

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL – UFPR
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PENAL MÍNIMO: UMA CRÍTICA À EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

CURITIBA
2008

VINÍCIUS ZACHARIAS DE QUEIROZ

DIREITO PENAL MÍNIMO: UMA CRÍTICA À EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de especialista no curso de
Direito Penal e Criminologia do Instituto de
Criminologia e Política Criminal – UFPR.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2008

SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
INTRODUÇÃO.....	01
2. PODER PUNITIVO.....	02
2.1 O que é direito penal?.....	02
2.2 Fins do direito penal: uma análise crítica.....	05
2.3 Limites ao direito penal.....	12
2.3.1 Direito penal mínimo e direito penal máximo.....	12
2.3.2 Princípio da legalidade e princípio da reserva legal.....	14
2.3.3 Da função garantidora do tipo penal.....	16
2.4 Coerção penal.....	17
3. POLÍTICA CRIMINAL.....	22
3.1 Breve histórico.....	22
3.2 Contextualização da política criminal no Brasil e a expansão do poder punitivo.....	23
3.3 Sistema jurídico teleológico, racional, funcional e política criminal.....	28
3.4 As bases para uma política criminal eficiente e as contribuições da criminologia crítica...	30
3.5 Princípio da fragmentariedade.....	32
3.6 Princípio da intervenção mínima.....	33
3.7 Princípio da subsidiariedade.....	35
3.8 Política criminal e criminologia: novos horizontes.....	37
3.8.1 Descriminalização.....	37
3.8.2 Despenalização.....	39
3.8.3 Descarcerização.....	41
3.8.4 Substitutivos penais trazidos pela lei dos juizados especiais.....	42
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

RESUMO

O direito busca viabilizar a convivência harmônica entre os indivíduos, tendo em vista que o convívio em sociedade, em regra, implica em uma série de relações conflituosas. Todavia, o Estado na consecução de seus objetivos não pode extrapolar os limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico, sob pena de se tornar arbitrário. O instrumento mais severo que o Estado dispõe para cumprir tal desiderato é o direito penal, por isso mesmo, só deve ser utilizado quando os demais ramos do direito falharem na manutenção da ordem social. Ademais, a política criminal moderna vem denunciando a ineficiência do uso excessivo de leis penais na redução da criminalidade. De igual modo, a criminologia crítica deixa evidente que o direito penal opera de modo injusto e desigual em nossa sociedade, atendendo aos interesses da classe econômica e politicamente hegemônica. Nesse contexto, o legislador pátrio lança mão de leis penais para alcançar a pacificação social e para frear a crescente criminalidade violenta que assola o país, acalmando o sentimento generalizado de insegurança. Contudo, a história tem demonstrado que existe um enorme abismo entre o discurso jurídico e a realidade, não sendo suficiente para a redução dessa criminalidade a mera utilização de leis penais, ainda que mais severas, porque as verdadeiras causas do crime ficam intactas.

INTRODUÇÃO

A presente monografia estará assentada em três pilares: o estudo do poder punitivo do Estado, da política criminal moderna e o da criminologia crítica, sempre buscando centralizar a discussão na realidade brasileira. Por facilidade metodológica os dois primeiros componentes serão abordados em capítulos distintos, o que não significa que será feita uma abordagem estanque com relação aos referidos temas, sendo oportuno lembrar que fazem parte de um só raciocínio. Por outro lado, não será dedicado capítulo específico ao estudo da criminologia crítica que permeará todo o transcorrer da monografia.

A primeira parte do estudo faz referência ao poder punitivo do Estado, sendo de suma importância falar a respeito do direito penal, a começar pelo seu horizonte de projeção. No capítulo referente ao poder punitivo ainda deverá ser desenvolvida a idéia de segurança jurídica e, deste modo, deverão ser investigados os fins do direito penal, os seus limites e as suas principais características, como, por exemplo, a coerção penal. É possível notar que em cada uma dessas abordagens serão trazidos pensamentos produzidos pela criminologia crítica.

Num segundo momento, será desenvolvida uma análise sobre política criminal. Primeiramente, deverá ser realizada uma inserção histórica da política criminal, para somente em seguida se investigar a política criminal dentro do contexto brasileiro. Posteriormente, a pesquisa deverá procurar estabelecer alguns pontos de contato entre o discurso e a realidade, oferecendo uma orientação mais plausível com relação ao objeto em análise. No estudo ainda deverão ser reveladas as bases em que deve estar assentada uma política criminal moderna, indicando-se alguns princípios de direito penal, bem como, algumas orientações da criminologia moderna.

