
EXPANSIONISMO PENAL: EXAME DAS VELOCIDADES DO DIREITO PUNITIVO

EXPANSIONISM CRIMINAL: EXAMINATION OF THE VELOCITIES OF LAW PUNISHMENTS

Michele Faise de Almeida

Advogada, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Mestranda em Direito, Estado e Constituição (UnB).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modernidade e pós-modernidade; 2 Expansionismo Penal; 3 Tutela Penal da insegurança; 4 As velocidades do poder punitivo: aceleração versus garantias; 5 Limitação do poder punitivo; 6 Um enfoque crítico do fenômeno criminoso ou da criminalidade; 7 Conclusão. Referências.

RESUMO: A explanação debruça-se sobre o discurso da insegurança e risco advindos com a pós-modernidade, analisando a dogmática penal e processo penal concebida como resposta imediata e simbólica aos entraves sociais. Propõem-se questionamentos e análises acerca da expansão penal e dos discursos ideológicos que constituem plano de fundo ao direito penal das sociedades de risco.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Risco. Insegurança. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito Penal do Inimigo. Garantismo.

ABSTRACT: The explanation focuses on the discourse of risk and insecurity that come with the post-modernity, and analyzing the dogmatic criminal and procedure criminal conceived as an immediate response and symbolic to social barriers. Are proposed questions and analysis about the expansion of criminal and ideological discourses that constitute the background to the criminal law of societies at risk.

KEYWORDS: Risk Society. Insecurity. Principle of Dignity of the Human Person. Criminal Law for the Enemy. Garantism.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo fazer uma reflexão crítica acerca das velocidades do poder punitivo. Por meio de transição paradigmática de um Direito Penal construído não como resposta, mas um Direito Penal que questione. Um Direito Penal tendente à confrontar a promoção simbólica. Em outras palavras, um Direito Penal que não se contrai e nem se expande de maneira não pensada ante o clamor social. Emergindo um Direito Penal reflexivo.

A abordagem perfaz aspectos interdisciplinares com temas afetos à sociologia, para contrapor os problemas sociais derivados do fenômeno denominado globalização. Cuida-se de um estudo a partir da “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos” cunhada por Ulrich Beck, na qual, os riscos antes incipientes, mensuráveis e controláveis atingem nas sociedades pós-modernas patamares incontroláveis, potenciando inevitavelmente novos riscos.

A sensação de insegurança tende ao direito penal como válvula de escape, de maneira que de forma simbólica delega-se ao Direito Penal à atribuição de solucionar os problemas por meio de novas leis penais e agravamento das então existentes.

A análise tangenciará a reflexão oferecida pelo diálogo entre BAUMAN e FREUD, o primeiro nos permite pensar a maneira como o homem, na pós-modernidade, deseja fazer prevalecer sua liberdade, implicando em menos segurança e mais riscos. Opondo-se FREUD menciona que o homem tem pulsão de vida e de morte, e para viver em sociedade ele abre mão de sua liberdade em troca de segurança.

Portanto, debruçarmos sob a questão de até quanto podemos invocar os riscos sociais, a insegura social para lançar mão da mitigação ou supressão de garantias individuais e processuais? O que a sociedade quer? O se revela por de traz do discurso de antagonismo? Quais as intervenções penais e processuais que queremos? Tais indagações tornam-se pungente na presente análise. Restando a oportunidade de prosperar em meio à crise, abrindo futuros alternativos, onde o que possa estar em expansão é o acesso aos direitos e garantias.

1 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE¹

Em linhas gerais podemos dizer que o homem, na pós-modernidade, deseja fazer prevalecer sua liberdade, implicando em menos segurança e

¹ Cabe mencionar que não há um consenso entre os estudiosos à cerca do conceito de modernidade e pós-modernidade.

mais riscos². Opondo-se FREUD menciona que o homem tem pulsão de vida e de morte, e para viver em sociedade ele abre mão de sua liberdade em troca de segurança.

