi o simulacro da política criminal do Brasil democratizado.

#### 4.3.2

#### **Punitivismo e pensamento crítico**

A intensa produção de leis penais no período estudado, a grande maioria delas no sentido do incremento quantitativo e qualitativo de tipos penais, sugere, em princípio, um traço marcadamente punitivista do pensamento político-criminal, alvo de muitas críticas da doutrina nacional<sup>54</sup>. Relevante notar, todavia,

---

<sup>53</sup> Com olhos na Espanha, Cancio Meliá descreve uma situação bastante semelhante à brasileira: “*En este sentido, la derecha política – en particular, me refiero a la situación en España – ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos ‘progressistas’.* Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de law and order, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda – una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y ‘más efectivas’ penas ya no es un tabú político para nadie.” (CANCIO MELIÁ, Manuel. “De Nuevo: derecho penal del inimigo?”. In: STRECK, Lenio *Direito Penal em Tempos de Crise*. p. 22/23)

<sup>54</sup> Neste sentido alinham-se Nilo Batista, Sergio Salomão Shecaira e outros. A título de exemplo, veja-se Luis Flavio Gomes, para quem “*o modelo político-criminal brasileiro, particularmente de 1990 para cá (é dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8072/90), caracteriza-se inequivocamente pela tendência ‘paleorrepressiva’.* Suas notas marcantes são:

que esta crítica engloba tanto as manifestações típicas do direito penal simbólico tratadas acima, quanto aquelas advindas do modelo adotado pela Constituição, de empregar o direito penal na proteção de bens e interesses difusos e coletivos – os chamados mandados constitucionais de penalização.

Esta mesma apropriação de ideias está presente na doutrina espanhola de Cancio Meliá, para quem o direito penal da atualidade não se esgota na vertente simbólica, senão que também aposta em processos de criminalização que conduzem à criação de novas tipificações, em um movimento inverso à tendência despenalizadora verificada na Europa nas últimas décadas do século XX. Para o autor, o fenômeno se verifica em um ambiente político-criminal sem precedentes, já que subverte a tradição histórica de aliar as iniciativas criminalizantes à direita conservadora. De fato, o atual recurso ao direito penal se estabelece sob novas coordenadas políticas, à margem dos papéis tradicionalmente desempenhados pelas matizes ideológicas direita x esquerda<sup>55</sup>.

A ressalva é importante, porque boa parte da contestação dirigida ao modelo político-criminal brasileiro advém da linha da criminologia crítica, corrente de pensamento que goza de bastante prestígio no Brasil, especialmente na área acadêmica, e que deita raízes no pensamento marxista. Com isto se pretende afirmar que a leitura dos impasses político-criminais do Brasil de hoje deverá transcender esta dicotomia, simplesmente porque a realidade parece teimosamente suplantá-la. Neste ponto, é importante visitar os traços mais marcantes da criminologia crítica no Brasil.

Antes de tudo, uma ressalva. É preciso ter em mente que se trata de uma escola de criminologia e sobre a qual se pôde construir modelos de política criminal distintos. Portanto, não se pode assumir *a priori* que da criminologia crítica derive necessariamente um modelo abolicionista, em maior ou menor grau, embora originariamente esta ideia lhe fosse intrínseca<sup>56</sup>. Ao contrário, boa parte dos teóricos do garantismo penal se filia, de forma direta ou indireta, ao

---

*endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal.*” (GOMES, Luiz Flávio. “A Quebra do modelo Político-criminal Paleorrepressivo”. In: MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>55</sup> Salo de Carvalho se refere a uma “*esquerda punitiva*” (CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. p. 106)

<sup>56</sup> Veja-se, a respeito, MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flavio. Op. cit. p. 268

pensamento crítico, o que importa dizer que, embora tomem em conta as grandes contribuições que a escola forneceu nos estudos criminológicos, em matéria de política criminal, acabaram por negar a premissa básica da deslegitimidade total e insuperável do direito penal<sup>57</sup>.

A criminologia crítica nasceu na segunda metade do século XX<sup>58</sup>, como contraposição às correntes criminológicas tradicionais. Sua contribuição revolucionária deveu-se ao fato de ter subvertido o objeto de estudo da criminologia. Tradicionalmente, cuidava-se de estudar o criminoso e as causas do crime. A vertente crítica mudou este enfoque para centrar-se sobre o sistema de controle. No lugar do delinquente, passou a estudar a sociedade e os mecanismos de escolha das condutas proibidas. Ao invés de se debruçar sobre as causas do crime, passou a ocupar-se do porquê de certas pessoas serem tidas como delinquentes, tomando-se por base o contexto social, econômico, cultural e histórico.

Situada no conjunto das teorias conflituais do crime, e com raízes no pensamento marxista, a criminologia crítica vê o crime, ao fim e ao cabo, como uma das resultantes das relações de produção da sociedade capitalista<sup>59</sup>. Interage com a Criminologia Interacionista ou *Labeling Approach*, propondo a figura da sociedade criminalizante, que enxerga o crime e a reação institucional como frutos da interação social e como tal, aspectos da mesma realidade. A figura do crime não tem existência ontológica, e só existe em função da pena, e não o contrário.

No Brasil, podemos apontar Nilo Batista e Juarez Cirino como os nomes mais proeminentes desta corrente. Ambos reverberam as posições de dois

---

<sup>57</sup> É importante ressaltar que, embora a expressão “criminologia crítica” tenha ganhado mais notoriedade em nosso país, ela é uma vertente de um feixe de correntes de pensamento que, como ensina João Marcello de Araujo Jr, constitui-se como uma “*frente ampla, que abriga em suas fileiras tendências diversas*”, por ele denominado de Política Criminal Alternativa. Este conjunto englobaria denominações específicas como a própria Criminologia Crítica, além da Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito. Em comum, a reação à criminologia tradicional baseada no positivismo e ocupada exclusivamente da etiologia do crime. ARAUJO JUNIOR, João Marcello. “Os grandes movimentos da política criminal do nosso tempo – aspectos”. In: ARAUJO JUNIOR., João Marcelo (org.). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel*. p. 74.)

