

2

Direito Penal Clássico

A partir daqui será estudada a missão de que está encarregado o Direito Penal, as medidas de política criminal que resultam na sua construção, seus fundamentos criminológicos e os princípios dogmáticos em que se assenta.

2.1

Missão

Para o Direito Penal *clássico*, de tradição jusnaturalística, ao Direito Penal está incumbida a tarefa de dar proteção a bens jurídicos sempre que estes sofrerem violações mais graves e desde que os demais ramos do Direito não lograrem êxito em exercer esta proteção de modo eficaz. Seria assim, protegendo bens jurídicos, que o Direito Penal contribuiria para o desenvolvimento do indivíduo. Isso porque a sanção penal, cerceando a liberdade daquele que infringe suas normas, não tem correspondente no ordenamento jurídico em termos de severidade, razão pela qual o Direito Penal será sempre subsidiário ao Direito Civil, Administrativo etc.

No entanto, alertam Batista e Zaffaroni ser necessário diferenciar os conceitos de *bem jurídico lesionado ou exposto a lesão* e de *bem jurídico tutelado*, porque a “ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo: o princípio que determina que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas”. Segundo estes autores, a ineficácia garantidora da ideia de *bem jurídico tutelado* tende a *espiritualizá-lo* para “desembocar num único *bem tutelado*, que é a vontade do Estado (de polícia), porquanto acaba sendo o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela”¹³⁵.

¹³⁵ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal...* cit. 227.

2.1.1

Conceito aproximado de bens jurídico-penais

O conceito de bem jurídico vem se desenvolvendo na ciência penal acerca de 180 anos¹³⁶. Hoje, anotando-se de forma bastante simplificada, pode-se conceituar como bens jurídico-penais “aqueles que formam um conjunto de valores e interesses que uma sociedade atribui relevância excepcional e cujo ataque se busca evitar punindo com a pena quem o fizer”¹³⁷.

Desenvolvendo o conceito delineado por Welzel, no sentido de que a missão do Direito Penal é a de “proteger os valores elementares da vida em comunidade”¹³⁸, Jeschek acrescenta que para a realização desse desiderato o Estado não deve utilizar-se “de qualquer modo e em qualquer medida”, devendo esta intervenção ser “compatível com o nível cultural da nação”. Invocando em socorro de suas ideias a jurisprudência da Suprema Corte alemã, que sedimentou o entendimento de que “a norma penal representa em certa maneira a *ultima ratio* dentro do instrumental a disposição do legislador”, adiciona este autor que o Direito Penal “só pode estabelecer limitações quando seja indispensável para a proteção da sociedade”¹³⁹⁻¹⁴⁰.

¹³⁶ Atribui-se se a BIRNBAUM, em obra publicada em 1834 (*Ueber das Eforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbreches*, em “Archiv des Criminal rechts”, W. F. 1834, pgs. 149-194), a construção do conceito de *bem* jurídico quando considera que existirá um delito quando, além da violação do *direito objetivo*, aquele descrito na norma, haja também, sempre e necessariamente, a violação de um *direito subjetivo*. Apud ROCCO, Arturo. *El objeto del Delito e de la Tutela Jurídica Penal*. Buenos Aires/Montevidéu: Editorial B de F, 2001, p. 20-21.

¹³⁷ CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico*. Revan: Rio de Janeiro, 2004, p. 44.

¹³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman – parte general*. Trad. J. B. Ramirez y S. Y. Pérez. (11ª ed./2ª ed. castellana). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 11 (tradução livre para o português).

¹³⁹ JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Trad. J. L. M. Samaniego. 4ª ed. Granada: Editorial Colmares, 1993.

¹⁴⁰ Na decisão citada (BVerGE 39, 1), tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão em 25/02/75, envolvendo a questão do aborto, ponderam-se dois valores: a dignidade humana do feto *versus* o direito de autodeterminação da gestante. Vale transcrever a seguinte passagem: “Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a *ultima ratio* do instrumental do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever ‘absoluto’ de penalizar, porém, da obrigação ‘relativa’ de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios”. (...). O Direito à vida do nascituro pode causar um dano à

Na mesma linha é a posição de Navarrete. Após mencionar as reservas inerentes ao intento de conceituar o objeto da tutela penal, esse autor define bem jurídico como “todo bem ou valor, de titularidade pessoal ou coletiva, normativamente valorado e estimado como digno, merecedor e necessitado da máxima proteção jurídica, representada pela cominação de pena, que corresponde impor ao comportamento lesivo do bem jurídico, em conformidade com a concreta descrição típica”¹⁴¹

Depurando a fórmula, e adotando linha argumentativa no sentido de que o conceito de bem jurídico tem função limitadora para o legislador, Roxin defende a tese de que um “conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar dos princípios cometidos e modelados na Lei Fundamental”¹⁴². Efetivamente, a seleção de bens jurídicos merecedores da tutela penal, em conformidade com o entendimento de vários autores, deve ser feita através de critérios *político-criminais* que levem em conta “as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados (...), em razão do caráter limitativo da tutela penal”¹⁴³.

Conforme já anotamos neste trabalho, para Alexy os princípios constitucionais “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, constituindo-se em *mandamentos de otimização*. A característica maior destes mandamentos é a de poderem ser satisfeitos em graus variados e que a medida de sua satisfação não depende exclusivamente de possibilidades fáticas, mas também jurídicas. Isso, porém, não significa dizer que a todos os princípios constitucionais ou que todos os bens jurídicos, em relação aos quais a Carta faz referência devam ser objeto da

mulher, que essencialmente extrapola a medida de intensidade normalmente ligada à gestação. Surge aqui a questão da exigibilidade; em outras palavras, a questão de se, nesses casos, o Estado também pode forçar, com o instrumentário do direito penal, o prosseguimento da gravidez. O respeito pela vida do nascituro e o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar, além dos limites viáveis, seus próprios valores vitais em prol da observância desse bem jurídico, chocam-se” (in SHWABE, Jürgen (coletânea) e MARTINS, Leonardo (organizador). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. B. Henning *et alli*. Montevideu: Fundação Conrad Adenauer, 2005, p. 266 e seguintes).

¹⁴¹ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal – Parte General – Teoría Jurídica del Delito* V. I, T. II. Barcelona: Editorial Bosh, 2000, p. 603-604.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 1 ed. (trad. para o espanhol da 2 ed alemã por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz Y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal). Civitas: Madrid, 1997, reimpressão 2001, p. 56.

¹⁴³ PRADO, Luiz Regis: *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 76.

tutela penal, como se se tratassem de *mandamentos de 'criminalização'*¹⁴⁴.

Deveras, a Constituição contém dispositivos em que transfere ao legislador ordinário a criminalização de certas condutas, entre outras, por exemplo, “a prática do racismo” (art. 5º, XLII), criminalizada através da Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro ne 1989, e “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, XLIV), conduta também objeto da Lei Federal 9.034, de 3 de maio de 1995, que trata das regras processuais a serem adotadas em hipóteses de investigação de *organizações criminosas*, não obstante nosso ordenamento não defina nem criminalize o que sejam tais *organizações*¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

De toda forma, para aperfeiçoar uma definição instituto, Roxin anota que “bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”¹⁴⁷, acrescentando Urs Kindhäuser que “são bens jurídicos aquelas propriedades de seres humanos, coisas e instituições que servem ao livre

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Cit, p. 92.

¹⁴⁵ Sendo o Brasil é um dos signatários da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, cujo texto ingressou em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, encontrar-se-á no artigo 2º dessa normativa o que se entende por “*Grupo Criminoso Organizado* – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Veja-se, acerca do tema: CASTELLAR, João Carlos. *A Recepção no Direito Penal Brasileiro do Conceito de Crime Organizado*. Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano III, nº. 10, 2011, p. 17. Tampouco há na nossa legislação a criminalização do *terrorismo*, que aparentemente se adequaria mais ao mandamento constitucional de criminalizar a conduta de formação de grupos armados para atacar o Estado Democrático. Aliás, sequer a Organização das Nações Unidas chegou a conclusões satisfatórias para que se definisse um tipo penal com esse *nomem juris*. Segundo matéria jornalística assinada por Janaína LAGE, as discussões no âmbito da ONU começaram bem antes dos ataques às Torres Gêmeas. “Em 1996, foi criado um comitê com o objetivo de elaborar uma ampla convenção internacional sobre o assunto, mas ele não conseguiu superar o impasse da distinção entre o que são, de fato, atos de terror e o que constituem os direitos dos povos à autodeterminação na legislação internacional, as atividades de forças armadas durante um conflito ou as ações de força de um Estado em tempos de paz” (O GLOBO, 12/09/2011, p. 27).