Neste sentido, FREUD³ dispõe que “O homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança”. Já BAUMAN, enfatiza que:

Freud falou em termos de “compulsão”, “regulação”, “supressão” ou “renúncia forçada”. Esses mal-estares que eram a marca registrada da modernidade resultaram do “excesso de ordem” e sua inseparável companheira – a escassez de liberdade. A segurança ante a tripla ameaça escondida no frágil corpo, o indômito mundo e os agressivos vizinhos chamados para o sacrifício da liberdade: primeiro antes de tudo, a liberdade do indivíduo para a procura do prazer.⁴

Leonardo Arquimimo de Carvalho discorre que:

Sob a influência de FREUD, muitos autores constaram o pleonasma da expressão “civilização moderna”, já que aquela teria sido criada por esta. A civilização representaria a renúncia aos instintos humanos – sexualidade e agressividade –, exigindo à civilização uma obrigação de respeito à ideia da harmonia, da beleza, da limpeza e da ordem. Os sacrifícios impostos aos homens buscam construir um ambiente de prazer e representam um conjunto resultante do processo civilizatório.⁵

Assim, considerando à busca de liberdade e satisfação ante o aumento de riscos e insegurança, BAUMAN assegura que:

Você ganha alguma coisa e, em troca, perde outra coisa: a antiga norma mantém-se hoje tão verdadeira quanto o que era então. *Só que os ganhos e as perdas mudaram de lugar: os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade.*⁶

2 BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

3 FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*, Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 72.

4 Ibidem, p. 8.

5 CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. O pós humano interessa ao direito? p. 105/124. *Revista de Direito Social*, n. 30, ano VIII, p. 107, abr./jun. 2008. Rio Grande do Sul: Nota Dez, 2008.

6 Ibidem, p. 10.

A modernidade visava crescimento econômico, agregar capital. Os riscos produzidos eram compensados pelo acúmulo de riquezas. Cabendo salientar que neste período os riscos não eram suportados por todos de forma equânime, a repartição destes riscos não seguia a mesma dinâmica da repartição das riquezas que marcava a sociedade de classes desde o período industrial⁷. Entretanto atualmente os riscos são pulverizados se espalhando por toda a coletividade. Encarados não como locais, mas globais.

Trabalhando com a ideia de travessias e questionamentos, podemos dizer que o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar sua superação⁸.

Com efeito, relevante os dizeres de Boaventura de Souza Santos:

Não parece que falem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou indignação e nos produzam inconformismo. Bata rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou seu cumprimento redundou em efeitos perversos. [...] No que respeita, à promessa da liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras. Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativo na Índia; a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela, enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os meninos de rua, os milhões de vítimas de minas antipessoais, a discriminação contra os toxicodependentes, os portadores de HIV ou os homossexuais, o julgamento de cidadãos por juízes sem rosto na Colômbia e no Peru, as limpezas étnicas e o chauvinismo religioso são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade.⁹

E é neste contexto que passamos à analisar o papel do direito penal numa sociedade pós-moderna, mergulhada nos riscos, incerteza e anseios de liberdade. Perfazendo-a com questionamentos e apontamentos.

7 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo: Cortez, 2009.

9 *Ibidem*, p. 23.

2 EXPANSIONISMO PENAL

globalização enseja um trânsito jurídico, político, cultural, econômico, das comunicações, ampliando as relações e atividades sociais, atravessando regiões e fronteiras, intensificando as interações globais, e via regressa a explosão de riscos e de toda sorte de problemas.

Neste sentido, Alexandre Wunderlich menciona ainda que:

Por isso, ao contrário do que possa parecer, o processo não gera “ordem global” (coesão social, uniformidade, unidade, estabilidade, harmonia), mas produz uma “desordem global” (contradições, riscos, tensão, complexidade, desordem, contingência, desintegração, desigualdade).¹⁰

Vivenciando um cenário dos reflexos negativos desta globalização, mostrando sua faceta cruel, quais sejam desigualdades; injustiças; massa de excluídos entendidos como não consumidores, desempregados, crise ecológica, turbulência dos mercados financeiros, alargamento da clássica criminalidade e introdução de nova criminalidade.

Com efeito, o expansionismo penal está atrelado a aparição de novos riscos, incidências de novos bens jurídicos penais, relativização de garantias, a institucionalização da insegurança, sociedade de classes passivas, o descrédito de outras instâncias de proteção.

A expansão Penal perfaz a aparição de novos bens jurídicos, partindo da premissa que o Direito Penal visa a proteção de bens jurídicos. De maneira que hoje nos deparamos com novas realidades relacionadas com instituições de créditos, escassez de alguns bens sendo-lhes atribuído valorização distinta de épocas anteriores, evolução tecnológica e via reflexa a *ciberdelinquência* e a criminalidade organizada.

Tal expansão é também impulsionada pela identificação da maioria com a vítima do delito, ou seja, identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito, mais do que com o autor (sujeito ativo)¹¹.