<sup>58</sup> Apontam-se os trabalhos de Taylor, Walton e Young, “The New Criminology” em 1973, como a origem da escola. (MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. p. 267)

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 267

autores que exercem grande influência no pensamento brasileiro nestas formulações críticas: Alessandro Baratta e Eugenio Zaffaroni.

A ideia originária de Baratta, e que ele atribui a Fritz Sack, é a de que “a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade pré-constituída em relação a atividades dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos”<sup>60</sup>. Esta concepção de criminalidade, à qual se nega qualquer consistência ontológica, reflete a já mencionada teoria do *labelling* ou do etiquetamento. O crime deixa de ser um dado para ser um status atribuído pelo sistema do direito penal. Visto desta forma, o direito penal não é mais o ponto de partida para a definição do objeto de pesquisa – o crime, e passa a ser o próprio objeto de investigação, já que é ele que *cria* o crime<sup>61</sup>.

Baratta ainda afirma que, para a criminologia crítica, o direito penal não pode ser entendido como um sistema estático de normas, mas um sistema dinâmico de funções, no qual se desenvolvem três momentos distintos: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas (criminalização secundária) e por fim o mecanismo da execução das penas<sup>62</sup>.

No mesmo sentido, e com ênfase no mecanismo da aplicação das normas, ou seja, a criminalização secundária, Zaffaroni também parte da premissa da deslegitimação radical do sistema penal como um todo, uma vez que este não atenderia a nenhum dos objetivos que lhe são propostos. Para ele, a pena não cumpre nenhuma das funções preventivas a ela atribuídas e nem estaria vocacionada a isto. Ao contrário, o sistema penal, apoiado no arsenal positivo de regras, ele mesmo passa a marginalizar a legalidade para operar uma seleção arbitrária de casos e acontecimentos que submeterá à repressão penal, desprezando sem qualquer traço de racionalidade, inúmeras situações lesivas e passíveis de controle social punitivo<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. trad. por Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 107

<sup>61</sup> Ibid. p. 149

<sup>62</sup> Ibid. p. 161

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas*. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 25.

Neste sentido, também contesta a noção de delito como ente autônomo e genérico, já que a seleção de conflitos tipificados é bastante diversificada, sendo impossível traçar-lhes zonas em comum. Este poder seletivo e totalmente arbitrário elegeria, dentre estereótipos, aqueles candidatos à sujeição da reprimenda que, assim, se submetiriam à criminalização<sup>64</sup> operada pelas agências judiciais. Para Zaffaroni, delitos seriam “figuras conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso”<sup>65</sup>. Todavia, mesmo irracional, circunstância que, por contágio, se espalha à política criminal, o direito penal seria uma realidade inevitável. Todo o construto dogmático liberal e democrático teria por finalidade, então, restringir a irracionalidade ou ilegitimidade intrínseca do direito penal a limites minimamente toleráveis, com o objetivo de reduzir a violência da inevitável seletividade arbitrária do sistema.

São inegáveis as contribuições que a criminologia crítica deu para a compreensão e análise do direito penal de um país tão desigual quanto o Brasil. Seja no tocante à criminalização primária (o enfoque deste trabalho), seja nos momentos posteriores da criminalização (aplicação e execução da pena), historicamente, o Brasil construiu estereótipos de criminosos, privilegiou castas, selecionou de forma étnica e social os apenados, além de o sistema econômico, que acentuou as desigualdades, estar na raiz de grande parte da criminalidade violenta que hoje incomoda as cidades e o campo. O problema maior está no fato de que, exclusivamente com tais lentes, não se poderá compreender ou aceitar o direito penal no Estado democrático de direito. E não aceitá-lo de forma válida será invalidar o próprio Estado democrático de direito.

As teses da criminologia crítica ganharam terreno fértil na América Latina por razões históricas. A tradição antidemocrática do continente, com o histórico de ditaduras ainda recentes, além dos influxos autoritários mais recentes minaram a confiança na possibilidade de um direito penal democrático. Todavia, o apego às teses radicais do pensamento crítico não contribuiu na formulação de

---

<sup>64</sup> Ibid. p. 248

<sup>65</sup> Ibid.p. .

um direito penal no marco de uma democracia radical, própria de uma nova realidade mundial.

A premissa de deslegitimação incontornável do direito penal, em última instância, pode ser empregada para criticar a própria existência do Direito e, via de consequência, a própria democracia. A ideia contraria as teses mais modernas de que, uma vez superado o jusnaturalismo, é a democracia que efetivamente legitima o Direito.

O discurso crítico ao direito penal tradicional, embora tenha recebido grande aceitação na comunidade acadêmica, teve pouca penetração nos sistemas de operação do Direito, e a tentativa de viabilizar suas estratégias se deu com a aproximação da vertente do direito alternativo<sup>66</sup>. A corrente do direito alternativo apostava na correção judicial das desigualdades derivadas da lei, através de um processo interpretativo ampliado e criativo, com vistas à redução do uso seletivo e estigmatizando do direito penal. No Brasil, as posições assumidas por seu principal defensor, Desembargador do Tribunal do Justiça do Rio Grande do Sul Amilton Bueno de Carvalho, ganharam notoriedade pelo seu grau de ineditismo<sup>67</sup>.