Como anteriormente dito, a Criminologia Crítica permeará toda a estrutura da presente monografia. Neste diapasão, ficará claro que o Direito Penal atua de modo desigual em nossa sociedade garantindo as injustiças sociais com o seu discurso legitimador. De igual forma, será exposta a contradição entre o discurso oficial do sistema jurídico e o real, mostrando-se a necessidade da abolição do cárcere tendo em vista o êxito histórico do aparato de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista.

2. PODER PUNITIVO

2.1 O QUE É DIREITO PENAL?

O direito surgiu com o escopo de regular a vida das pessoas, para que cada cidadão respeite a esfera de liberdade de seu semelhante. Com o fim de viabilizar a convivência harmônica entre os indivíduos o Estado chamou para si o direito de punir, monopolizando em suas mãos a titularidade de cominar e aplicar sanções penais àqueles que pratiquem condutas criminosas. Esse *jus puniendi* de titularidade do Estado, para LISTZ (1999: p. 05), significa um poder público para castigar, devendo ser juridicamente limitado.

O direito penal representa uma das formas de expressão do *jus puniendi* estatal, logo uma das preocupações dos operadores do direito é a de aclarar e definir esse ramo do universo jurídico que interfere de modo tão contundente na vida dos indivíduos. Para responder tal indagação faz-se necessário delimitar o objeto de estudo da ciência penal, o que ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 85) preferiram chamar de saber ou horizonte de projeção do direito penal.

BATISTA (2002: p. 50), acompanhado de grande parte da doutrina, afirma que o direito penal pode assumir três acepções: a) direito penal objetivo; b) direito penal subjetivo e c) como ciência. Segundo o referido autor, a última concepção implicaria no estudo do ordenamento jurídico positivo com o intuito de aplicar de forma eqüitativa e justa a lei penal. Para tanto seria necessário segundo BATISTA (2002: p. 117-118) utilizar-se de um sistema uno e coeso que afastasse do saber penal a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação.

De acordo com a doutrina de NORONHA (1999: p. 05), a ciência penal é normativa, cultural, valorativa e finalista. Pois estuda o direito positivo, ou seja, aquele direito que nos é posto, abordando ainda, segundo BITENCOURT (2003: p. 05), as causas do fenômeno criminal. Por ser uma ciência cultural, PRADO (2002: p. 36), aponta para o fato de que o direito penal declara o “*dever ser*” e não propriamente o “*ser*”, embora vá buscar subsídios no mundo do ser. Segundo PRADO (2002: p. 36) a ciência penal “tem por escopo elaborar e desenvolver um sistema, visando interpretar e aplicar o direito penal, de modo lógico e racional”. Por outro lado, é considerada uma ciência valorativa, uma vez que não emprega às normas o mesmo valor, sendo finalista na medida em que protege bens jurídicos

fundamentais. Aliás, de uma perspectiva dogmática, é exatamente essa tutela de bens jurídicos que confere ao direito penal sua finalidade precípua.

A partir dessas linhas gerais da ciência penal é que os doutrinadores vão delimitar o objeto de estudo do direito penal, denominado na obra de ZAFFARONI e PIERANGELI como horizonte de projeção.

Primeiramente, deve ficar claro que o objeto do saber de qualquer ciência constantemente sofre alterações, em especial, o objeto do direito, na medida em que este deve acompanhar a dinâmica social. O atual horizonte de projeção do direito penal corresponde à pretensão de regulamentação da conduta humana por meio de cominações. Conforme ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 87), não entra no horizonte de projeção do direito penal a cominação de uma reprimenda penal a um homem pelo simples fato do que ele é, pois o direito penal moderno está fundado num direito de ato e não de autor.

Neste diapasão, ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 86), em um primeiro momento, definem o direito penal como:

conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.

BITENCOURT (2003: p. 02) partilha da tese de que o direito penal consiste em um conjunto de normas que inicialmente determinam quais sejam as infrações penais e logo em seguida estabelecem as sanções correspondentes. Contudo, o autor observa criticamente a natureza peculiar do direito penal como meio de controle social formalizado.

Nesse sentido, BATISTA citando MUNOZ CONDE (2002: p. 56) ensina que: "O direito e o estado não são expressões de um consenso geral de vontades, e sim reflexões de um modo de produção, formas de proteção de interesses de classe, da classe dominante no grupo social ao qual esse direito e esse estado pertencem". O professor CIRINO DOS SANTOS (2006: p.11-12) assinala em sua obra *A Criminologia Radical*:

Um simples exame empírico (Fragoso, Catão e Sussekind, 1980) mostra a natureza classista da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de controle e repressão social, como a polícia, a justiça e a prisão, concentradas sobre os pobres, os membros das classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo.