Vale mencionar que enfrentando o expansionismo penal temos que a vocação tradicional do direito penal é enfrentar crime de dano

10 WUNDERLICK, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista da barbárie. (Re)afirmação de direitos humanos. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICK, Alexandre (orgs.). *Diálogos entre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.12.

11 No que tange a identificação da maioria com a vítima do delito, vale ver explanação desenvolvida. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

e de perigo concreto, ou seja, para isto o direito penal teria traquejo. Com efeito, numa mudança de perspectiva os novos crimes, crimes que ofendem interesses difusos, coletivos, crimes ambientais, informáticos, o direito penal não teria traquejo para resolver, delegando-os à “administrativização” do direito penal¹².

3 TUTELA PENAL DA INSEGURANÇA

A “sociedade de riscos”, a sociedade do medo, está mergulhada em incertezas, dúvidas, inseguranças, ansiedades, perda de referências, desemprego, marginalidade e choque de culturas. Neste contexto, remetem ao direito penal a tutela dos riscos, respaldado no mito de que de o que direito penal seja capaz de restabelecer segurança.

Oportuno os dizeres de Aury Lopes: “A situação atualmente se vê agravada pela manipulação discursiva em torno da sociológica do risco, revitalizando a (falsa) crença de que o Direito Penal pode restabelecer a (ilusão de) segurança”.¹³

Assim, encoberto pelo o manto da insegurança, o direito penal atua como simbólico e reprodutor de dominação. De maneira que o enfoque tende para uma solução aparente na tentativa de tranquilizar o meio social, se afastando da proteção efetiva. E também respaldado no discurso da insegurança lança-se mão cada vez mais da reprimenda punitiva penal.

Com propriedade Boaventura de Souza Santos discorre que:

Uma lei pode ser promulgada para ser aplicada e produzir efeitos num dado domínio social (educação, saúde, fiscalidade, etc.), caso em que terá eficácia instrumental, ou apenas para produzir como efeito o facto de haver uma lei sobre um dado domínio social e esse facto ter impacto público independentemente de se saber se a lei é ou não aplicada, caso em que esta terá eficácia simbólica. Assim, eventuais deficiências da eficácia instrumental do direito poderiam ser compensadas, pelo menos em parte, pela sua eficácia simbólica.¹⁴

Podemos atrelar a expansão penal ao enfoque simbólico, entretanto a análise não pode deixar de passar pela expectativa que a sociedade tem em relação ao papel do direito penal. De maneira que

12 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

13 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. I, 2009. p.22.

14 *Ibidem*, p. 176.

podemos questionar: o que a sociedade espera do direito penal? Um tutela instrumental, efetiva ou simbólica?

A redução da criminalidade não se encontra atrelada ao recrudescimento do direito penal, mas em uma política social igualitária, primando por leis penais preocupadas com os limites constitucionais no momento de sua produção e aplicação.

Assim, considerando não somente a sensação de insegurança absorvida pela sociedade, mas também a efetiva demanda social por mais proteção, o intento é passar por uma reposta real à esta demanda, transpondo a barreira simbólica. Neste sentido, vale mencionar a lição do ilustre doutrinador SÁNCHEZ¹⁵: “Mas a existência de uma demanda social constitui um ponto de partida real, de modo que a proposta que acabe sendo acolhida no que se refere a configuração do Direito Penal não poderia desconsiderar a necessidade de dar a ela uma resposta também real”.

4 AS VELOCIDADES DO PODER PUNITIVO: ACELERAÇÃO VERSUS GARANTIAS.

Vamos trabalhar com a ideia de que o Direito Penal desenvolve-se em velocidades, para SÁNCHEZ existiriam “duas velocidades” do Direito Penal e uma Terceira definida como direito Penal do Inimigo.

A Primeira Velocidade constitui o Direito Penal com manutenção rígida dos clássicos princípios processuais penais. Esta velocidade decorre do fato de ser o direito penal despido de coerção direta, de maneira que para ser aplicado tem estar atrelado à existência de um delito e da existência efetiva e total do processo penal. Neste sentido, Zaffaroni¹⁶ “o direito penal não toca sequer em um fio de cabelo do delinquente, que o sismógrafo do direito penal liberal é o direito processual”.

De maneira que a primeira velocidade seria o transcurso de um processo penal lento, com recursos, prazos dilatados, nem tanta concentração e preocupado com as garantias constitucionais estendidas ao acusado.