¹⁴⁶ Depois de concluído este trabalho, foi sancionada a Lei Federal nº. 12.694, de 24 de julho de 2012, que dispõe “sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas”. Através deste estatuto passa a legislação ordinária a definir *organização criminosa*: “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit. p. 56.

desenvolvimento individual e que resultam merecedoras de proteção sob o princípio da coexistência de liberdade vantajosa para todos”¹⁴⁸

2.1.2

a afirmação da vigência da norma

Todavia, a dogmática penal (notadamente a alemã) tem apresentado divergência quanto aos objetivos do Direito Penal, argumentando Jakobs que não se pode considerar serem estes a mera evitação de lesões a bens jurídicos. Para este autor, a missão do Direito Penal é a de “reafirmar a *vigência da norma*, devendo equiparar-se, para esse efeito, vigência e reconhecimento”¹⁴⁹.

Para Jakobs, “as normas são a estrutura da sociedade, ou, dito de outro modo, constituem-se na regulamentação do conteúdo daquelas relações entre pessoas que podem ser esperadas, não se contando com o contrário”, ou seja, que as pessoas ajam de outro modo. Assim, segue o autor, “as normas são um assunto social e sua estabilização é a estabilização da sociedade”. Seguindo essa linha de raciocínio, sustenta Jakobs que o delito é a desautorização da norma; é a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico atuada; e “a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é a constatação de que a contribuição do autor à sociedade é errônea, destruidora das estruturas e por isso não deve ser seguida”¹⁵⁰. Parafraseando a teoria hegeliana que afirma ser a pena justa por se constituir na negação da negação ao Direito¹⁵¹, conclui Jakobs que “o fato e a pena, por

¹⁴⁸ KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial BdeF Ltda. 2011, p. 8.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Trad. CUELLO CONTRERAS, J. e GONZALEZ DE MURILO, J. L. S. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 13-14 (tradução livre para o português).

¹⁵⁰ JAKOBS, Günter. *¿Qué protegé el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* 1ª reimpressão. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 55 e seguintes (tradução livre para o português).

¹⁵¹ Hegel defendia o caráter retributivo da pena construindo a ideia da pena como sendo o produto de um raciocínio lógico-jurídico, que implicava na *negação da negação*, portanto na reafirmação do direito: o crime é uma a negação ao Direito; sendo a pena a negação desta negação, é justa. Segundo o pensamento deste filósofo, para o mal *injusto* do crime, inflige-se ao seu autor o mal *justo* da pena. Segundo Hegel: “uma questão de grande dificuldade foi introduzida no conceito de retribuição pela categoria da igualdade, embora ainda seja verdade que a justiça de tipos específicos ou montantes de pena é uma questão adicional, subsequente à substância da coisa em si... *O crime, como a vontade que é implicitamente nula, ‘eo ipso’ contém sua negação em si, e essa negação é manifestada como pena*. É esta identidade interna cujo reflexo no mundo externo se apresenta como igualdade” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito* (trad. para

consequente, se encontram no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade, a pena a marginalização dessa negação, ou seja, a confirmação de sua estrutura”¹⁵².

Há de se ter em conta, entretanto, que a construção das normas penais jamais estará revestida de neutralidade. Ao contrário, os critérios de seleção de condutas proibidas obedecerão sempre a determinados princípios ideológicos, lembrando Dannenberg que “o direito público de um Estado é a modelagem das ideias políticas dominantes no momento de criação desse Direito”¹⁵³, acrescentando que, “numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”¹⁵⁴.

Oportuna aqui a contundente advertência de Cirino dos Santos, no sentido de que, além dos objetivos *declarados* do direito penal, consubstanciados “pelo discurso oficial da teoria da pena”, há que se identificarem quais são objetivos os *reais* do Direito Penal, estes localizáveis “através do discurso crítico da teoria criminológica da pena”. Os primeiros – os objetivos *declarados* –, “consistem na proteção de bens jurídicos, selecionados em obediência a critérios políticos-criminais fundados na Constituição” e de acordo com os princípios dogmáticos desenvolvidos na ciência penal. Os segundos – *não declarados* – são aqueles que deixaram claro constituir-se o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como “centro de estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas”, servindo o Direito Penal para refrear as contradições e o antagonismo latente entre o *capital* e o *trabalho*, isto é, entre os *proprietários* do capital e os *possuidores da força de trabalho*. Daí este autor chamar atenção para as “funções *ilusórias*” desse discurso, que visam o encobrimento da natureza

o inglês por T. M. Knox e para o português de Reynaldo Guarani). Em *Os Grandes Filósofos do Direito*, org. por MORRIS, Clarence. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2002, p. 309..

¹⁵² JAKOBS. *Op. Cit.* (2002), p. 61.

¹⁵³ *Apud* Muñoz Conde, que buscou a referência – “Liberalismo y Derecho em el Siglo XIX” (1925) – em Merkel (*in*: MUÑHOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo – los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa. 2000, p. 59).

¹⁵⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 116.

do controle social pelo Estado ¹⁵⁵.

Arguindo que os “sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado” protegem “interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados”, Cirino dos Santos propõe que se opere a mudança da *fonte formal* do Direito (a lei) para a *fonte material* desse Direito (o modo de produção), o que implica em “trocar a *lógica formal* por uma *lógica material* (ou *lógica dialética*), utilizada pela Criminologia como método de pensar o *crime* e o *controle social* nas sociedades contemporâneas, embora a dogmática jurídica permaneça sob a égide da *lógica formal* como lógica jurídica clássica”¹⁵⁶.

Remarcando a necessidade de dar dimensão antropocêntrica do conceito de bem jurídico, Cirino dos Santos, entre outros, propõe “reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade de poder*, de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos dos *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc.”. Desse modo, seriam reafirmados os princípios do “Direito Penal do fato, como lesão do bem jurídico, e da culpabilidade, como limitação do poder de punir”¹⁵⁷, não se cogitando da ideia de que a pena signifique tão somente “a mostra da vigência da norma a custo de um responsável”¹⁵⁸.

Também no sentido de que o bem jurídico relevante penalmente somente pode ser reconhecido como aquilo que for “reduzido a um ente próprio da pessoa humana”, Juarez Tavares considera que “para ser tomado como bem

¹⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – parte geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris/ICPC, 2008, p. 5 e seguintes. Invocando Marx e Engels, Cirino dos Santos anota que “nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de *produção* e de *circulação* da vida material, em que os indivíduos se relacionam como *proprietários do capital* ou como *possuidores de força de trabalho* – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados – todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas *classes sociais* fundamentais e da *luta de classes* correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social”.

¹⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* pp. 7-8.

¹⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* p. 17

¹⁵⁸ JAKOBS, G. *Derecho Penal*. Cit. p. 9.

jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, num interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis”¹⁵⁹.

Desde este ponto de vista, arremata Cirino dos Santos, seja como um eixo ou núcleo em torno do qual deva pautar-se a atuação do Direito Penal ou, principalmente, tendo como sua última finalidade de contenção do poder punitivo do Estado, mesmo consideradas todas as limitações e críticas de que possa estar revestida a ideia de que a missão do direito penal é a de dar proteção a bens jurídicos, este conceito, “como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital/trabalho assalariado*, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo”¹⁶⁰.

Há ainda a considerar questão levantada por Hassemer. Afirma este autor que “um direito penal nuclear circunscrito aos bens jurídicos referentes ao ser humano e que coloca sob punição apenas aqueles bens jurídicos da coletividade, que podem ser concebidos precisamente e que por detrás deles possam ser ainda percebidos interesses pessoais (como no caso da periclitado do trânsito urbano, a busca judicial da verdade ou no caso de posse de objetos perigosos à comunidade), possuem outro tipo de pena do que um direito penal que se apoia na proteção da capacidade funcional dos órgãos de subvenção ou do fluxo de capital ou que até mesmo permita a imputação coletiva da maioria das pessoas, eventualmente das direções” No entanto, a este “direito penal ampliado a todos os bens universais possíveis se aproxima do direito administrativo corresponderá a qualidade de suas sanções”¹⁶¹.