Nesta esteira, CIRINO DOS SANTOS vaticina (2006: p. 15):

Assim, a Criminologia Radical descobre o sistema de justiça criminal como prática organizada de classe, mostrando a disjunção concreta entre uma ordem social imaginária, difundida pela

ideologia dominante através das noções de igualdade legal e de proteção geral, e uma ordem social real, caracterizada pela desigualdade e pela opressão de classe.

Portanto, aqui, começam aparecer os primeiros indícios de que o direito penal não é o mesmo para todos os indivíduos e que na verdade ele cumpre uma função de seletivização, atuando de modo injusto e opressivo na sociedade, conforme FRAGOSO (2004: p. 05-19), o que será alvo de estudo mais adiante.

De acordo com BATISTA (2002: p. 50) em sentido objetivo (*jus poenale*) o direito penal encerra um conjunto de normas jurídicas definidoras de condutas penalmente ilícitas que prevêm a respectiva sanção. Deste modo, é revelado segundo PRADO (2002: p. 35) o monopólio estatal em cominar, aplicar e executar as penas (*ius puniendi e ius punishmentis*), devendo os operadores jurídicos observância ao aspecto teleológico da norma penal.

No tocante ao que corresponderia o direito penal, BITENCOURT, com propriedade, estabelece oportuna distinção entre direito penal comum e especial. Para BITENCOURT (2003: p. 07-08) o critério diferenciador reside no órgão incumbido da aplicação do direito, isto é, caso a norma seja aplicada pela justiça comum, trata-se de direito comum, caso contrário, será direito especial. O mesmo autor lembra que não se pode confundir direito penal comum e especial com simples legislação, uma vez que legislação comum se resume ao código penal brasileiro e legislação especial corresponderia às leis extravagantes, como, por exemplo, a Lei de Tóxicos. Já ROXIN (2003: p. 44), refere-se a legislação extravagante como direito penal acessório, enquanto FRAGOSO (2004: p. 05) chama de direito penal complementar a legislação especial e de fundamental a comum.

Divergência doutrinária à parte, todos são unânimes em reconhecer o caráter público atribuído ao direito penal, sendo tal noção de vital importância para o seu correto entendimento. Com efeito, um dos principais motivos que caracterizam-no como direito público é o fato de o Estado intervir diretamente como pessoa de direito público nas questões albergadas pelo direito penal. Porém, como bem observam ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 89) “esta intervenção não significa que exista um direito subjetivo do Estado a incriminar ou penalizar. Pois isso significaria que todos os delitos lesariam um único bem jurídico”, o que não é verdade.

Outro aspecto relevante que lhe confere caráter de direito público é que os bens tutelados não são, exclusivamente, referentes a interesses individuais, mas sim coletivos. Neste sentido, BATISTA assinala que sob uma perspectiva formalista é

notável a exclusividade e imperatividade com as quais o Estado impõe as normas. Exatamente essa subordinação dos indivíduos ao poder do Estado que para ROXIN (2003: p. 43) é o aspecto que demonstra ser o direito penal um direito público.

Nota-se, portanto, que o critério diferenciador desse ramo do direito em relação aos demais é justamente a sanção imposta àqueles que com suas condutas venham a incidir na norma penal. Frise-se, desde já, que por critério metodológico a coerção penal será analisada em momento oportuno nesta monografia.

A apresentação e a definição do direito penal foram os objetivos centrais deste tópico. Para o cumprimento dos objetivos traçados foi necessário aclarar as principais peculiaridades do direito penal com a menção de algumas de suas acepções e de alguns de seus conceitos trazidos pela doutrina.

2.2 FINS DO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Passado o primeiro estágio referente ao que corresponderia o direito penal, faz-se necessário, agora, explorar alguns aspectos acerca da missão a ser desempenhada pelo mesmo. De forma que a realização dessa investigação, qual seja, das finalidades do direito penal, possibilitará a conscientização quanto ao sentido das metas visadas pela criminalização de determinadas condutas que são praticadas por um certo grupo de pessoas. Nesta seara, o criminólogo CIRINO DOS SANTOS (2006: p. 128) expõe com peculiar clareza a disparidade existente entre o discurso oficial e o oculto do sistema penal, vejamos:

A Criminologia Radical distingue objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos objetivos ideológicos aparentes, porque os objetivos reais ocultos do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista.

De modo singular, ROXIN (2003: p. 42), lembra que o mais importante para a compreensão do direito penal e de suas respectivas finalidades é o exame detido das funções das penas e das medidas de segurança, objeto a ser estudado no item referente à coerção penal.