Já a Segunda Velocidade está atrelada à penas de privação de direito ou pecuniárias, onde segundo SÁNCHEZ que cunhou estas velocidades, os princípios e regras poderiam sofrer uma flexibilização. Culminando um direito penal mais célere. Assim, a segunda velocidade no nosso ordenamento jurídico pode ser exemplificada pela Lei 9.099/95.

15 LOPES, 2009, p. 23-24.

16 ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 109.

Uma Terceira Velocidade seria a que cumula a pena de prisão com uma ampla relativização de garantias. O que à grosso modo, constitui a fusão das duas primeiras velocidades: o Direito Penal com prisão e extremamente célere. De maneira que a terceira velocidade remete-nos ao “Direito Penal do Inimigo”.

Para começar a falar em direito penal do inimigo, quem é o inimigo? Inimigo é aquele concebido como sujeito imprevisível, que apresenta comportamento inesperado, ou seja, não oferece garantias mínimas de comportamento e nem de manutenção da vigência das normas. Não sendo lhe estendido o rol de garantias atribuídas ao cidadão.

De maneira que, há uma separação entre cidadão e inimigo, e aplicação de um direito penal específico para cada um deles. O escopo é a preservação da norma, e o status de inimigo passa a ser daquele que se contrapõe à norma e ao Estado.

A visão de uma estrutura que objetiva tão somente à manutenção da norma e que se afasta do homem, a tal ponto de lhe negar garantias chega a ser assustadora. Como também o é o direito penal prospectivo que olha para o futuro, para a periculosidade do agente, vendo-o sempre como potencial infrator, fundamentando a punição no autor e não no fato a ponto de até legitimar antecipação da punição.

Neste sentido salienta Salo de Carvalho:

Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológico-positivista, e ao destituir seus componentes do status de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a idéia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policiaesca.¹⁷

Juarez Cirino dos Santos vem comentando o duplo sistema de imputação atribuído ao inimigo:

O duplo sistema de imputação ao introduzir no Sistema de Justiça Criminal a categoria do *inimigo* como um diferenciado tipo de autor de fatos puníveis, a proposta do *direito penal do inimigo* introduz também um duplo sistema de imputação penal e processual penal, assim

17 CARVALHO, Salo. *A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Panóptica, v. 11, p. 164-177, 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A9.puf>. Acesso em: 10 fev. 2011. p. 170.

concebido por JAKOBS: a) o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como *cidadãos*, por um lado, e por um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como *inimigos*, por outro lado; b) o sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o *cidadão*, acusado com as garantias constitucionais do *processo legal devido* (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o *inimigo*, punido sem as garantias constitucionais do *processo legal devido* (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição

de contato com advogado etc., por outro lado. O duplo sistema de imputação de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.¹⁸

Questão a ser debatida também reside no fato de utilização do direito penal do inimigo para legitimar implantação de supressão de garantias sedimentadas pela Constituição Federal. Tendo em vista que a Lei Maior abarca suspensão de tais garantias de forma excepcional, com limitação temporal e circunstancial, possibilidade presente tão somente em estado de defesa e estado de sítio, constituindo uma exceção. De maneira que a regra é a prevalência das garantias, assim rechaçado deveria encontrar-se o discurso que tem como escopo legitimar a exceção como regra. Não obstante, observa-se a exceção sendo revigorada como regra, nestes termos, relevante a explanação de Salo de Carvalho:

O combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. O problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na

18 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2011. p. 10-11.

deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle do poder.¹⁹

E de todo modo, questiona-se também quem será o inimigo? Já que o grau de periculosidade do inimigo e sua necessidade de contenção dependerá de um juízo prévio subjetivo do individualizador, que não é outro senão o que exerce o poder (Zaffaroni²⁰) E a história e o transcurso de tempo, já provaram que um rol aberto de inimigos, ou seja, um juízo de periculosidade aberto e o poder detido nas mãos de alguns, culminou em supressão de toda sorte de direitos e garantias de um gama de indivíduos.

Oportuno os dizeres de Zaffaroni²¹: “os perigosos ou inimigos foram parasitas para os soviéticos, subumanos para os nazistas e inimigos do estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais”.