Mas como as penas administrativas se limitam a “um mal jurídico que a Administração inflige a um administrado responsável por uma conduta repreensível antecedente”¹⁶², devem ser estas sanções consideradas como penas

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 217.

¹⁶⁰ CIRINO, p. 18.

¹⁶¹ HASSEMER, Wilfrid. *Direito Penal Libertário*. Trad. R. Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 95.

¹⁶² FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.

apenas em sentido técnico, já que não estão revestidas das funções outras com que o Direito Penal as reveste, exceto a meramente retributiva. Por tais razões, as penas advindas de um Direito Penal “administrativizado”, não estão dotadas das funções de prevenção criminalidade, raciocínio que leva à conclusão de que “a pena só poderá manter vivo o seu sentido, caso o direito penal não se degenere em uma moldura para a solução de todos os problemas”¹⁶³.

2.2

Política criminal

Ao lado da qualificada expressão de Delmas-Marty, que conceitua política criminal como “o conjunto dos procedimentos através dos quais o *corpo social* organiza as respostas ao fenômeno criminal”¹⁶⁴, encontra-se a não menos valiosa observação de Zipf, no sentido de que a política criminal “é um setor objetivamente delimitado da Política jurídica em geral: é a política jurídica no âmbito da justiça criminal”¹⁶⁵.

Temos, então, que, enquanto a primeira autora considera que a política criminal é o conjunto de respostas da *sociedade* ao fenômeno criminal, fenômeno este que não é visto por ela somente desde o ponto de vista jurídico, o segundo propõe que se trata de um conjunto de respostas do *Estado*, tendo como esfera de aplicação exclusivamente a justiça criminal¹⁶⁶.

Ocorre que a sociedade é formada por classes sociais e são as classes sociais política e economicamente dominantes que impõem sua influência ideológica sobre as demais classes, privilegiando os interesses dos grupos hegemônicos. Isso, no dizer de Ribeiro Lopes, “trará como consequência que uma determinada e particular concepção de mundo se terá objetivado através da norma penal que fará fixar, em conformidade a ela, pautas de conduta social”. Dar-se-á aí, portanto, “de maneira mais significativa, a influência da ideologia dominante

¹⁶³ HASSEMER. *Cit.* p. 96.

¹⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos ... cit.* p. 24.

¹⁶⁵ ZIPF, Heinz. *Introducción a La Política Criminal* (trad. para o espanhol Izquierdo Macías-Picavea). Madrid: Edersa, 1979, p. 3 (tradução livre).

¹⁶⁶ CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro ... cit.*, p. 43.

na imposição de seus valores sociais”¹⁶⁷. Significa dizer que a definição do que venha a ser crime em dada sociedade dependerá sempre “dos indivíduos que usufruem de posição de predomínio na determinação do que seja inadequado, ou seja, das ideologias”¹⁶⁸.

2.2.1

ideologia e política criminal

Aqui cabe um parêntesis para que se conceitue *ideologia*. Segundo Marilena Chauí, entende-se por *ideologia* o meio através do qual “o legal apareça para os homens como legítimo”. Trata-se “da substituição da realidade do Estado pela *ideia do Estado* e a realidade do Direito pela *ideia do Direito*”. Nesse passo, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou ideias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos, podendo-se então dizer que “a ideologia é o processo pelo qual as ideias da classe dominante tornam-se ideias de todas as classes sociais, tornam-se ideias dominantes”. Assim, “a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das ideias)”¹⁶⁹.

A visão de Chauí tem a qualidade de refinar as percepções de Marx e Engels, para quem “a classe que dispõe dos meios da produção material dispõe também dos meios da produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles aos quais são negados os meios de produção intelectual está submetido também à classe dominante”. Conforme estes autores, “os pensamentos dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes consideradas sob a forma de ideias, portanto expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante; em outras palavras, são as ideias de sua dominação”. Registram ainda Marx e Engels que “os indivíduos que constituem a classe dominante possuem, entre outras coisas, também uma consciência, e conseqüentemente pensam; na medida em que dominam como classe e determinam uma época histórica em toda a sua extensão, é evidente que

¹⁶⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 138.

¹⁶⁸ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 20.

¹⁶⁹ CHAÚÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense (Coleção “Primeiros Passos”), 2008, p. 87-88.

esses indivíduos dominam em todos os sentidos e que têm uma posição dominante, entre outras coisas também como seres pensantes, como produtores de ideias, que regulamentam a produção e a distribuição dos pensamentos da sua época; suas ideias são, portanto, as ideias dominantes de sua época”¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

Levando em consideração a conceituação de *ideologia*, no campo da formação legislativa penal o componente ideológico que integrará cada construção típica, assim como sua forma de aplicação, e até mesmo sua execução – sem esquecer-se das regras processuais – variará em conformidade com os “juízos de valor próprios do legislador, posto que um ato não é criminoso em si mesmo, só passando a sê-lo em virtude da norma jurídica que o qualifique como tal”. Implica dizer que “a consideração do que seja socialmente inadequado dependerá sempre do ponto de vista daqueles que detém o poder de imposição (eleição da conduta proibida), já que os juízos de valor implicam sempre a apreciação subjetiva, ou seja, a participação da consciência de quem valora, no ato de vinculação do sujeito prejudicado”¹⁷².

Ocorre, como diz Thompson, que esta “ordem jurídica resulta da atividade humana, elaborada que é por um *legislador*, isto é, por um ou mais indivíduos de carne e ossos, que partilha de todas as fraquezas comuns aos seus semelhantes, que odeia e ama, que varia de humor a cada instante, que possui cabeça, tronco e membros, que come e bebe e até, vai ao banheiro várias vezes por dia”¹⁷³. Deste modo, o *legislador* sofre enorme influência midiática, não raro atuando passionalmente no vai-e-vem das marés criminalizantes, desaguando sua atuação legislativa, somados os vetores ideológicos e pessoais que formam o perfil do político-ideológico do parlamentar, na edição das chamadas *Leis de Emergência*, aquelas que “fogem dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones

¹⁷⁰ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. L. C. de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, (2ª tiragem da 3ª ed.), 2008, p. 48-49.

¹⁷¹ Na simplificada conceituação dicionarista, ideologia é “um conjunto de crenças, valores e atitudes culturais que servem de base e, por isso, justificam até certo ponto e tornam legítimos o status quo ou movimentos para mudá-lo, refletindo os interesses de grupos dominantes, como maneira de perpetuar sua dominação e privilégios”. In: JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia - guia prático da linguagem sociológica* (trad. Ruy Jungmam). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.126.

¹⁷² GALVÃO, Fernando. *op. cit.* p. 19

¹⁷³ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos – o crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pp. 47.

culturais empregados na normalidade”¹⁷⁴ e que são editadas ao sabor de uma *vontade popular* ideologicamente construída.

Assim, segue Thompson, o “ser abstrato do *legislador* representa pura idealização ético-metafísica”, bem como “o crime e criminoso não são entidades absolutas, ou naturais, ou passíveis de ser vistas como algo em si, mas, tão-somente, o resultado da vontade do *legislador* – ao qual incumbe a tarefa de consolidar em ditames coercitivos a proteção de privilégios dos grupos espoliadores”. Numa palavra: o crime não é apenas um *ente jurídico*, como propunha Carrara no século XIX, mas um *ente político*, como desvendou Thompson cem anos depois¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

Diante destas observações, não será demasia repetir que a política criminal adotada por determinado Estado em determinado momento histórico refletirá sempre a vontade da classe social dominante, que adota determinado sistema político e (sobretudo) econômico, o qual estará delineado na Constituição e nas leis desse país. Esta classe social é que imporá as normas de conduta que convém aos seus interesses, submetendo as demais ao seu efetivo acatamento, o que se realizará por meio das instituições e demais instrumentos de força entre os quais se destaca o *sistema penal*¹⁷⁷.

Deste modo, reitera-se, será através de medidas de política criminal, as quais, como visto, são fortemente impregnadas da coloração ideológica pigmentadora da classe social político-economicamente dominante, que serão

¹⁷⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

¹⁷⁵ THOMPSON. Cit. p. 48.