Os críticos do direito penal brasileiro atual, que navegam pela via da criminologia crítica, desconsideram o esforço enorme que o sistema penal tem feito, ainda que de forma mal planejada e em meio a uma legislação caótica, para inverter a lógica perversa que etiquetou negros e pobres como criminosos potenciais. As iniciativas mais recentes de persecução da criminalidade econômica, ambiental e governativa derrubam os mitos de que o crime é produto da pobreza, até porque desalinham o conceito de criminalidade do de violência,

---

<sup>66</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. p. 101.

<sup>67</sup> A título de exemplo, em abril de 2009, em processo sob a relatoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho, a 5ª Turma do TJ-RS determinou a expedição de mandado de prisão contra condenado por roubo, mas definiu que ele só poderá ser detido quando o Estado oferecer condições mínimas de sobrevivência em presídio. Tratava-se, o réu, de um rapaz de 21 anos que fora preso por ter roubado um Play Station, um aparelho de DVD, três celulares, uma máquina fotográfica, um porta CD e R\$ 530. Em seu voto, o Desembargador advertia que “(...) com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar) mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia.” (MATSURA, L. “TJ-RS condena réu, mas impõe condição para prisão”. *Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-16/tj-gaucho-condena-reu-impoe-condicao-prisao>>. Acesso em 23 nov. 2010)

forçando a visão de que política criminal tem a ver com algo mais do que sistemas de segurança pública.

### 4.3.3

#### O Garantismo de Ferrajoli

Luigi Ferrajoli já afirmou que garantismo é um outro nome para se chamar a democracia constitucional própria dos Estados constitucionais de direito<sup>68</sup>. De fato, embora suas raízes estejam no direito penal, a proposta garantista se ampliou para assumir-se como técnica geral de tutela de direitos fundamentais, mesmo aqueles não ligados diretamente ao setor repressivo do Estado. Tendo em Luigi Ferrajoli sua expressão máxima e na obra “Direito e Razão” suas bases fundantes, goza hoje de enorme prestígio no mundo e especialmente no Brasil.

Insuscetível de ser reduzido ou sintetizado a contento, ao menos nos limites presentes neste trabalho, optamos por destacar alguns aspectos que mais de perto dialogam com as questões aqui tratadas. Assim, de todo o arcabouço teórico que o garantismo construiu, em um processo que ainda não se findou, destacamos as ideias de Luigi Ferrajoli sobre o direito penal e sua finalidade, além das bases do pensamento político criminal deste autor. De igual importância para o presente trabalho é a visão do garantismo sobre o papel do juiz e sua relação com a produção normativa.

São estes os critérios que elegemos para destacar, sobre o garantismo, nas linhas seguintes. A intenção é refletir sobre algumas questões cruciais: *a) a política criminal brasileira expressa na legislação penal de hoje tem perfil garantista? b) a jurisprudência do STF em matéria penal tem perfil garantista? E, por fim, c) o ativismo do STF em matéria penal é, por si só, garantista?*

Do termo garantismo, Ferrajoli extrai três significados possíveis: a) propõe-se como modelo normativo de direito que, no direito penal, é o modelo da legalidade estrita; b) é uma teoria jurídica que pode ser vista no espectro do

---

<sup>68</sup> CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 199

positivismo crítico; c) é uma filosofia política que impõe ao Estado um ônus de justificação externa, fundada no reconhecimento e na proteção dos direitos dos indivíduos<sup>69</sup>. Estes três significados da expressão, originariamente concebidos para o direito penal, são posteriormente ampliados pelo autor, se desdobrando em uma teoria geral do direito expressa na tese da vinculação do Estado.

No plano da teoria geral, é um modelo de direito adequado aos Estados constitucionais democráticos – aqueles que têm por fundamento e finalidade a tutela das liberdades do indivíduo contra as diversas modalidades de arbítrio<sup>70</sup>. Um direito garantista deverá priorizar as ferramentas voltadas à proteção dos direitos individuais sob ameaça de agressão, quer por parte de outros indivíduos, quer por parte do próprio Estado, de forma a otimizar a fruição destes direitos e minimizar as ameaças a estes. Em síntese, o garantismo propõe um direito que seja um sistema de garantias, limites e vínculos<sup>71</sup>.

Embora amplo e cada vez mais abrangente, até porque o autor continua em pleno vigor, o garantismo penal conserva certa autonomia em relação à amplitude da sua teoria geral e, com segurança, é o aspecto que mais atenção atrai, ao menos em solo pátrio.

Como modelo positivista, o garantismo de Ferrajoli parte da tese metodológica da absoluta separação entre direito e moral, daí derivando a separação também absoluta entre validade e justiça (entre o ser e o dever ser). Não se podendo extrair da lei o indício suficiente de sua justiça ou legitimação, impõe-se a necessidade da sua justificação externa. Assim, o direito e a lei não têm valor ético intrínseco, demandando um plano externo de referência que os legitime. Estão rechaçados, portanto, no plano político, o autoritarismo e as doutrinas políticas autorreferenciais<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684/685.

<sup>70</sup> Ibid. p. 686

<sup>71</sup> CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2009.

<sup>72</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina. “La Teoría General Del Garantismo – Rasgos Principales”. In: CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 23



No plano jurídico, e mais especificamente, porque é o que nos interessa, no jurídico-penal, destas premissas metodológicas decorrem diversas diretrizes. Na busca da coerência com os atores que selecionamos no presente trabalho – o legislador e o STF – destacaremos aquelas que implicam diretamente na função destes.