Nesse sentido diz Zaffaroni:

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do hostis são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do hostis alienígena e do hostis judicatus.²²

O direito penal deve se desenvolver dentro da velocidade ideal do Estado de direito catalisando avanços em prol de garantias, garantias estas que não são tão somente de um indivíduo, mas garantias de toda uma coletividade, dado que as garantias não constitui um direito individual, mas um legado estendido à toda sociedade.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2011. p.175.

20 Ibidem.

21 Ibidem, p. 54.

22 Ibidem, p.82.

5 LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Frente à elasticidade das necessidades de tutela das sociedades atuais, tem se atribuído ao Direito Penal cada vez mais encargos, delegando cada vez mais atribuições. O descrédito de outras instâncias de proteção por vezes vem dando base a essa transferência, culminando num destinatário que não tem traquejo para solucionar tudo isto que lhe está sendo remetido, que passa a exercer um trabalho se Sísifo²³, contínuo, cansativo e infrutífero.

Com efeito, vale trazer os dizeres de SÁNCHEZ:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.²⁴

Assim, a necessidade de recondução do poder punitivo do Estado na direção de um Direito Penal Mínimo tem sido focada e discutida amplamente, nesse sentido, Nilo Batista citando Fragoso:

Uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais, isto é, no sentido de uma conselheira da sanção não-penal.²⁵

Pungente é a necessidade de adoção de mecanismos maximizadores de proteção e efetivação de garantias individuais constitucionalmente asseguradas frente ao poder coercitivo estatal.

Neste sentido Aury Lopes²⁶ menciona: “Dessarte, o direito penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para crimes realmente

23 Expressão usada em casos de labor infrutífero, cansativo e sem término remetendo ao trabalho Sísifo que na mitologia grega consistiu em rolar uma grande pedra até o cume de uma montanha, e quando ela estava quase no topo ele retorna ao ponto de partida.

24 *Ibidem*, p. 61.

25 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.36.

26 BATISTA, op. cit., p. 21.

graves. O que deve ser máximo é o Estado Social (algo que nunca tivemos)”.

Pertinente a explanação do duplo viés do Princípio da Proporcionalidade como filtro à atuação do Estado conjugando a proibição de proteção deficiente com a vertente proibição de excesso. Quanto à proibição de proteção deficiente a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade.²⁷

Com efeito, a interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal.²⁸

O grande expoente quando se fala em garantismo é o doutrinador Ferrajoli, que nos faz conceber o “Direito penal mínimo” como o direito com maiores vínculos garantistas e à qualidade e quantidade das proibições e das penas estabelecidas contrapondo-se ao “Direito penal máximo” com menores vínculos garantistas, condicionado, ilimitado, excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas.

Assim, o “direito penal mínimo” é condicionado e limitado ao máximo, com tutela das liberdades dos indivíduos ao grau máximo ante o arbítrio punitivo estatal, com um ideal de racionalidade e de certeza, de maneira a acarretar a exclusão de responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos²⁹.

Neste sentido, podemos dizer que o modelo mais adequado ao processo penal, sob a perspectiva de um Estado de Direito, no qual se reconhece e se direciona a base fundamental da organização política para a realização dos direitos fundamentais, há de ter, uma estrutura garantista.

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito, de maneira que quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança, portanto a função do direito penal de todo Estado de direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro de limites menos irracionais possíveis.

Assim, objetiva-se um modelo jurídico destinado a mitigar e evitar a arbitrariedade do Poder Estatal. Um direito penal mínimo que deslegitima e critica as instituições e as práticas vigentes. O poder

27 ADI 4301- 3/600.

28 Art. 5º do PLS 156 (projeto de Novo Código de Processo Penal).

29 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

punitivo pode até mostrar-se irracional, porém sua contenção deve ser racional.

Emergindo um Estado Constitucional de direito, onde o fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor também dos direitos do acusado.

A Constituição Federal em seu artigo 1º elegera como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, neste termo: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;” de maneira que o eixo central de proteção é a pessoa. Latente, portanto, a primazia da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, o processo penal extrapola a pura e simples aplicação da lei ao caso concreto, tangenciando a função de instrumento de garantias do indivíduo frente o Estado.

O emprego e articulação de duas visões antagônicas são corriqueiros, de maneira que é usual o emprego de público e privado. Em âmbito penal é recorrente que os direitos individuais devem ceder e ser sacrificados ante a supremacia do interesse público. Constituindo uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro com o escopo de legitimar o abuso de poder. Esta bifurcação de público e privado considera-se superada, tendo em vista as complexidades das relações sociais. Em matéria penal, todos os interesses em jogo, e com relevo o do réu superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão

de direitos e garantias fundamentais. Constituindo verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós frente o poder estatal³⁰.