¹⁷⁶ Thompson faz aqui um bem articulado jogo de palavras com conhecida expressão de Carrara, expoente maior da chamada Escola Clássica, que via o delito como a violação de um *direito subjetivo*, proclamando que se tratava de um *ente jurídico*. Eis suas palavras: “Daí resulta que é um equívoco considerar que o objeto do delito a *coisa* ou o *homem* sobre os quais se exerce a ação criminosa. O *delito* se persegue *não* como *fato material*, senão como *ente jurídico*. A ação material terá por objeto a *coisa* ou o *homem*; o *ente jurídico* não pode ter por seu objeto mais do que uma *ideia*, o direito violado, que a *lei* protege com sua proibição” (In: CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal* [tradução para o espanhol por Sebastian Soler]. vol 1, § 36. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, , p. 49 [tradução livre para o português]).

¹⁷⁷ Segundo ZAFFARONI & PIERANGELI, chama-se “‘sistema penal’ o *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (...) Engloba a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários da execução penal (ZAFFARONI, Raul Eugênio & PIERANGELI, José Henrique. *Manual ... cit.*, p.70.

definidos quais comportamentos alçarão à categoria de crime, bem como serão articuladas e postas em prática as estratégias estatais mais apropriadas ao controle do que venha a ser criminalizado, já que, estabelecidas pelo Poder Legislativo as condutas proibidas, caberá ao Executivo, ao alvedrio de suas prioridades, eleger quais delas se perseguirão com mais ou menos intensidade.

Cogita-se aqui das formas de criminalização *primária* (o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas); e *secundária* (a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas). Esclarecendo o sentido dessa classificação, anotam Batista e Zaffaroni que “em geral são as agências políticas (parlamentos, executivos), que exercem a criminalização primária (elaboração das leis penais), ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários)”¹⁷⁸.

Para que bem se verifique se estes programas de criminalização, tanto na forma primária quanto na secundária, se operam dentro de critérios minimamente democráticos e desprovidos, tanto quanto possível, da carga ideológica dominante, necessário se proceda a uma conceituação aproximada do que venham a ser *processos democráticos* de tomadas de decisão em sociedades politicamente organizadas ou, em sentido mais claro, do que seja *democracia*.

2.2.2

política criminal e democracia

Segundo Schumpeter, a “democracia é um método político, ou seja, é um certo tipo de arranjo institucional para chegar a decisões políticas – legislativas e administrativas – e, portanto, incapaz de ser em si um fim, sem ter em conta as decisões que possa produzir sob condições históricas dadas”¹⁷⁹. Com Bobbio, se poderia acrescentar que a democracia se constitui “num método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abranjam toda a

¹⁷⁸ Conforme ZAFFARONI, Raul e BATISTA, Nilo (*et alli*), *Direito Penal Brasileiro – primeiro volume - teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

¹⁷⁹ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura/Ordem Livre (edição *on line*), 1961, p. 281.

comunidade, mais do que uma ideologia)”¹⁸⁰. Nessa linha, Robert Dahl institui o conceito de “democracia ideal”.

Mesmo que este conceito – *democracia ideal* – não esteja livre de toda contaminação ideológica, importante tê-lo como referencial neste trabalho a fim de que se possa contrapô-lo aos princípios em que se assenta nossa ordem constitucional, em especial no tópico da ordem econômica. Apenas para que não passe *in albis*, registre-se que, para os críticos das teses de Dahl, para ser *real* (e não meramente *ideal*) “o que a democracia precisa mesmo para existir é uma ampla participação por parte de todo o povo”, o que se daria por meio da implementação de uma democracia *industrial*, tese que se consubstancia na ideia de que a “participação da massa deveria ampliar-se para além do regime político como se concebe habitualmente, chegando ao local de trabalho e à economia de maneira geral”¹⁸¹. Abstraindo-se neste estudo de ingressar em tão saborosa discussão acerca do significado de democracia e adotando, *si et quantum*, os conceitos de democracia *ideal* defendidos por Dahl, impõe-se avaliar os critérios mínimos para o exercício do método político democrático desenvolvido por este autor.

Salientando desde logo que o processo democrático deve implementado por um conjunto de instituições políticas estáveis, acrescenta Dahl que estas instituições devem ser formadas através do aperfeiçoamento contínuo de *arranjos* políticos, que aos poucos se tornam *práticas* políticas para, em seu devido tempo, tornarem-se, aí sim, *instituições políticas*¹⁸². São os seguintes os critérios de Dahl para identificar um processo decisório politicamente democrático no seio de uma associação de pessoas¹⁸³:-

- a) *Participação efetiva* (Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões);
- b) *Igualdade de voto* (Quando chegar o momento em que

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12ª ed. Trad. C. Varriable. São Paulo/Brasília: Imprensa Oficial de São Paulo/Editora UNB, 2002, vol. 1. p. 326.

¹⁸¹ HOLDEN, Barry. *Dicionário do Pensamento Social* (editado por OUTHWITE & BOTTOMORE). Cit. p. 182

¹⁸² DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Trad. B. Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, (reimpressão), 2009, p. 49-50 e 99-100.

¹⁸³ DAHL. *Idem. Ibidem*.

a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais).

c) *Entendimento esclarecido* (Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências).

d) *Controle do programa de planejamento* (Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem).

e) *Inclusão dos adultos* (Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos).

Para o mesmo autor, são *instituições políticas* do moderno governo democrático¹⁸⁴:

- a) *Funcionários eleitos*. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.
- b) *Eleições livres, justas e frequentes*. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.
- c) *Liberdade de expressão*. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.
- d) *Fontes de informação diversificadas*. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.
- e) *Autonomia para as associações*. Para obter seus vários direitos, até mesmos os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses.
- f) *Cidadania inclusiva*. A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os

¹⁸⁴ DAHL. *Idem. Ibidem.*

direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar de organizações políticas independentes; de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala”.

Estabelecidos estes critérios mínimos para o exercício do método democrático de tomada de decisões numa sociedade politicamente organizada, quando as decisões de governo relativas às criminalizações primária e secundária são impostas sem que se obedeça a estas condições constroem-se sistemas jurídico-penais que agridem as regras da dogmática (os princípios garantidores da dignidade humana em que se funda o Direito Penal), transformando-se o Direito Penal num mero instrumento para o exercício do poder punitivo, a ser utilizado para excluir e punir os indesejáveis (ou simplesmente *inimigos*¹⁸⁵), as ditas *classes perigosas* de que falava Marx¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Em tópico próprio deste trabalho será desenvolvido estudo sobre este tema específico, ocasião em que se demonstrará tratar-se de perversa construção dogmática que serve de estofamento científico a políticas criminais segregatícias de cunho meramente retributivista.

¹⁸⁶ Conforme Alberto Passos GUIMARÃES, “a expressão *classes perigosas* (*dangerous classes*), no sentido de um conjunto social formado à margem da sociedade civil, surgiu na primeira metade do século XIX, num período em que a superpopulação relativa ou o exército industrial de reserva, segundo a acepção de Marx, atingia proporções extremas na Inglaterra, quando esse país vivia a fase “juvenil” da Revolução Industrial. O dicionário mais importante da língua inglesa, o *Oxford English Dictionary* registrou o uso da expressão em 1859, mas dez anos antes ela já figurava no título de uma obra (*Reformatory schools for the children of the perishing and dangerous classes, for junvelli offenders*) da autoria de Mary Carpenter, escritora bem conhecida por seus trabalhos sobre matéria criminal. Na conceituação de Mary Carpenter, as classes perigosas eram formadas pelas pessoas que houvessem passado pela prisão ou as que, por elas não tendo passado, já vivessem notoriamente da pilhagem e que se tivessem convencido de que poderiam, para seu sustento e o de sua família, ganhar mais praticando furtos do que trabalhando. Na literatura sociológica do século passado (XIX), o conceito de classes perigosas chegou a identificar-se com o de lumpeproletariado. Na edição francesa do primeiro volume de *O Capital*, de Karl Marx, traduzida por Joseph Roy e inteiramente revista pelo autor, usa-se na secção IV do Capítulo XXV, tomo III, para designar ‘o último resíduo da superpopulação relativa’ a expressão *classes perigosas* e não o termo lumpemproletariado, como figura em outras traduções. A versão inglesa do primeiro volume, que coube a Moore-Aveling-Engels, mantém o texto original francês. E também foi utilizada a expressão *dangerous classes* em lugar de *lumpeproletariat* no Manifesto Comunista que tem a seguinte tradução para a língua portuguesa: ‘o lumpeproletariado, esse produto passivo da putrefação das camadas mais baixas da velha sociedade, pode, às vezes, ser arrastado ao movimento por uma revolução proletária; todavia, suas condições de vida o predisõem mais a vender-se à reação’” (GUIMARÃES, A. Passos. *As Classes Perigosas – banditismo urbano e rural*. Rio de Janeiro: Edições Graal [Biblioteca de ciências sociais], 1981, p. 1-2). Para ZAFFARONI, a primeira vez que a expressão foi utilizada decorreu do título de um concurso convocado pela Academia de Ciências Morais e Políticas de Paris: *Investigar, segundo observações positivas, quais são os elementos que compõem, em Paris ou em qualquer outra*