Como projeto de direito penal para Estados democráticos constitucionais, é importante destacar como o garantismo de Ferrajoli enxerga o direito penal, do ponto de vista de sua justificação, vinculado à tradição clássica do pensamento penal liberal iluminista. Para ele, a pena estatal surgiu historicamente como resultado de *uma longa luta contra a vingança*<sup>73</sup>, de onde decorre sua legitimação interna: a pena só estará justificada se e quando a violência dela decorrente for menor do que aquela decorrente do próprio desvio sobre a qual ela incide. Tem o direito penal, portanto, a dupla finalidade de prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas, reduzindo-se a violência na sociedade, ou, como o próprio autor define, impedindo *o exercício das próprias razões*<sup>74</sup>. Portanto, o garantismo não nega, *a priori*, a racionalidade do sistema penal, mas fornece elementos internos e externos de sua justificação e oferece um *critério de deslegitimação da violência legal supérflua, tanto penal como extrapenal*<sup>75</sup>.

O garantismo não é abolicionista. Ferrajoli critica o abolicionismo, pois considera que “os modelos alternativos de sociedade subjacente às teses abolicionistas variam entre as sociedades selvagens, sem qualquer ordem e abandonadas à lei do mais forte e as sociedades disciplinares, pacificadas e totalizantes com conflitos controlados e resolvidos ou prevenidos por mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem”.<sup>76</sup>

Em síntese evidentemente empobrecida, porém não menos verdadeira, o projeto do garantismo é de um direito penal mínimo, no sentido de reduzido aos desvios mais graves, e com penas privativas de liberdade de duração também

---

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p. 269

<sup>74</sup> Ibid. p. 270

<sup>75</sup> CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 175.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p. 202

reduzida em relação às hodiernamente praticadas no ocidente<sup>77</sup>, além do enfoque às alternativas substitutivas a estas<sup>78</sup>. E não menos importante, o projeto garantista lida com o processo penal, aprofundando radicalmente a tutela do réu na dimensão da ampla defesa, contraditório, paridade de armas, sistema acusatório, presunção de inocência e devido processo.

No garantismo, a questão da lesividade material coloca o bem jurídico como categoria central para a legitimação substancial do direito penal. Para Ferrajoli, o bem jurídico é limite e garantia contra proibições arbitrárias, já que somente as lesões concretas a bens juridicamente valorados justificam a proibição e a punição, embora a existência desta lesão não seja suficiente. Isto porque nem toda lesão a bem jurídico justifica a intervenção penal, daí a postulação por um direito penal mínimo.

Por sua vez, a escolha de quais bens serão valorados pelo direito penal a ponto de justificar sua proteção pela via da ameaça da pena pertence à doutrina sobre a justificação externa das proibições penais e, portanto, à política criminal. Ferrajoli oferece quatro critérios para a política criminal de feição garantista, orientada à tutela máxima de bens com o mínimo necessário de proibições e castigos: a) o tipo penal incriminador somente estará justificado quando tiver por finalidade impedir ataques concretos ou riscos concretos de ataques a bens fundamentais individuais ou sociais e neste ponto Ferrajoli admite expressamente a inclusão da tutela penal de bens supraindividuais como a saúde pública, a probidade da administração pública e o meio ambiente, desde que o perigo a estes bens seja materialmente aferível; b) a sanção deve guardar sentido de proporcionalidade em relação ao bem tutelado, guardando-se um limite mínimo, a fim de preservar-lhe a eficácia dissuasória (e, quando fala disso, Ferrajoli está se referindo expressamente à pena privativa de liberdade, já que é contra a pena pecuniária de natureza penal<sup>79</sup>); c) a pena deve ser idoneamente intimidatória, ou

---

<sup>77</sup> Ferrajoli faz referência expressa a penas máximas que variem entre 15 e 20 anos de prisão. (CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 205)

<sup>78</sup> Suas sugestões de alternativas à pena privativa da liberdade tocam em vigilância especial, semiliberdade submetida a provas, prisões domiciliares, residência obrigatória ou proibição de residência, penas patrimoniais, incidentes sobre os instrumentos do crime, revogação de licenças para atividades comerciais, ou habilitações profissionais, interdição de cargos públicos. (Ibid. p.207)

<sup>79</sup> Para ele, *nenhum bem considerado fundamental a ponto de justificar a tutela penal pode ser monetarizado*. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p.382)

seja, deve ter aptidão concreta de desestimular o delito; d) o direito penal não pode ser fonte exclusiva de proteção destes bens jurídicos, impondo-se uma política extrapenal de proteção<sup>80</sup>.

A partir destes critérios, propõe restrições quantitativas (simplificação, economia e racionalização do sistema penal, com medidas despenalizadoras dos delitos de menor potencial ofensivo) e qualitativas (adoção do critério do perigo concreto como lesividade mínima) para a tarefa do legislador na tipificação.

Enquanto modelo geral de direito para as democracias constitucionais, o garantismo estabelece algumas premissas que também merecem destaque. Porque se opõe ao autoritarismo, o garantismo propõe uma forma de democracia substancial e erige o princípio da legalidade estrita como axioma de seu modelo de direito. O critério básico e indissociável que marca a definição do comportamento criminoso é formal: a lei. Daí ele faz decorrerem outros axiomas, em um encadeamento lógico, que conformam o sistema garantista de direito penal<sup>81</sup>. Repise-se que a posição axiomática da legalidade estrita vale para toda a teoria do direito proposta pelo garantismo, ainda que no momento estejamos dando ênfase ao enfoque penal<sup>82</sup>.