Com este enfoque leciona Salo de Carvalho³¹:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

30 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, vol. I 2009.

31 CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

A constitucionalização do processo penal prima pela revalorização do homem e a primazia da dignidade humana. A proteção dos inocentes emerge da presunção constitucional de inocência (art. 5º, LVII da CF).

Ferrajoli fala “ley del más debil”. No momento do crime a vítima é o débil, e por isso, recebe a tutela penal. Entretanto, no processo penal, a posição de mais débil passa a ser ocupada pelo acusado³².

Pungente a conjugação da aplicação da lei atrelada à instrumentalização de garantias, compatibilizando os interesses em jogo. Vigorando o máximo pelo social, mas que não viole a pessoa. O que é abarcado pelo duplo viés do princípio da proporcionalidade: garantismo positivo constituindo o intento de não deixar a sociedade desprotegida configurando a atuação protetiva do estado e o garantismo negativo que prima pelas garantias do acusado contra os excessos do Estado.

Um garantismo que escolhe como prioridades a tutela dos valores ou direitos fundamentais, que imuniza os cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições e que garanta a dignidade do imputado³³.

6 UM ENFOQUE CRÍTICO DO FENÔMENO CRIMINOSO OU DA CRIMINALIDADE

Podemos estabelecer uma tensão entre a expansão penal e a criminalidade, de maneira que não obstante a desarrazoada atribuição de solução da insegurança ao poder punitivo, o direito penal normatiza o que é crime embasado em seu caráter conservador e suas relações com a economia e a política. Etiketando algumas ações e deixando passar outras.

Ressaltando que dentro da perspectiva da criminologia crítica, não há condutas criminosas de per si, de maneira que o direito penal escolhe algumas ações e as intitula como crime. Neste sentido expressa BARATTA: “La criminalidad es un status social atribuido a alguien por quien tiene un poder de definición”. Em outras palavras, o crime é uma realidade construída, deriva de uma construção social do crime e da criminalidade. Assim, não existem ações naturalmente criminosas, o crime é visto dentro de um caráter variável, aberto e mutável, de maneira que, o que é hoje crime, amanhã pode não ser³⁴.

32 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, vol. I 2009.

33 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

34 BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídica penal*. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. p. 135.

Neste sentido Juarez Cirino dos Santos, em “*A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*”, discorre:

A *Criminologia crítica* é construída pela mudança do *objeto* de estudo e do *método* de estudo do objeto: o objeto é deslocado da *criminalidade*, como dado ontológico, para a *criminalização*, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade *atribuída* a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc.³⁵

Com efeito, uma conduta não é criminal “em si” e a criminalidade se revela por uma seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso. A criminalidade não tem natureza ontológica, mas social, acentuando o papel constitutivo do controle social na construção seletiva. De maneira que mais apropriado seria transladar o foco de investigação dos controlados para os controladores, falando de criminalização e do criminalizado do que da criminalidade e do criminoso. Assim, o *labelling* desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das “causas” do crime e, pois, da pessoa do autor, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal. Ao invés de indagar “quem é criminoso?”, “por que é que o criminoso comete o crime?”, o *labelling* passa a indagar “quem é definido como desviante?” “por que determinados indivíduos são definidos como tais”, “em

que condições um indivíduo pode se torna objeto de uma definição?” e “quem define quem?”³⁶.

Na medida em que a criminalização seletiva etiqueta certas condutas e deixa passar outras, configura-se um sistema onde uma clientela torna-se vulnerável ao cometimento de delitos e uma outra parcela torna-se imune. Pungente problematizar o direito penal, para que a noção de crime seja constantemente questionada, bem como o direito penal visto como expressão do interesse geral. Já que comumente, paira críticas na falta de rigor do direito punitivo, na crescente impunidade, no excesso de garantias dadas aos criminosos e legitimam uma ação

35 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2011. p.1.

36 ANDRADE, V. R. P. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.

punitiva mais repressiva. Quando o debate tem que tender ao reiterado questionamento da construção social do crime.

A criminalização se mostra fragmentária, ideológica e dirigida por interesses de classe. Lançando-se mão de medidas que esboçam a reprodução de relações de domínio e de desigualdade e arbitrariedade seletiva.

Neste contexto, cabe trazer a lição do ilustre doutrinador Nilo Batista:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário)³⁷.