EXCURSO: exemplos de utilização do Direito Penal como medida para manutenção no poder da classe social dominante

Para que se verifique o quanto o Direito Penal pode ser ilimitadamente útil à manutenção da classe ideologicamente dominante no exercício do poder político do Estado, basta que se lance mão de exemplos bem marcantes extraídos da nossa história recente.

a) Alemanha nacional-socialista

A legislação penal que vigeu na Alemanha de 1933 a 1945 é eloquente para esta demonstração, posto que este país estava altamente impregnado da ideologia *nacional-socialista*. O nacional-socialismo se constituiu num movimento político alemão fundado e guiado por Adolf Hitler após a Primeira Guerra Mundial, politicamente conhecido pelo diminutivo nazismo. Sua ideologia, centrada na luta pela existência (darwinismo social), na crença da superioridade da “raça ariana” e dotada de uma visão elitista dos indivíduos, proporcionou a mais ampla manifestação das responsabilidades específicas e dos fermentos históricos contidos na ideia do Estado e da nação alemãs. Seus objetivos principais são a conquista de “espaço vital no Leste e uma radical ‘remoção dos judeus’ da sociedade, o que na prática se misturou à luta contra o “bolchevismo judeu”.

Ao mesmo tempo não se pode negar que a *Weltanschauung* (concepção de mundo) nacional-socialista, diferentemente do marxismo e do comunismo não é resultado de uma filosofia ou teoria coerente, e sim se caracteriza por um conjunto de ideias e princípios, concepções, esperanças e

grande cidade, essa parte da população que forma uma ‘classe perigosa’ por seus vícios, sua ignorância e sua miséria; indicar os meios que podem empregar a administração, a gente rica ou acomodada, os operários inteligentes e trabalhadores, para melhorar esta ‘classe perigosa’ e depravada. Venceu o concurso H. A. Fergier, chefe de polícia da zona do Sena, com obra publicada em 1840, mas escrita pelo menos dois anos antes, assim intitulada: *‘Des classes dangerous de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures. Ouvrage récompensé en 1838 par l’Institute de France (Académie des Sciences Morales et Politiques)’*, par H. A. Frégier, Chef de Boureau a la Préfecture de Seine, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, Librairie, Imprimerie et Fonderie, 1840. (In : ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Las ‘clases peligrosas’: el fracaso de un discurso policial prepositivista.* El penalista liberal: Manuel de Rivacoba y Rivacoba – homenaje [coord. Jose Luis Gusmán DALBORA]. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 275). Ver também, por indicação de ZAFFARONI: CHALLOUB, Sidney: *Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial.* São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 20.

emoções, unidos por um movimento político radical, numa época de crise. O regime nacional-socialista alemão (1933-1945) teve como característica um rápido processo de supressão e coordenação de todas as forças e instituições políticas, sociais e culturais. A “tomada de poder” se deu em pleno sucesso no período de cinco meses, e com muito maior definição do que aconteceu na Itália fascista onde o processo durou seis anos. O sistema totalitário com um partido único e com um único líder foi definitivamente implantado no verão de 1934, quando Hitler, através de expurgos sangrentos (e das organizações militares do partido, as SA), conseguiu o apoio total do exército e se nomeou, após a morte do presidente Hedinburg, chefe de Estado, chanceler, líder do partido e da nação e ditador único da Alemanha¹⁸⁷.

Nesse período, o desprezo às regras da dogmática jurídico-penal chegou ao ponto de que se tenha incluído no Código Penal daquele país, na reforma havida em 28/06/35, “a analogia como fonte de criação do Direito penal, [a ser aplicada] ‘segundo o *são sentimento do povo alemão*’”¹⁸⁸⁻¹⁸⁹, circunstância demonstrativa de que o “novo Estado total se construiu sobre as duas ideias básicas de *povo e raça*”¹⁹⁰.

Não há dúvida de que esta era a vontade da classe dominante que detinha o poder do Estado, vontade esta que pode ser sintetizada nas premissas da “responsabilidade do indivíduo ante seu povo e na da conformação racial do povo como um todo”. Esta vontade popular política e ideologicamente orientada influenciou diretamente na conformação do Direito Penal de então, inclusive na construção de uma dogmática que viabilizasse sua aplicação, como bem registrou Muñoz Conde em seu *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tempo*. Destaca o autor, ademais, que nas sentenças que pesquisou “o que impressiona já não é sua dureza ou crueldade, senão a fundamentação que dão às mesmas juízes profissionais que

¹⁸⁷ Ver: BOBIO *et alli*. *Dicionário de Política*. Cit. p. 806-812; ver também: OUTHWITE & BOTTOMORE *et ali*. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Cit. p. 512.

¹⁸⁸ CONDE, Muñoz. *Op. cit.* (2000), p. 30 e seguintes.

¹⁸⁹ Por força de lei datada de 28/06/1935, o Código Penal do Reich, de 1971, teve reforma a redação do seu artigo 2º que passou a ser assim redigido: “será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o *são sentimento do povo*. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder” (*In*: LUISI, Luis. *Op. cit.*, p. 16-17)

¹⁹⁰ CONDE, Muñoz. *Op. cit.* (2000), p. 17-30-31.

aplicam todo o rigor dogmático e as regras de hermenêutica tradicionais para determinar conceitos como o de *ação desonesta*, *ultraje à raça*, ou *pena adequada à culpabilidade* com a mesma frivolidade com que tratariam de determinar um problema jurídico abstrato”

O autor cita vários exemplos de condenações extremadas, entre os quais o do “cidadão judeu Katzemberg que foi condenado à *pena de morte* pelo delito de *ultraje à raça* por fatos que, quando muito, se estivessem realmente provados, não passavam de um adultério com uma mulher alemã casada (que, por certo, foi condenada também por falso testemunho a dois anos de prisão); outro desses exemplos foi a aplicação da pena de morte a um cidadão judeu de origem polonesa acusado de *ultraje a raça*, com o fundamento de que ‘a vontade expressa com seus reiterados delitos (ter relações sexuais com diversas mulheres de raça ariana), se dirige contra *o mais alto bem jurídico do povo alemão*”¹⁹¹.

b) O Direito Penal Soviético – fase pós-Stalin

Noutro giro, a partir dos anos 1950, verifica-se que o Direito Penal vigente no regime soviético – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) – também estava marcado pela ideologia então dominante. Segundo penalistas russos da época (comenta-se aqui o Código Penal Russo de 1958), o direito penal soviético se constituía num dos ramos “mais importantes do direito socialista” e estava dotado da tarefa de “garantir e assegurar *o regime soviético*, a *ordem jurídica socialista* e a pessoa, contra os atentados criminais”¹⁹². No ponto, é significativo o texto do artigo 7º do Código Penal da República Socialista Federativa Russa, em que se estabelece a *noção de delito*¹⁹³:

Art. 7º. Noção de Delito. Considera-se delito todo fato (ação ou omissão) *socialmente perigoso*, previsto pela parte especial do presente Código, que atente *contra o regime social ou estatal soviético*, *contra o sistema da economia socialista*, *contra a propriedade socialista*, contra a pessoa, os direitos políticos, laborais, patrimoniais e demais direitos dos cidadãos, e também qualquer outro fato, socialmente perigoso, previsto pela parte especial do presente Código, que atente contra a ordem jurídica socialista.

¹⁹¹ CONDE, cit. p. 18.

¹⁹² ZDRAVOMÍSLOV, SCHNEIDER, KÉLINA Y RASHKÓVSKAIA. *Derecho Penal Soviético – parte general*. Traducción castellana de Nina de la Mora y Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1970, p. 2 (tradução livre para o português).