O princípio da legalidade, para Ferrajoli, é um comando voltado ao próprio legislador, vinculado que fica à prescrição taxativa das proibições que, por sua vez, devem se referir a fatos e comportamentos humanos. Para ele, trata-se de uma técnica legislativa voltada a adstringir o legislador, que não é onipotente, à elaboração de normas regulamentares e não constitutivas. Eis porque um programa político-criminal que se pretenda garantista não poderá conter tipos

<sup>80</sup> Ibid. p. 378/379

<sup>81</sup> Os dez axiomas do garantismo penal são: A1- *Nulla poena sine crimine*; A2- *Nullum crimen sine lege*; A3- *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*; A4- *Nulla necessitas sine injuria*; A5- *Nulla injuria sine actione*; A6- *Nulla actio sine culpa*; A7- *Nulla culpa sine iudicio*; A8- *Nullum iudicium sine accusatoine*; A9- *Nulla accusatio sine probatione*; A10- *Nulla probatio sine defensione*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p. 74/75

<sup>82</sup> Em suas palavras: “(o princípio da legalidade estrita) puede ser definido como una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que eutrizan el ejercicio de la violéncia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y proceales: la tipicidad del uso de la fuerza que constituye la sancion penal, la taxatividad de los hechos empíricos previstos como delictivos, de los perjuicios que de ellos se derivan y de la culpa del sujeto o los sujetos intervinientes, así como la verificación del delito cometido por un juez imparcial y en un proceso público contradictorio, en el que el que acusa tiene que probar lo que afirma y el que se defiende puede desmentirlo” (CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 176)

incriminadores que não descrevam concretamente as proibições (direito penal do fato), estando vetados os tipos com enfoque no autor (direito penal do autor)<sup>83</sup>.

Contudo, longe de implicar um legalismo extremado, o garantismo de Ferrajoli impõe limites ao poder de legislar em abstrato. Em sua obra mais recente, “Principia Iuris”, Ferrajoli impõe ao legislador um âmbito de matérias insuscetíveis de ser alteradas, a esfera do indecível, tornando-a, mais do que uma categoria teórico-política, uma categoria jurídica própria da teoria do Direito, que se apresenta como a dimensão substancial da democracia constitucional. Trata-se de um conjunto daquilo que não pode ser decidido e daquilo que não pode deixar de ser decidido pelo legislador, em oposição à tradicional dimensão formal relativa ao *como* pode ser decidido<sup>84</sup>.

Por outro lado, Ferrajoli dá à atividade judicial uma tarefa também relevante nesta limitação, na apreciação dos casos concretos. Isto porque, na proposição garantista, o respeito pelas regras da democracia, ou seja, pelos procedimentos de produção democráticos da lei, é condição necessária e suficiente para assegurar a validade formal da norma, mas não a validade substancial das decisões<sup>85</sup>.

Assim, ao princípio da legalidade se agrega o da jurisdiccionariedade estrita, segundo o qual, não bastará que o comportamento esteja previsto abstratamente como proibido na lei, sendo indispensável que o juiz exerça uma valoração cognitiva do fato com vistas à validação da proposição normativa em concreto. Além disso, é somente a atividade judicial que suprirá as naturais lacunas e antinomias próprias da insuficiência linguística da lei. Este novo modelo de juiz terá uma função crítica e valorativa da lei.

<sup>83</sup> “(...) o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. p. 31).

<sup>84</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de La Democracia Constitucional*. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, 31 (2008). pp. 207-212. Alguns autores enxergam na categoria da esfera do indecível, uma aproximação com a fronteira do inviolável de Bobbio (BOVERO, Michelangelo. *Qué no es decidable. Cinco regiones del coto vedado*. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, 31 (2008). pp. 217-226)

<sup>85</sup> PRIETO de SANCHIS, Luis. “Constitucionalismo e Garantismo”. In: CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 42.

Ferrajoli reconhece como indissociável, na tarefa da interpretação e aplicação da lei penal, um espaço de poder e de discricionariedade que transcende os silogismos óbvios e mecanicistas de subsunção do fato à norma. A tarefa não é simplesmente de reconhecer a norma, mas de reconstruí-la no caso concreto, temperada pela equidade judicial, fruto de ponderações, o que exige decisões argumentadas<sup>86</sup>. Por outro lado, o juiz só exercerá seu papel de proteger o indivíduo contra a arbitrariedade da lei, se ele mesmo não for arbitrário. A teoria cognoscitiva de interpretação do garantismo é a barreira contra o decisionismo judicial. Ferrajoli admite que, tanto quanto o legislador, também a jurisdição dispõe de uma esfera do “decidível” mais reduzida que aquela com que trabalha o legislador, mas que a carga de discricionariedade da atividade jurisdicional é inerente e está marcada por juízos de valor<sup>87</sup>.

Assim, se é inevitável certo grau de discricionariedade na atividade jurisdicional, é certo também que ela esteja reduzida ao mínimo tolerável. E isto só será possível se a atividade política do legislador se pautar pelo rigor linguístico<sup>88</sup>. Quanto mais precisa a linguagem da lei, menor a atividade potestativa do juiz. Legalidade e jurisdiccionariedade são, portanto, vias de mão dupla. O garantismo penal quer, com isso, privilegiar a previsibilidade, evitar os personalismos, prestigiar os acordos prévios, promover segurança jurídica. Tudo em nome da proteção do indivíduo.

Em suas contribuições mais recentes, Ferrajoli tem se mostrado um entusiasta do crescimento da atividade jurisdicional, no contexto do chamado neoconstitucionalismo. Em matéria penal, esta nova dimensão da atividade judicial estaria recomendada por dois fatores: primeiro, pela necessidade da salvaguarda dos direitos fundamentais que, segundo o autor, estarão mais bem amparados por uma atuação mais incisiva do Judiciário. Em segundo lugar, o fortalecimento do Judiciário em matéria penal se pauta pela emergência de uma nova criminalidade governativa, da qual decorrem ofensas mais graves aos direitos fundamentais. Ferrajoli está se referindo aos delitos ligados ao exercício

<sup>86</sup> Ibid. p. 34

<sup>87</sup> TARTUFFO, Michele. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008). pp. 383-392.

<sup>88</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina. “La Teoría General Del Garantismo – Rasgos Principales”. In: CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 36

do poder, produtos de um quadro de degeneração da política, para o qual o direito penal se apresenta como instrumento hábil de combate, já que o âmbito político tem se mostrado incapaz de fazê-lo arrefecer<sup>89</sup>. Neste contexto, o Judiciário desempenharia um papel central na defesa da legalidade.