A adoção de medidas paliativas resvala na incapacidade de prevenir crimes, arbitrariedade seletiva, reprodução de desigualdades, intervenção reativa e não preventiva, atuação tardia e sobre os efeitos e não sobre as causas. Culminado em respostas simbólicas. Direito penal cada vez mais amplo e evasivo, sem falar no movimento pendular legislativo que oscila expansão e contração, denotando contradições e diferenças de ideologias.

7 CONCLUSÃO

Mostra-se evidente, em nosso sentir que na história da humanidade sempre lidamos com respostas, o que nos dá uma falsa sensação de segurança. O convite foi de que fizéssemos travessias questionadoras. E canalizássemos a atenção ao poder punitivo guiado por sua cabeça seletiva, erguido sobre o corpo autoritário, deixando as garantias, e a dignidade da pessoa humana para segundo plano.

Remediar a insegurança de forma eficaz só por meio de uma intervenção que visa mitigar as desigualdades sociais, comprometida com resultados tangíveis e reais, e não por um recrudescimento do direito penal. Qualquer alternativa que siga apartada da inclusão, do fortalecimento de garantias tem que ser questionada.

E em momento de desequilíbrios e desassossego, que a reafirmação de garantias tem que prevalecer. É que se abre o leque para questionamentos e transições. Repensar o direito, reinventar para que ele contemple garantias. Garantias estas que não são apenas de um indivíduo, mas de toda uma coletividade.

³⁷ ANDRADE, op. cit., p.25.

De maneira que, a velocidade do poder punitivo tem estar atreladas ao implemento de um direito penal mínimo, encarando este como exigência do Estado democrático de direito. Vislumbrando um direito penal e um direito processual penal como instrumento de garantias.

Que nossos espelhos sociais possam refletir expansão de garantias, de direitos. E para além de conclusões concretas e sedimentadas, fica a certeza da dúvida e a necessidade constante de questionar.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.
- ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1ª reimpressão. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s.d.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BRAGA, Pedro. *Crime e sociedade*. Brasília: Senado Federal, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Sobre a Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO, Salo. *A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. *Panóptica*, v. 11, p. 164-177, 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A9.puf>. Acesso em: 10 fev. 2011.

CARVALHO, Salo de(org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de . *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. O pós humano interessa ao direito? *Revista de direito social*, n. 30, p. 105/124 , ano VIII, abr./jun. 2008. Rio Grande do Sul: Nota Dez, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Bases para compreensão e crítica do direito Emergencial*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=673> Acesso em: 6 fev. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade*, São Paulo: Unesp, 1993.

_____. *As Conseqüências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

JESUS, Tiago Schneider de. Solidariedade e risco na sociedade. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; Augustin (orgs.) *O Direito na sociedade de risco: dilemas e desafios socioambientais*, Caixias do Sul/RS: Plenum, 2009. p. 61-90.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*, 4. ed. v.1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. *O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5068.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

PINTO NETO, Moysés da F. *A farmácia dos direitos humanos algumas observações sobre a prisão de Guantánamo*. Disponível em: <http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/moyses-panoptica_013_031_038.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2011.

_____. *O Rosto do Inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do Inimigo enquanto racionalidade biopolítica*. 212f. 111f. Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direito (PPGCrim). Pontifícia Universidade Católica do RS. Porto Alegre, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COUTINHO, J. N. M.; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Processo penal como dialética da incerteza. *Revista de informação legislativa*, v. 183, p. 67-75, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo: Cortez, 2009.

_____. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, 3. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 11/fev. 2011.

_____. *O inimigo do direito penal - ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 11 fev. 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política Criminal: realidade e ilusões do discurso penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf> Acesso em: 11 fev. 2011.

VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *A “sociedade do risco” e suas implicações jurídico-penais* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3593>. Acesso em: 15 fev. 2011.

ZACKSESKI, Cristina. A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana. In: Vera Regina Pereira de Andrade. (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. V, 2, p. 123-132. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/textos/A%20GUERRA%20CONTRA%20O%20CRIME.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

_____. *Movimentos sociais e participação cidadã*. Universitas. Jus (UNICEUB), Brasília, v. 10, p. 85-98, 2004.

_____. *Sistema penal, política criminal e outras políticas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 172, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WUNDERLICK, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista da barbárie. (Re)afirmação de direitos humanos. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICK, Alexandre (orgs.). *Diálogos entre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