¹⁹³ Conforme edição publicada em 1968, por Izdatelstvo Yuridicheskaya literatura.

Não é delito a ação ou omissão que, ainda que se revista formalmente das características de um fato previsto pela parte especial do presente Código, não oferece perigo social, dada sua escassa significação.

Não há dúvida de que se tratava de uma sociedade que considerava estar o proletariado “organizado como classe dominante”¹⁹⁴. Logicamente esta *classe dominante* mantinha um Estado ideologicamente orientado, que exercia plenamente o seu poder punitivo não apenas para conter a criminalidade convencional, mas também para selecionar e punir os que se opunham politicamente ao *regime social ou estatal soviético* ou ao *sistema de economia socialista*. Até que este Estado, ao menos enquanto vestido com tal roupagem ideológica, se extinguisse e fosse, como previa Engels relativamente ao Estado burguês, “para o museu de antiguidades, ao lado da roca e do machado de bronze”, as medidas de política criminal que foram então adotadas atuaram firmemente como uma “força especial de repressão” do “proletariado” em face da “burguesia”¹⁹⁵. Para tanto, a potestade cogente do Direito Penal foi de notável importância.

Em abrangente estudo sobre o conceito de crime no direito penal soviético, Fragoso destaca que a “periculosidade social é encarada em termos de conveniência política e segundo o interesse do partido e do grupo dominante, que fala em nome da classe trabalhadora, devendo ser considerada de acordo com a ‘consciência jurídica socialista’”. Além disso, “o conceito de material de crime passa a ser aplicado tendo por base a consciência de classe como princípio geral”¹⁹⁶.

No que concerne à análise da estrutura do crime, segue Fragoso, “a doutrina socialista rejeita, quase sempre com expressões violentas, a divisão que corresponde à concepção clássica tradicional, considerada ‘reacionária’”. Entre as *propriedades* do crime estão a “periculosidade social, a antijuridicidade moral-política e a punibilidade”, sendo o crime “considerado como um todo e a tipicidade compreende todas as características necessárias do mesmo, positivas e

¹⁹⁴ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Op. Cit. 2006, p. 51-52.

¹⁹⁵ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. .L. Konder. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 191 e seguintes.

¹⁹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 63 e seguintes.

negativas”¹⁹⁷

Vale aqui aludir às finalidades de pena no Estado Soviético. O artigo 20 do Código Penal da República Socialista Federativa Russa de 1958 estabelecia em seu artigo 20º que a sanção penal “não se constitui somente num castigo pelo delito cometido, senão que se propõe também como fim de corrigir e reeducar os condenados, dentro do espírito de um honesto comportamento para o trabalho, no estrito respeito às leis, de respeito às normas de convivência socialista, e prevenir a comissão de novos delitos, seja de parte dos condenados, seja por parte de qualquer pessoa”¹⁹⁸.

De notar, que o artigo 23 do mencionado estatuto penal admitia a pena de morte por fuzilamento, “como medida excepcional de castigo, até sua completa abolição (...) para os delitos contra o Estado, nos casos previstos pela lei da URSS ‘sobre a responsabilidade penal por delitos contra o Estado’; para o homicídio doloso cometido com as circunstâncias agravantes especificadas nos artigos das leis penais da URSS e nos do presente Código que determinam a responsabilidade por homicídio doloso, assim como os casos especificamente previstos pela legislação da URSS, e para alguns outros delitos especialmente graves”.

No tocante à efetiva aplicação da pena de morte, é bastante revelador relato de Nestor de Hollanda, jornalista que excursionou pela URSS no início dos anos 1960, em que reproduz alguns casos que lhe teriam chamado atenção. Menciona o articulista algumas extravagâncias, como o “caso de condenação à pena de morte, pelo *crime de estupro*, que tinha, entre outras agravantes, a circunstância de que *vítima era sexagenária*”. Relata, também, que até mesmo para delitos que ao menos aparentemente se afiguravam como meramente culposos, a pena capital foi imposta, citando o caso do “motorista (inabilitado) de um caminhão, em Quiev, que dirigia em excessiva velocidade, estando embriagado e sendo reincidente específico, que, numa ladeira, perdera a direção e causara formidável desastre, com diversas mortes, [que] também foi levado ao fuzil, pelo Tribunal”. Registrou o jornalista que “não se aplica a pena privativa de liberdade por tempo superior a dez anos, salvo casos previstos para crimes particularmente graves e a perigosos reincidentes, hipóteses, todavia, que não

¹⁹⁷ *Idem, ibidem.* p. 68

¹⁹⁸ *Idem, ibidem.* p. 69.

podem exceder de quinze anos”, arrematando que “o prazo máximo de fixação de liberdade é de 15 anos”, sendo aplicáveis, outrossim, medidas como a liberdade condicional¹⁹⁹.

O legislador soviético foi bastante criativo em relacionar condutas proibidas, tipificando não apenas a “agitação e propaganda antissoviéticas”²⁰⁰, punida com pena privativa de liberdade de “seis meses a sete anos, com o confinamento de dois a cinco” ou a “atividade de organização dirigida à comissão de delitos contra o Estado, especialmente perigosos, e participação em organizações antissoviéticas”²⁰¹, ilícito punido com penas de dez a quinze anos, com confinamento de dois a cinco anos ou também com a pena de morte.

Mas o diferencial na legislação penal soviética, o que certamente representava o efetivo controle penal da sociedade pelo Estado, eram os delitos contra a ordem administrativa, posto serem penalmente relevantes condutas como as de, por exemplo, de promover a “organização de ou participação efetiva em atividades de grupo que violem a ordem administrativa” (art. 190); a “resistência a um representante do poder ou das organizações sociais no cumprimento de seus deveres de defesa da ordem pública” (art. 191); “resistência a um trabalhador da milícia ou a um membro das milícias populares” (art. 191 *bis*); “atentado contra a vida de um trabalhador da milícia ou contra um membro das milícias populares” (art. 191 *ter*); “ofensa a um representante do poder ou das organizações sociais no cumprimento de seus deveres de defesa da ordem pública” (art. 192); etc. Todas estas proibições asseguravam aos agentes públicos verdadeira imunidade a possíveis atos de abuso de poder, o que lhes permitia amplo controle da população, facultando a seleção e exclusão dos que se opusessem ou manifestassem oposição a quaisquer políticas governamentais. Em tais circunstâncias, até mesmo meros desafetos pessoais poderiam ser castigados

¹⁹⁹ HOLLANDA, Nestor. *O mundo vermelho: notas de um repórter na URSS*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Irmãos PONGETTI Editores, 1962, p. 230.

²⁰⁰ Art. 70. A agitação ou propaganda, encaminhadas a subverter ou debilitar o poder soviético ou a provocar a comissão de delitos contra o Estado especialmente perigosos, e a difusão, com os fins antes mencionados, de baixas invenções denegridoras do regime estatal, ou a conservação, com os mesmos fins, de literatura com o conteúdo antes indicado, se castigarão com privação de liberdade de seis meses a sete anos, com ou sem confinamento de dois a cinco anos.

²⁰¹ Art. 72. A atividade de organização, dirigida à preparação ou à consumação de delitos contra o Estado, especialmente perigosos, à formação de organizações que se proponham a realizar estes delitos, o mesmo que a participação em organizações antissoviéticas, serão castigadas na forma dos artigos 64 a 71 do presente Código.

através do Direito Penal.