Apesar do cunho programático inerente ao próprio direito penal, cediço é que ele existe para cumprir finalidades concretas, pois a mera formalização legal dos objetivos não se mostra suficiente na consecução de suas metas, conforme ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 91). Embora não exista uniformidade na

doutrina com relação aos fins do direito penal, há uma identidade na forma como ele busca alcançar esses objetivos, qual seja, estabelecendo de modo racional limites precisos à tutela penal de bens jurídicos relevantes e cominando uma coerção especialmente grave aos que infringirem as normas penais. Desse modo, o direito penal nada mais faz que revelar seu ideal traduzido na idéia de segurança jurídica.

Assim, nota-se que com fulcro nos direitos humanos, a melhor doutrina traça um direito penal limitador e voltado a garantir a liberdade dos indivíduos, antes de lhe atribuir uma função meramente protetiva. A partir de uma concepção liberal de Estado Democrático de Direito não é possível se afastar da centralidade das garantias e da imposição precisa de limites ao *jus puniendi* estatal, pois é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário. De acordo com a doutrina de CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 489-490):

5. Então, parece inevitável a pergunta: por que fazer dogmática penal? E a resposta: a dogmática penal depende do critério que informa o trabalho científico em Direito Penal. Logo fazer dogmática penal como *critério de racionalidade* do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral; ao contrário, fazer dogmática penal como *sistema de garantias* do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, no sentido de construir um conjunto de conceitos capazes de *excluir* ou *reduzir* o poder de intervenção do Estado na esfera de liberdade individual – e, portanto, capazes de impedir ou de amenizar o sofrimento humano produzido pela *desigualdade* e pela *seletividade* do sistema penal – constitui tarefa científica de significado democrático nas sociedades contemporâneas.

De igual modo, BRETAS (2006: p. 33):

O Jus Puniendi estatal é restringido. A persecução criminal é limitada. Com o direito, o Estado só pode punir aquelas condutas que estiverem descritas na lei. E mais: a punição será limitada àquilo que estiver previsto no dispositivo. E da forma prescrita no ordenamento. Sob este enfoque, portanto, o direito não é limite do cidadão, mas sim do Estado – ao contrário do que apregoa o vulgo.

Nesse sentido, TAVARES (2000: p. 157-160), em valiosa lição, demonstra que todo Estado de Direito contém em seu interior um Estado de Polícia e que este pretende romper as barreiras que lhe são impostas por aquele. Ainda conforme essa concepção liberal, percebe-se que o direito penal opera como agente de contenção à atuação interventora do Estado, procurando fazer com que o poder punitivo seja invocado com o menor conteúdo de irracionalidade.

A doutrina pátria, divergindo em certos aspectos, destaca alguns fins do direito penal. De acordo com raciocínio desenvolvido por FRAGOSO (2004: p. 04) a função básica do direito penal é a de defesa social realizada através da tutela jurídica, preservando-se, assim, interesses individuais ou do corpo social. Por sua vez, BRUNO (2003: p. 04-05) também afirma que o fim do direito penal é a defesa

da sociedade pela proteção de bens jurídicos fundamentais, ainda sustenta que o direito penal consiste em uma luta da ordem jurídica contra a criminalidade por meio da prevenção e da repressão.

Discordando do fim anteriormente apontado por FRAGOSO e por BRUNO, DAMÁSIO (2002: p. 03) na companhia de outros juristas, afirma ser o combate ao crime a principal finalidade do direito penal, podendo ser notada a alta carga repressiva dada pelo autor ao direito penal. Combate, em regra, fomentado pelo medo e pela mídia, que muitas vezes legitimam verdadeiras atrocidades em nome da própria "justiça". Ressalte-se que a moderna política criminal já constatou que o crime deve ser controlado, minimizando suas conseqüências. O próximo capítulo da presente monografia será dedicado à política criminal.

Discussões à parte, para BITENCOURT (2003: p. 04) e grande parte da doutrina, tanto nacional como alienígena, o diferencial entre o direito penal e os demais ramos do direito consiste na sua finalidade preventiva. Com relação à prevenção, LISTZ (1999: p. 09) menciona que a finalidade do direito penal consiste em: "La defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como um mal contra el delincuente". Porém, BITENCOURT (1999: p. 02) já observava a natureza peculiar de meio de controle social formalizado desempenhada pelo direito penal. Na realidade, constata-se um direito penal que serve como instrumento para exercício de controle social pela classe hegemônica política e economicamente sobre o estrato social marginalizado, como bem demonstra CIRINO DOS SANTOS em artigo publicado na Revista de Direito penal n.º 28 sob o título de Violência Institucional. Ainda de acordo com o renomado criminólogo (2006: p. 39):

O programa de uma ciência do crime e do controle social para as condições de desenvolvimento econômico e político da sociedade capitalista, compreende a crítica do Direito como lei do modo de produção dominante, e do Estado como organização política do poder de classe, além da elaboração simultânea de uma 'economia política do crime' capaz de demonstrar que as transformações do capitalismo contemporâneo não alteraram suas prioridades básicas de propriedade privada e lucro, nem sua dinâmica social de reprodução das desigualdades e de marginalização.