Mas o ativismo judicial em matéria penal, para se ver plenamente justificado, precisa estar respaldado em um campo legal minimamente razoável e racional, sob pena de se descurar de seus limites. Assim, não basta que a tarefa da defesa das garantias penais e processuais venha em curso pelo Judiciário. É também necessário este empenho por parte da legislação. E neste ponto, o garantismo vai na contramão das tendências inflacionárias da legislação puramente simbólica, contra as quais Ferrajoli propõe um princípio constitucional de reserva de código. Trata-se de uma metagarantia, dirigida a proteger as garantias penais e processuais dos impulsos da legislação de emergência. A reserva de código determinaria que todas as normas de direito penal material e processual deveriam estar contidas nos respectivos códigos, e nenhuma alteração se poderia fazer, a não ser no texto dos próprios códigos, mediante um processo legislativo agravado<sup>90</sup>.

O garantismo de Ferrajoli não está infenso às críticas da comunidade de teóricos do direito e constitucionalistas. Luis Prieto de Sanchis adverte, por exemplo, que as patologias da lei (lacunas e antinomias) podem acontecer também no texto constitucional, e que Ferrajoli não contempla a possibilidade de conflito entre as normas constitucionais e nem propõe um modelo argumentativo que norteie a tarefa judicial no enfrentamento destes conflitos<sup>91</sup>.

O mesmo autor ainda lembra que a crítica que hoje se lança contra o garantismo e o constitucionalismo é justamente sobre seu aspecto judicialista, no sentido de advogar por um controle judicial de todos os atos do poder, inclusive a lei. Todavia, o natural déficit de racionalidade e legitimidade desta atividade judicial dotada de um extraordinário poder de censura somente poderia estar

<sup>89</sup> CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 200 e 211

<sup>90</sup> CARBONELL, Miguel (ed.). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 218 e 219.

<sup>91</sup> PRIETO DE SANCHIS, Luis. "Constitucionalismo y Garantismo", In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 48. O mesmo autor aprofunda suas críticas em Id. *Principia Iuris: una teoria del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. DOXA, Cuadernos de Filosofia Del Derecho, 31, 2008. pp. 325-354.

compensado por uma teoria da argumentação jurídica que regulasse e limitasse esta atuação.

Ocorre que o garantismo de Ferrajoli não propõe teoria de argumentação alguma, antes confiando na sua visão cognoscitiva da interpretação, em que o juiz é chamado a constatar, e em certa medida escolher, valorar e decidir, e não ao exercício da ponderação e proporcionalidade.

#### 4.3.4

#### Aproximação das respostas

A partir da configuração exposta, é tempo de tentarmos alcançar respostas às questões lançadas.

*a) a política criminal brasileira expressa na legislação penal de hoje tem perfil garantista?*

Já se viu que a produção de leis penais no Brasil pós-constituente abrangeu diferentes vertentes insuscetíveis de um enquadramento singular. Afirmar que o plano legislativo contemplou um projeto constitucional garantista é temerário, como também é insustentável a afirmativa de que esta legislação tenha sido essencialmente punitivista<sup>92</sup>. Isto porque foram movimentos pouco organizados, mas que contemplaram diferentes perfis político-criminais, justamente o que lhe deixou a marca indelével da indefinição e da irracionalidade, acima de qualquer outro epíteto que se lhe tente impingir.

A expressiva legislação simbólica que, de forma caótica, reagiu a situações emergenciais sem método e sem respeito à dogmática, tem caráter francamente antigarantista. Mas, até mesmo em decorrência de seu objetivo não passar da mensagem, os impactos que estas leis tiveram na realidade foram infinitamente menores do que aqueles decorrentes das leis planejadamente despenalizadoras que entraram em vigor neste mesmo período, como é o caso da

---

<sup>92</sup> Como já mencionado, a primeira vez em que um projeto legislativo se assumiu ostensivamente garantista foi no anteprojeto do Código de Processo Penal apresentado ao Senado, em que, na Exposição de Motivos, a expressão é usada para tratar da inspiração que conduziu o trabalho da Comissão.

Lei dos Juizados Especiais, da lei que ampliou as hipóteses e espécies de penas alternativas e da lei antidrogas<sup>93</sup>. Veja-se que não estamos nos referindo à lei dos crimes hediondos, de forte influência na realidade judiciária e penitenciária, uma vez que não consideramos que esta lei seja fruto específico do direito penal simbólico, mas de uma deliberação constitucional válida de conferir tratamento mais gravoso a uma categoria de crimes valorados de forma especial. É certo, todavia, como já sustentamos, que os sucessivos projetos de alteração com expansão de conteúdo desta lei, apontam para um viés punitivista de caráter meramente simbólico.

Ocorre que a expansão do direito penal brasileiro nestas duas décadas não se deu exclusivamente na legislação de emergência, mas pautou-se também por uma determinação constitucional de ampliação dos bens jurídicos tuteláveis, para abranger a proteção dos direitos humanos, inclusive aqueles de cunho coletivo e supraindividual, como foi o caso da lei dos crimes contra o meio ambiente, lei da biossegurança, e na tipificação de crimes como racismo, tortura, lavagem de dinheiro, tráfico de armas, sonegação fiscal, dentre outras. Esta expansão, como se viu, não é incompatível com o garantismo.