De toda forma, em que pese tenha sido largamente utilizado para excluir potenciais ou supostos adversários do regime e manter a população sob a disciplina de um estado semi-policia²⁰², o Direito Penal soviético dos anos 1960 proibia a analogia e outras construções do regime nazista e igualá-los seria rematado falseamento da história.

c) Ditadura Militar brasileira

Como último exemplo do que poderia ser uma longa lista se estas pesquisas se estendessem aos governos de países da América Latina nos anos 1960-1980, retroceda-se ao Brasil desse período, quando era governado ditatorialmente por militares, que em 1964 deram *golpe de Estado*²⁰³ no governo eleito do Presidente João Goulart, ao fundamento de que o País seria dominado pela “corrupção” e pelo “comunismo internacional”. Também esses militares, valendo-se de legislação de exceção, lançaram mão de um Direito Penal de ocasião para legitimar a perseguição aos opositores do regime e o fizeram

²⁰² O governo soviético de modo geral não admitia a existência de “perseguições” políticas. Veja-se, a propósito das justificativas apresentadas para as prisões por crime de opinião, a seguinte passagem, da lavra de Venguérov e de Danilévich, o primeiro apresentado como “doutor em ciências jurídicas e destacado jusperito soviético” e o segundo como “candidato a doutor em Ciências Históricas e conhecido jornalista soviético”. Em obra publicada em 1985 (data da edição em russo), assinalam estes autores, “taxativamente, que os cidadãos da URSS não são sancionados por suas ideias e convicções”, afirmando que “em nosso país não se proíbe ‘pensar de outra maneira’ que a maioria, nem criticar uns ou outros aspectos da vida social”. Os autores mencionam que “os interesses da sociedade em seu conjunto são o ponto de referência mais importante para desenvolver a economia baseada na propriedade socialista”, destacando, porém, que “disso não deriva que em se tratando de bem estar geral, o socialismo reprime ou menospreza os interesses pessoais e necessidades específicas dos distintos setores sociais”. Mesmo assim, salientam que quando “os chamados *dissidentes* – pessoas divorciadas da nossa sociedade – atuam contra o regime socialista, violam as normas soviéticas e cometem delitos, (...), o Estado lhes aplica as sanções previstas pela legislação soviética” (VENGUÉROV Anatoli e DANILÉVICH, Anatoli. *Derecho, Moral y Personalidade. El sistema judicial soviético en acción*. Trad. p/esp. B. Semionov. Moscou: Editorial Progreso, 1987, p. 124. Tradução livre para o português).

²⁰³ Segundo BONAVIDES, *golpe de estado* não se confunde com revolução ou guerra civil: “significa simplesmente a tomada do poder por meios *ilegais*. Seus protagonistas tanto podem ser um governo como uma assembleia, bem assim autoridades já alojadas no poder”. O que caracteriza um *golpe de estado*, conforme o autor, é a “surpresa, a subtaneidade, a violência, a frieza do cálculo, a premeditação e a *ilegitimidade*; faz-se sempre *às expensas da constituição* e se apresenta como técnica específica de apoderar-se do governo, independentemente das causas e dos fins políticos que a motivam”. In: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 529.

decretando inúmeros Atos Institucionais²⁰⁴⁻²⁰⁵, além de uma severíssima *Lei de Segurança Nacional*²⁰⁶.

No artigo sétimo desse estatuto excepcional figurava dispositivo determinando que na sua aplicação o juiz, o Tribunal, deveria “inspirar-se nos conceitos básicos da *segurança nacional* definidos nos artigos anteriores”²⁰⁷, definindo o que isto seria, se é que o enunciado encerra uma definição:

²⁰⁴ Primeiramente, esclareça-se que o artigo 181 da Constituição Federal então vigente (com a Emenda nº. 1, de 17 de outubro de 1969), estabelecia o seguinte: “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I – os atos do Governo Federal, com base nos *Atos Institucionais* e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº. 12, de 31 de agosto de 1969; II – as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputado, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e III – os atos de natureza legislativa expedido com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

²⁰⁵ Entre estes Atos Institucionais, merece destaque o de nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, que suprimiu todas as garantias constitucionais, inclusive o *habeas corpus*, instalando-se no País, efetivamente, uma ditadura militar. Conforme reporta Élio GASPARI, à ocasião em que a decretação desse Ato Institucional foi decidida pelo Conselho de Segurança Nacional, o então Ministro do Trabalho, Coronel Jarbas PASSARINHO, proferiu as seguintes palavras, que bem resumem o espírito que envolvia a cúpula militar que tomara o poder quatro anos antes: “Sei que a Vossa Excelência repugna, como a mim e a todos os membros deste Conselho, enveredar pelo caminho da ditadura pura e simples, mas parece que claramente é esta que está diante de nós. [...]. Às favas, senhor Presidente, neste momento, com todos os escrúpulos de consciência” (GASPARI, Élio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 337). Vejam-se alguns dos dispositivos deste Ato Institucional: *Art. 2º* - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. *Art. 5º* - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado. § 1º - o ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. *Art. 6º* - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. *Art. 10* - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. *Art. 11* - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

²⁰⁶ Decreto-lei nº. 898, de 29 de setembro de 1969.

²⁰⁷ Veja-se o conceito de *Segurança Nacional* emitido pela Escola Superior de Guerra: “É o grau de garantia que – através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares – o Estado proporciona, em determinada época, à Nação que jurisdiciona para a conquista ou manutenção dos Objetivos Nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões existentes ou potenciais” (in: CASTELO BRANCO, Zonildo. *Segurança Nacional e Subversão - dicionário teórico e prático*. Rio de Janeiro: Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1977, p. 320).

“Art. 2º. A *Segurança Nacional* é a garantia da consecução dos Objetivos Nacionais contra antagonismos, tanto internos quanto externos;

“Art. 3º. A *Segurança Nacional* compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança interna e externa, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva”.

A par da vagueza conceitual dessas expressões, vê-se de modo bastante claro o quanto a chamada Ideologia da Segurança Nacional, forjada na estadunidense *American War College* e exportada para a grande maioria dos países latino-americanos naquele período de *Guerra Fria*²⁰⁸, influenciou na construção do Direito Penal e o quanto este ramo do direito serviu aos interesses dos detentores temporários do poder punitivo do Estado, precisamente para se mantivessem governando ditatorialmente²⁰⁹⁻²¹⁰.

²⁰⁸ Segundo Albuquerque Mello, a *guerra fria* se caracteriza “por uma paz com uma série de conflitos localizados com a utilização de força armada (ex.: Vietnã), sem que esta crie um estado de guerra. Tem sido observado que o Direito Internacional não conhece o referido ‘status’ e que tais conflitos não alteram a paz. In: ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier. *Curso de Direito Internacional*. 2º Vol. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1976, p. 835.

²⁰⁹ Conforme Fabio Konder Comparato, “a *doutrina de Segurança Nacional* é, sem dúvida, de origem norte-americana. Sua formulação inicial ocorreu nas academias militares dos Estados Unidos logo após o término da Segunda Guerra Mundial, como uma espécie de contra-arma na luta anti-comunista da ‘guerra fria’. Estimaram os americanos que a força de expansão do comunismo não estava fundada, apenas, nos armamentos, mas também, e sobretudo, nas ideias. O comunismo se apresentava como uma ideologia capaz de explicar todos os males concretos sofridos pelo povo: a miséria, a corrupção, a fraqueza diante das potências estrangeiras. O capitalismo americano, ao contrário, só sabia usar a arma do dinheiro. Era de uma indigência notável no terreno das ideias. Ele tinha, pois, que combater o adversário com armas equivalentes. Nessa primeira fase de elaboração da ideologia da Segurança Nacional (entre 1945 e 1960), tornou-se, por isso mesmo, o contra-pé dos principais elementos ideológicos do comunismo. Ao invés de luta de classes, forjou-se a ideia de guerra permanente, que se desenvolve em todos os níveis: o nível político evidentemente, tanto dentro dos países como nas relações internacionais; o nível social, com a ideia de que os comunistas se infiltram em setores importantes da sociedade, como as Igrejas ou centros de educação e cultura. O econômico, partindo-se do pressuposto do solapamento do poder legítimo dos empresários pelos sindicatos manobrados por comunistas. Ao invés de se privilegiar uma classe – como a operária na teoria marxista – ressuscitou-se a ideia abstrata de Nação, como superior a todas as classes. Ao invés de propugnar uma ditadura de classe, para o governo dos povos, passou-se a falar na ‘autoridade’ de um Estado nacional (não para proteger os recursos econômicos nacionais diante do estrangeiro, mas para justificar a supressão das liberdades individuais, que seriam uma arma usada pelos comunistas na conquista do poder). COMPARATO, Fabio Konder. *Insegurança e Dependência*. Pela Revogação da Lei de Segurança Nacional. Tania Mendes (ed.). São Paulo: Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, out./1982, p. 10-11.

²¹⁰ O conceito Segurança Nacional, segundo o entendimento da Escola Superior de Guerra é o seguinte: “É o grau de garantia que – através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares – o Estado proporciona, em determinada época, à Nação que jurisdiciona para a conquista ou manutenção dos Objetivos Nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões existentes ou potenciais” (in: CASTELLO BRANCO, Zonildo. *Segurança Nacional (dicionário teórico e prático)*. Rio de Janeiro: Secretaria de Segurança Pública (classificado como “Reservado”), 1977, p. 321.