FERRAJOLI (2002: p.30), em compasso com a melhor orientação doutrinária, qual seja, a de se buscar a proteção dos indivíduos pelo direito penal, vê neste ramo um fim eminentemente garantista. Portanto, para o referido jurista é de vital importância o estudo do tipo penal, que em momento apropriado será desenvolvido nesta pesquisa.

Consoante a idéia de que no estado liberal o direito penal foi concebido para desempenhar uma função de garantia e não de controle social normativo - primário e formalizado, tem-se que a missão do direito penal é a da tutela das relações sociais e que, em última instância, isto representaria a inviolabilidade do ordenamento jurídico através da coação estatal. Segundo JESCHECK (2002: p. 02-03), o Estado em seus esforços para garantir a segurança de todos, tem que respeitar concomitantemente os direitos fundamentais da pessoa, uma vez que constituem o fundamento da ordem jurídica e social, pois, o poder punitivo encontra limites na própria liberdade dos indivíduos. O autor rejeita a tese dos que defendem o desaparecimento do direito penal, JESCHECK (2002: p. 03) sustenta a necessidade de um aperfeiçoamento do mesmo, através de uma reforma contínua que assegure a proteção da sociedade por meio de uma prevenção geral moderada, com observância do princípio da culpabilidade.

Destarte, a finalidade precípua do direito penal estaria assentada na imposição de limites claros e racionais ao Estado em sua tarefa de tutelar bens juridicamente relevantes por meio da ameaça de uma coerção penal, o que ZAFFARONI denomina de segurança jurídica. É o *jus poenale* limitando o *jus puniendi* estatal. O bem jurídico que deve tutelar, não a si próprio, mas sim a pessoa humana. De uma perspectiva crítica cumpre registrar a lição de CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 16-17):

4. Na atualidade, juristas e criminólogos críticos propõem reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade do poder*, (b) de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc. Essa posição reafirma os princípios do Direito Penal do *fato*, como lesão do bem jurídico, e da *culpabilidade*, como limitação do poder de punir, excluindo a *estabilização das expectativas normativas* das concepções autoritárias do funcionalismo de JAKOBS, por exemplo. Desse ponto de vista, consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de *bem jurídico*, 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.

Assim, a segurança jurídica deve propiciar a coexistência humana pacífica, onde cada indivíduo deve respeitar o espaço de seu semelhante. ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 93) ensinam que a viabilização da coexistência

é assegurada com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos, tornando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência.

Contudo, a característica mais relevante reside no fato de que essa afetação de bens jurídicos de titularidade do infrator penal encontra-se limitada, uma vez que o Estado não está autorizado pelo ordenamento jurídico a causar maior alarme social ao aplicar a sanção penal, do que o alarme provocado pela própria conduta criminosa, sob pena de ofensa a segurança jurídica. Logo, tal afetação encontra limites, havendo graus de tolerância. A título de ilustração, cita-se o exemplo de que o Estado não poderia punir um batedor de carteiras com a amputação de suas mãos na atual quadra da história. Pois, de acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 95) a coerção penal deve “reforçar a idéia de segurança jurídica, ou seja, garantir aos bens jurídicos, proteção, sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade”.

Todavia, essa pretensão do direito penal de tutelar bens, valores ou interesses, mostrou-se falha no decorrer da história, na medida em que o convívio em uma sociedade de classes inviabiliza a conciliação dos interesses dessas mesmas classes, em outras palavras, demonstra que os interesses da classe econômica e politicamente dominante acabam sempre prevalecendo. Nesse sentido, MARX e FRIEDRICH (2002: p. 45) já afirmavam com propriedade que a história da humanidade se revela como uma história de luta de classes. De igual modo PASUKANIS (1989:p.152):

Não se pode compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe sem partir de sua natureza antagonista. As teorias do direito penal que deduzem os princípios da política penal a partir dos interesses do conjunto da sociedade são deformações conscientes da realidade. O conjunto da sociedade só existe na imaginação dos juristas; só existem, de fato, classes com interesses opostos, contraditórios. Todo sistema histórico e determinado de política penal traz a marca dos interesses da classe a qual serve.