Também porque, conforme adverte Lenio Streck, o garantismo penal não tem apenas o viés negativo do liberalismo, de proteção do indivíduo contra os excessos do poder punitivo. Há espaço e legitimidade para um garantismo positivo que formata o direito penal democrático no dever de proteção dos direitos humanos<sup>94</sup>. Por esta linha, o direito penal dos Estados democráticos não poderá abdicar da tarefa de combater as condutas que impeçam ou dificultem a materialização dos direitos fundamentais de cunho individual e social, sob pena de se deslegitimar para todo o resto<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Igualmente de cunho garantista foi a Lei 12.015/2009, que alterou o Código Penal no tocante aos crimes sexuais, classificados desde então como crimes contra a dignidade sexual. Em que pese o endurecimento de algumas penas, e ainda a carência da boa técnica na redação dos dispositivos, a lei pautou-se pelo objetivo de disciplinar mais racionalmente a tutela penal desta espécie de crimes, derrogando figuras de cunho essencialmente moral, como o rapto consensual.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>95</sup> Neste sentido, importante a posição de Luciano Feldens, para quem “(...) *impõe-se que superemos o paradigma liberal-individualista de produção e aplicação do Direito e, sobretudo, do Direito Penal, o que pressupõe a compreensão das seguintes modificações havidas na estrutura do Estado e do Direito: (a) a evolução do Estado legal ao modelo de Estado constitucional; (b) a*



Portanto, é equivocado e simplista cunhar de punitivista, em um conceito contraposto ao de garantista, o movimento político criminal que a legislação adotou nestas duas décadas estudadas, levando-se em conta puramente o conteúdo das normas.

Por outro lado, a forma de produção assistemática, inflacionada e desprovida de técnica fez da legislação penal brasileira deste período um emaranhado confuso e disperso, que comprometeu sua estrutura formal e lógica. As patologias daí decorrentes ameaçam direitos e, portanto, afrontam o espírito garantista. A uma porque, em boa parte redundam em total ineficácia, comprometendo a credibilidade da norma. A duas porque estas patologias levam água em demasia ao moinho do Judiciário, e este não é um movimento garantista por excelência.

*b) a jurisprudência do STF em matéria penal tem perfil garantista?*

Se tomarmos como referência os critérios de Ferrajoli, aqui aplicados ao STF, teremos que somente em parte esta jurisprudência manteve um perfil garantista.

É certo que, via de regra, a pauta dos direitos fundamentais esteve presente nas decisões relevantes aqui tratadas, muito embora a jurisdição constitucional penal não tenha conseguido superar as patologias, lacunas e antinomias da legislação em vigor. Muito ao contrário, os movimentos sinuosos da jurisprudência do STF em questões relevantes, como na densificação de princípios constitucionais, refletiram, em certa medida, a mesma indecisão do legislador. Portanto, a utopia de Ferrajoli, acerca do juiz censor, como única fonte legítima de superação das deficiências da lei não se comprovou na prática, no Brasil. Isto porque a invocação da Constituição não tem bastado para se encontrar

---

*superção de uma concepção minimalista dos direitos fundamentais, os quais, sem abandonar sua condição de direitos de defesa, passam a funcionar como imperativos de tutela; (c) a consequente vinculação do legislador penal a essa dupla perspectiva dos direitos fundamentais, funcionando a Constituição, além de limite material, como fundamento normativo do Direito Penal; e (d) em termos aplicativos, a consideração da proporcionalidade em seus limites superior e inferior: como proibição do excesso e proibição de proteção deficiente.”(FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 15 e 16)*

o consenso e a verdade, já que conforme adverte Prieto de Sanchis, *muitas vezes a constituição não nos fala com uma só voz*<sup>96</sup>.

Não deixa de ser curioso, por outro lado, que o perfil político-criminal do STF venha se definindo, em grande medida, pela sua postura assumida de quarto grau de jurisdição ordinária (que analisa fatos), e que o assentamento das teses garantistas de tutela de direitos fundamentais em casos concretos estejam aprofundando o caráter elitista que o direito penal brasileiro sempre teve.

*c) o ativismo do STF em matéria penal é, por si só, garantista?*

O garantismo sustenta a legitimidade do ativismo judicial em matéria penal em duas vertentes: a proteção das garantias fundamentais e o enfrentamento da corrupção das esferas de poder.

As divisões internas da Corte, cada vez mais expostas, sobre os contornos e limites de princípios constitucionais como o da presunção de inocência, individualização da pena e proporcionalidade deixam claro que também no seio do STF há déficits de racionalidade argumentativa que comprometem a confiança e a imparcialidade de que deveria gozar uma corte suprema.

Os deslizos óbvios do legislador, na sua atabalhoada forma de produzir leis, quando levados ao Supremo, não costumam gerar grandes cizânias. Quase sempre a correção se dá de forma lógica e relativamente rápida<sup>97</sup>. Os embates são, ao contrário, mais graves e as divergências mais profundas quando o controle da lei se dá sobre as escolhas político-criminais expressas na lei, como, por exemplo, no caso dos crimes contra a ordem tributária e nos crimes hediondos. Em suma, o STF também patina, tanto quanto o legislador, nas questões fundamentais sobre quem e o que punir. E a invocação do texto constitucional, nestes momentos, não é suficiente, porque este quase sempre acolhe, em tese, a tutela penal invocada na lei ordinária.

---

<sup>96</sup> PRIETO DE SANCHIS, Luis. “Constitucionalismo y Garantismo”. In: CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 48

<sup>97</sup>Veja-se, por exemplo, o caso da já mencionada ADI 3096/DF a respeito do Estatuto do Idoso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3096/DF. rel: Min. Carmen Lúcia. Publicado no DJ de 03 set. 2010. p. 358.)

Exemplificando, não se pode apontar como inconstitucional, *a priori*, a deliberação do legislador ordinário de punir a sonegação fiscal. Tipificar ou não a sonegação fiscal são opções constitucionalmente válidas no contexto brasileiro. Se, entre alternativas constitucionalmente válidas, o legislador optou por alguma, não é lícito que o STF escolha a alternativa preterida, alegando princípios constitucionais. Mas a jurisprudência da Corte neste assunto revela, como já se disse, o desconforto com a opção pela intervenção penal na matéria.