Em que pese já viva o País sob a égide de uma Constituição forjada dentro de princípios democráticos há mais de 20 anos, é interessante observar que no caso brasileiro, esta influência das Forças Armadas na elaboração legislativa e na execução de atividades de repressão ainda é latente e notável, parecendo ter sido absorvida até mesmo pelos setores mais esclarecidos da academia. Houve tempos, porém, em que a universidade promovia efetivamente esse discurso entre os estudantes, como se pode perceber de palestra proferida em 1º/09/1972 pelo Professor Emérito da Universidade de São Paulo, A. Pacheco e Silva, que mereceu publicação nos Arquivos do Ministério da Justiça. Advirta-se que, se hoje pode soar bizarro o tom do pronunciamento, à época tinha muito boa acolhida:

“(...) na época em que vivemos, as nações livres estão constantemente ameaçadas, tanto externa quanto internamente, por elementos interessados em nelas implantar o regime comunista, para o que lançam mão de todos os meios e recursos ao seu alcance para destruir a resistência física, mental e moral daqueles que contra ele se insurgem. Os tóxicos são hoje largamente empregados com esta finalidade, revelando-se um recurso poderoso. (...). Justifica-se, destarte, a adoção de medidas enérgicas e drásticas contra as toxicomanias, não só devido aos malefícios que delas decorrem para o indivíduo, mas também devido aos sérios perigos que oferecem à Segurança Nacional”²¹¹.

A demonstrar a permanência desse amalgamento entre política criminal para drogas controle social através das Forças Armadas, basta ver que ainda presentemente os militares têm atribuições bem definidas na execução dessa política criminal que, aliás, é orientada por tratados internacionais das quais o Brasil é signatário. Primeiramente, na esteira dessas convenções, é notável que há muito se utiliza do jargão militar na formulação legal e na repressão a esta modalidade criminosa.

Expressões que indicam a necessidade de um efetivo *combate às drogas* e o emprego de *forças-tarefa* para o fim da *ocupação de territórios*, são reveladoras da essência militar do discurso político criminal referido. Em segundo plano, mas não menos importante, veja-se que o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI), que em organogramas anteriores se denominava *Casa Militar*, tem assento no Conselho Nacional Antidrogas

²¹¹ PACHECO E SILVA, A. C. *As toxicomanias e a segurança nacional*. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. V. 124, dez., 1972, p. 93-105.

(CONAD), que por sua vez é o órgão máximo do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). O GSI é comandado por um Oficial General do Exército Brasileiro, sendo atribuições dessa pasta, entre outras, o “assessoramento pessoal do Presidente da República em assuntos militares e de segurança” e a “coordenação das atividades de inteligência federal e de segurança da informação”²¹².

Como se verifica, *drogas e segurança nacional* são categorias que historicamente caminharam juntas como alvo de atividades repressivas estatais exercidas pelas Forças Armadas. Tanto é assim que até a presente data fazem parte do nosso ordenamento jurídico normas que bem exemplificam a proximidade entre política criminal para drogas e para manifestações subversivas tidas como proibidas naquele período. Com efeito, continua em vigor dispositivo que vincula o comércio de substâncias entorpecentes – até mesmo a sua simples posse ou uso – com atentados à Segurança Nacional. Observe-se a Lei Federal nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como *Estatuto do Estrangeiro*, que traz em seu artigo 71 a seguinte norma:

“Nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou

²¹² Veja-se o Decreto nº. 5.912/06, que regulamenta a Lei nº. 11.343/06 (Lei Antidrogas). Esta norma estabelece que o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) é formado, entre outros órgãos, pelo Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), órgão vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Este órgão, por sua vez, conforme Medida Provisória (MP) nº 1.911-10, de 24 de setembro de 1999, que altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, passou a chamar de *Gabinete de Segurança Institucional* o que antes se chamava de *Casa Militar*: no art. 24-A, criou-se o cargo de Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, atualmente exercido pelo General de Exército José Elito Carvalho Siqueira. O Gabinete de Segurança Institucional, órgão essencial da Presidência da República, tem como área de competência os seguintes assuntos: - assistência direta e imediata ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições; - prevenção da ocorrência e articulação do gerenciamento de crises, em caso de grave e iminente ameaça à estabilidade institucional; - *assessoramento pessoal ao Presidente da República em assuntos militares e de segurança*; - coordenação das *atividades de inteligência federal e de segurança da informação*; segurança pessoal do Chefe de Estado, do Vice-Presidente da República e dos respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e de outras autoridades ou personalidades quando determinado pelo Presidente da República, assegurado o exercício do poder de polícia; e - segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, assegurado o exercício do poder de polícia. Compete, ainda, ao Gabinete de Segurança Institucional: - executar as atividades permanentes, técnicas e de apoio administrativo, necessárias ao exercício da competência do Conselho de Defesa Nacional - CDN, de conformidade com o disposto na Lei nº 8.183, de 11 de abril de 1991; - exercer as atividades de Secretaria Executiva da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional, do Conselho de Governo, de conformidade com regulamentação específica; e - exercer as atividades de Órgão Central do Sistema de Proteção ao Programa Nuclear Brasileiro – SIPRON (*in*: <http://www.gsi.gov.br/ministro>, consulta em 14/11/2011).

facilitação do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa”.

Ainda hoje segue em vigor a lei em referência, cujo preceito ordena que tanto para *subversivos* como para *traficantes* ou mesmo simples *usuários* de drogas, o inquérito para expulsão de estrangeiros que se incluam nestas duas categorias deve ser sumário, subtraindo-se dos suspeitos ou investigados a garantia constitucional da ampla defesa. A regra em questão é ainda passível de aplicação, posto que não foi formalmente reconhecida como “entulho autoritário”, tal como ocorreu com a Lei de Imprensa, cuja inconstitucionalidade restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal²¹³.

À modo de concluir o tópico, tenha-se que esta orientação político-criminal, que aproxima a atividade política – *subversiva* – do cometimento de crime relacionado ao comércio ou ao uso de drogas ilícitas, não será demais remarcar que se instalou desde muito tempo na América Latina (em realidade trata-se de uma política criminal de caráter universal, como se ventilou linhas atrás e se aprofundará adiante) e uma de suas mais salientes características é fazer da investigação de delitos e da persecução criminal propriamente dita um enfrentamento bélico, com contornos de conflito militar intestino, pois as leis penais e processuais penais especialmente promulgadas para punir os autores do crime de tráfico e condutas correlatas são de tal modo rigorosas que se assemelham às aplicáveis em situações de beligerância entre Estados²¹⁴.

Os seguidos convênios e tratados de cooperação internacional que vêm sendo firmados com vistas à repressão ao tráfico de drogas ilícitas, que prevêem fornecimento de equipamentos de escutas, sinais magnéticos etc; trocas de informações acerca de nacionais, seus bens e demais direitos protegidos por cláusulas que asseguram sua privacidade; assistência jurídica recíproca para transferência de presos ou testemunhas; e outros mecanismos e instrumentos

²¹³ Veja-se STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 130-7, Relator Min. AYRES BRITO.

²¹⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Origens Históricas da Política Criminal para Drogas e a Garantia dos Direitos Humanos*. Cadernos de Direito FESO, ano VI, n° 8. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, s/data, p. 205-206.

destinados à maior efetivação da persecução penal internacional relativamente a delitos que envolvam não apenas o tráfico de drogas propriamente dito, mas também o que tais convenções denominam de *organizações criminosas* entre as quais se incluem aquelas voltadas para o que as mesmas convenções classificam como *terrorismo*, designações abstratas que se prestam, em face da largueza de sua acepção, ao desencadeamento medidas de investigação excepcionais, tendentes a resvalar em intervenção na soberania dos Estados (estas questões também serão amiudadamente estudadas em outro tópico).

Estes exemplos, certamente emblemáticos, não deixam dúvida do quanto a ideologia da classe politicamente dominante interfere nas medidas de política criminal em determinado momento histórico de uma sociedade, seja na construção da criminalização primária, atuando na eleição dos bens jurídicos que virão a ser valorados legislativamente, sofrendo pena aquele que os violar, ou na execução da criminalização secundária, selecionando aqueles sobre os quais recairá a exclusão social decorrente da pena.