No mundo contemporâneo é flagrante que o direito penal acaba servindo de instrumento ao poder na consecução dos interesses da classe política e economicamente hegemônica, segundo TAVARES (2000: p. 178) incorporando-se a sociedade e se legitimando por meio de ideologias dessa mesma classe. A partir de uma análise criminológica, nota-se que o direito penal não será o mesmo para todos os cidadãos tampouco será aplicado de forma igualitária, uma vez que se constata uma verdadeira manipulação ideológica, tendo em vista que “o poder instrumentaliza as ideologias na parte em que estas lhe são úteis e as descarta quanto ao resto”, conforme ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 64); logo, em nome da burguesia, o direito penal estará voltado a punir somente determinado estrato social, aquele grupo a que pertencem os desfavorecidos – FRAGOSO (2004, p. 348),

atuando eficientemente para determinada clientela, penalizando e punindo certos estereótipos, como, por exemplo, pobres, pretos e prostitutas. De fato, constatações que foram desenvolvidas pelo paradigma do *labeling approach* – CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 697) - no momento em que "(...) define criminoso como sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso, segundo a célebre definição de BECKER".

Com acerto, LOPES (2006: p. 24) destaca:

É a triste opção por um **tratamento penal e não social da miséria**. Conjugando isso à doutrina do *labeling approach*, podemos compreender perfeitamente que a sociedade é excludente e que o sistema penal, por ser uma fiel representação dela, é igualmente excludente. A sociedade coloca o indivíduo não-consumidor à margem (literalmente marginal), introduzindo-o no sistema penal, que na sua atividade de seleção atuará com toda dureza sobre o rotulado, o etiquetado, o não-consumidor. Até porque quem não é consumidor não é visto como cidadão.

Dessa forma, cada vez mais o direito penal se distância da sua finalidade precípua consubstanciada na proteção do indivíduo frente o Estado e acaba por realizar uma função de dupla seletividade na sociedade brasileira, selecionando indivíduos tanto no âmbito de criação de leis como no de sua aplicação¹. Daí a crítica em apontar o direito penal como meio de controle social, como um direito desigual que garante essa ordem social injusta do capitalismo, como antes levantada nesta pesquisa.

Em obra irretocável, ZAFFARONI e BATISTA, abordam esse processo de seleção de pessoas que poderão vir a se submeter à coação penal, aliás, um número bastante reduzido de indivíduos, processo designado pelos autores de seleção penalizante.

Antes de se adentrar no que consiste propriamente a seletivização, mostra-se necessário o exame de alguns pontos. Primeiramente, tem-se que a força motriz dessa seleção penalizante, em suma, corresponde aos interesses da classe dominante. Em segundo, faz-se oportuno ressaltar que existem vários panos de fundo que legitimam essa seleção realizada pelo direito penal e que esses mesmos "panos" são explorados pela classe que detém o poder, como, por exemplo, o medo, a insegurança, o combate à violência, a pressão da mídia etc, conclusão que pode ser extraída da obra de ZAFFARONI e BATISTA (2003: p. 57-59).

Levantadas algumas reflexões, segue em pormenores a definição do processo de seletivização. Ainda que não seja o fim almejado pelo direito penal,

¹ Ver THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 58-96.

incontestavelmente o processo de seleção opera em nossa sociedade basicamente de duas formas. Em um primeiro momento aparece na fase de elaboração das leis, destarte, caracteriza-se pelo seu alto grau de abstração, em que as agências políticas escolhem certas questões para serem incriminadas, é a chamada criminalização primária. Segundo ensinam ZAFFARONI e BATISTA (2003: p. 43): “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina e permite a punição de certas pessoas”. Já no que tange a criminalização secundária pode se ver que o direito penal acaba sendo aplicado, em regra, apenas a população mais pobre, a certos rótulos. Na verdade ocorre uma seleção dos fatos toscos e de mais fácil detecção, para os mesmos juristas, a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, pessoas com um esteriótipo – ZAFFARONI e BATISTA (2003: p. 43-48). Cediço é que os ricos não habitam os presídios brasileiros.

Portanto, na sociedade brasileira, sem dúvida, há uma contradição existente entre a missão a ser desempenhada pelo direito penal (discurso oficial) e o fim prático dado ao mesmo (função oculta) que está encoberto pelo discurso do poder.