Se é assim, a argumentação em termos de princípios constitucionais cujo conteúdo não é unívoco e nem monolítico acaba por servir de álibi para que o STF simplesmente faça opções político-criminais que somente ao legislador seria lícito fazer. Há quebra da legalidade estrita.

As escolhas fundamentais da política criminal: quem punir, o que punir e como punir, desde que se pautem pelos limites constitucionais, são tarefas do Legislativo, e ao Judiciário só se admite o controle destes limites.

É certo que em um ambiente de crise, como é o caso do parlamento brasileiro, e diante de um quadro normativo incoerente e mal organizado, o ônus do controle judicial se intensifica, mas é ilusório imaginar que o ativismo judicial nos protegerá da irracionalidade do legislador. Sem limites, a irracionalidade legislativa só será substituída pelo decisionismo judicial, o que afronta todos os postulados do garantismo penal<sup>98</sup>. Em matéria penal, antes de tudo, restaurar o

---

<sup>98</sup> Os exemplos de incursões decisionistas de juízes criminais, sob o apanágio do cumprimento de princípios garantistas de foro constitucional, apesar da existência de lei sobre a matéria, começam a aparecer pelo Brasil. As ideias apregoadas pelo direito alternativo contribuíram em grande parte para a formação desta convicção de que existiria uma conexão direta entre a jurisdição e os princípios constitucionais, o que dispensaria a tarefa legislativa. Para ficarmos com um exemplo só, mas de grande eloquência, veja-se o caso da estudante sueca Hanna Maria Hillerstrom, condenada pela Justiça Federal do Rio Grande do Norte por tráfico de drogas. O juiz federal Mário Azevedo Jambo, da 2ª Vara Federal, inovou nas alternativas à pena de reclusão, impondo à condenada a obrigatoriedade de estudar e ler livros especificados na sentença, além da prestação de serviço em instituições da comunidade. O juiz determinou que a estudante continuasse os estudos ou curso profissionalizante. Também determinou na sentença que a condenada comparecesse, diariamente, à Biblioteca da Justiça Federal do Rio Grande do Norte para realizar trabalho sobre as obras “ANIARA” do escritor sueco HARRY MARTINSON e de textos da obra, “TROLL OCH MÄNNISKOR” (GNOMOS E HOMENS) da escritora SELMA LAGERLOF, com a apresentação periódica “do próprio punho” de suas impressões e sentimentos pessoais que fossem a flor da leitura dos livros. Na fundamentação de sua decisão, o juiz criticou as penas previstas pela lei penal, afirmando: “*Rejeito, serenamente, até porque aquecido pelo manto constitucional, qualquer dispositivo que me faça punir seres humanos de forma uniforme. Com todas minhas limitações, não abro mão da responsabilidade que me foi imposta pela Constituição*”

império da lei será sempre mais seguro. Não por outra razão o garantismo aposta em mecanismos que preservem a atividade legislativa, a fim de que a atividade jurisdicional se dê concretamente, e de forma limitada.

Já no segundo aspecto que legitimaria o ativismo judicial penal, qual seja o combate à criminalidade governativa, o STF começa agora a dar alguns sinais de que assumirá de vez este papel. O recebimento de denúncias envolvendo autoridades do primeiro escalão da república e as primeiras condenações de políticos em sede de ações penais originárias, ocorridas em 2010, são demonstrações de que esta vertente do ativismo judicial penal poderá render frutos significativos na tutela coletiva dos direitos fundamentais de cunho social<sup>99</sup>.

---

*da República em buscar no caso concreto, para cada acusado e dentro da lei, a pena estritamente necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito cometido, buscando, principalmente, a recuperação do apenado e a restauração e reversão, na sociedade, dos fatores facilitadores da reincidência*". (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/outras-noticias/2009/dezembro/estudante-sueca-recebe-pena-alternativa-de-estudos>>. Acesso em 15 nov. 2010).

<sup>99</sup> Para ficarmos com apenas alguns exemplos, destaque para o julgamento do chamado caso "Mensalão" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2245/MG. rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 09 nov. 2007. p. 38); algumas operações que envolveram graduados membros da magistratura, como a chamada Operação Furacão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 1. HC 93381/RJ. rel: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 29 mai. 2009. p. 1083); o caso do ex-governador José Roberto Arruda (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 102732/DF. rel. Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 07 mai. 2010. p. 680); e ainda o recebimento de denúncia contra deputado federal pela prática do crime de peculato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2312/DF. rel: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 18 dez. 2009. p. 062) e contra o deputado federal Jader Barbalho (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2052/AM. rel. Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ de 16 fev. 2007. p. 041). Em setembro de 2010, quebrando uma tradição, o STF condenou a sete anos de prisão o deputado federal José Fuscaldi Cesílio (PTB-GO), conhecido como Tatico, por sonegação e apropriação indébita de contribuição previdenciária. Em outubro de 2010, o STF condenou a doze anos de reclusão o ex-deputado federal Natan Donadon (PMDB-RO) sob acusação de formação de quadrilha e peculato. Na mesma leva sobreveio a condenação do deputado federal Cássio Taniguchi (DEM-PR), acusado de desvios de verbas públicas enquanto prefeito de Curitiba. Também relevante a condenação do deputado federal José Gerardo (PMDB-CE), por crime contra a administração pública, envolvendo o desvio de verbas federais. Foram as primeiras condenações de políticos pelo STF desde 1974, quando o então deputado Chico Pinto, do MDB, foi condenado por crime contra a segurança nacional por ter criticado o regime do ditador chileno Augusto Pinochet.