Com efeito, a correta compreensão do direito penal conduz a conclusão de que ele próprio só se justifica em última instância, na medida em que a ofensividade ao bem jurídico reclame por uma tutela especial não possibilitada por outras áreas do direito. A pena, por sua vez, também somente se justificaria na medida de sua extrema necessidade, sendo o direito penal um verdadeiro soldado de reserva. Acontece que o direito penal, baseado em um discurso protetivo que o legitima, vem sendo utilizado de modo incorreto e irracional, invertendo-se, assim, o sentido originário atribuído ao bem jurídico de limitação ao poder punitivo. Na realidade, parece que o legislador fez da exceção a regra, pois logo que constata um conflito social, sem titubear, lança mão de uma norma incriminadora para dirimir o grave problema da violência. E é dentro desse contexto que se tem a edição, por exemplo, da Lei de Crimes Hediondos (vedando a progressão de regime, a liberdade provisória e a fiança, aumentado penas e o tempo de prisão temporária etc), do Regime Disciplinar Diferenciado (inconstitucional isolamento), do Estatuto do Desarmamento²(tornando alguns crimes insuscetíveis de liberdade provisória e de

² Ver DOTTI, René Ariel. **A política de segurança pública e o estatuto do desarmamento.** Disponível em: <<http://dottieadvogados.com.br/ESTATUTO%20DO%20DESARMAMENTO.doc>>. Em especial: A [sic] procedimento legislante da nova *lei de armas de fogo* foi desenvolvido sob duas

fiança, exasperando as penas) e de inúmeras propostas de redução da maioria penal (desconsiderando o tempo de formação da personalidade do indivíduo) etc.

Ao prefaciar a obra de TAVARES Teoria do Injusto Penal, ZAFFARONI assinalou (2000):

o bem jurídico tem seu sentido limitador e garantidor invertido por efeito de alquimia autoritária amplamente difundida na doutrina penal, que adota os conceitos liberais para deformá-los até torná-los irreconhecíveis, quer dizer, aceita os nomes e perverte os conteúdos.

O presente tópico, em primeiro lugar teve a intenção de pontuar os diversos fins apontados pela doutrina ao direito penal, por segundo demonstrar a finalidade mais escoreta do mesmo e, por conseguinte, criticar esse fim, fazendo um paralelo entre a teoria e a realidade fática, o que foi possível com o auxílio de constatações da criminologia crítica. A seguir será alvo de estudo os limites a que se submete o direito penal na consecução dos próprios fins por ele almejado.

2.3 LIMITES AO DIREITO PENAL

Como anteriormente ventilado, o direito penal cumpre um papel de extrema relevância dentro da sociedade, tutelando bens juridicamente relevantes, assim como, resguardando os próprios indivíduos frente o poder punitivo do Estado. Portanto, o direito penal no cumprimento desses seus fins não pode exceder alguns limites, sob pena de tornar-se arbitrário.

Conforme ensinam PIERANGELI e ZAFFARONI (2002: p. 331)

deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal de Direitos Humanos ("direito penal liberal" em sentido técnico), tem entre suas principais características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas.

Nesse sentido, adiante serão apresentadas algumas perspectivas político-criminais e criminológicas que devem orientar a aplicação do direito penal.

2.3.1 Direito penal mínimo e direito penal máximo

Na atualidade, quando se faz referência as barreiras impostas ao direito penal, previamente há que se fazer uma reflexão no sentido do Estado de Direito

coordenadas: a) as manifestações crescentes da população e da mídia num *cenário do medo*, obrigando os parlamentares a discutir meios e métodos urgentes, porém superficiais, para enfrentar a epidemia da insegurança, ignorando ou desprezando os fatores determinantes do fenômeno; b) a intolerável superstição alimentada pelo discurso político do crime, segundo a qual a lei é uma barreira suficiente para estancar a onda de malefícios e tampar a *Caixa de Pandora* do crime organizado.

pugnar por um direito penal mínimo, ou seja, aquele que somente deve intervir em último caso, quando realmente necessária sua interferência. Não é por outra razão que MAIA NETO (2008), ao citar FERRAJOLI, pontua que:

O direito penal é eminentemente repressivo razão pela qual precisa ser mínimo, reduzido e controlado, como ensina Luigi Ferrajoli (in "Derecho y Razon", ed. Trotta. Madrid, 1989) e não máximo e intolerante. O direito penal é subsidiário dos demais ramos das ciências jurídicas e a pena privativa de liberdade aplicada como *ultima ratio* das espécies de sanção.

De fato, o direito penal mínimo representa um controle acentuado sobre o *jus puniendi* estatal, o que revela a importância do estudo dessas balizas. Mas, antes da questão referente aos próprios limites, caberá diferenciar o direito penal mínimo do direito penal máximo.

A discussão acerca desses dois extremos será travada com base na racionalidade e na certeza. O direito penal mínimo sustenta que o Estado deve estar condicionado e limitado ao extremo, já o direito penal máximo postula pelo poder estatal ilimitado, conforme se extrai da obra de FERRAJOLI (2002: p. 83).

O Estado de Direito moderno não apregoa o abolicionismo nem a expansão exagerada do direito penal, o Estado atual se coaduna com a idéia do direito penal mínimo, uma vez que no Estado de Direito o Poder Público deve estar limitado e vinculado à lei, em especial, o poder punitivo, tanto no âmbito material quanto processual. Pois, ao se tutelar as liberdades individuais ao máximo, evita-se que eventualmente um inocente venha a ser condenado, isso à custa de que algum culpado possa ficar impune. Neste diapasão, LOPES (2006: p. 48), com base na doutrina de FERRAJOLI, assevera que:

O Direito Penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais e *configura a proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, como também pelo débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele*. A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo penal, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.

Já o Estado Absoluto, apresenta-se carente de quaisquer limitações e condições ao poder que lhe corresponde. Ademais, demonstra odiosa severidade nas punições, assim como, total ausência de critérios e parâmetros em suas decisões. A lógica do direito penal máximo, por sua vez, pauta-se em não deixar nenhum culpado impune mesmo que algum inocente possa vir a ser condenado. Neste passo, MAIA NETO (2008) ensina:

A doutrina da tolerância zero é um dos exemplos de prática estatal repressiva, com discurso oficial legitimador de abusos e excessos do direito penal, como parte do direito penal do terror e do direito penal promocional, demagógico, eminentemente político e anti-científico.

Como será visto no capítulo dedicado a política criminal, o direito penal máximo acaba produzindo mais criminalidade, em síntese, é criminogênico.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, no Brasil, encontra-se em consonância com o noticiado pelo direito penal mínimo na medida em que almeja ser racional e preciso na consecução de seus objetivos, incorporando princípios de estatuta constitucional como o da presunção de inocência, o do devido processo legal, o da lesividade, o da intervenção mínima, o da culpabilidade, encontrando-se estruturado em um conjunto de garantias materiais e processuais que visam satisfazer o ideal da racionalidade, em tese, afastando quaisquer hipóteses de conduta arbitrária e abusiva do Estado.

2.3.2 Princípio da legalidade e princípio da reserva legal

Os princípios da legalidade e da reserva legal, embora intimamente se comuniquem não denotam uma idéia única. Com inspiração no período das luzes, a Carta Magna de 1988 consagrou em seu artigo 5.º, inciso II, o princípio da legalidade na seguinte fórmula: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Da mesma forma, o princípio da reserva legal também é incorporado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXIX, bem como pelo Código Penal, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; que por sua vez encerra o mesmo sentido da expressão latina proposta por Feurbach no início do século XIX, qual seja, *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Destarte, só é crime aquilo que é proibido por lei, o que não significa tão somente censurabilidade do comportamento. Tanto o princípio da legalidade como o da reserva legal constituem a base do ordenamento jurídico-penal. O direito penal pátrio consagra tais princípios erigindo-os a categoria de dogma constitucional na tentativa de garantir proteção a pessoa humana e resguardar a sociedade contra possíveis ingerências do próprio Estado. Segundo o constitucionalista MORAES (2005: p. 36) o princípio da legalidade “visa combater o poder arbitrário do Estado”. Nesse sentido, BITENCOURT (2003: p. 10) pontifica:

a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de

ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

O professor CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 20) vaticina que:

O *princípio da legalidade* é o mais importante instrumento constitucional da proteção individual, no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o *costume* como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a *analogia* como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XL, CR).

A seu turno, LOPES (2006: p. 121), invocando BRANDÃO, destaca:

Como ensina Cláudio Brandão, se é através da *Legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal (e processual), delimitando o âmbito de atuação do Estado na inflição da pena. Neste espeque, podemos fazer a ilação de que é a Legalidade que torna o homem figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade.*

Portanto, na sociedade brasileira, os referidos princípios representam, ao menos em tese, uma garantia aos cidadãos frente o *jus puniendi* estatal, cumprem assim uma dupla função: a) limitação do poder punitivo e b) tutela da pessoa contra a arbitrariedade por meio das garantias penais e processuais.

Nesse sentido, TOLEDO (2000: p. 21) assevera:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

Desta forma, TOLEDO (2000: p. 22) entende que a lei penal não pode causar estranheza ao sistema jurídico, sob pena de gerar insegurança jurídica, assim sendo, a norma penal deve ser prévia, escrita, estrita e certa.

Se por um lado o princípio da legalidade expressa verdadeira garantia para os cidadãos de uma esfera intocável de liberdades individuais, por outro representa o estabelecimento de uma igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei, o que na prática parece não acontecer. Portanto, deve a convenção penal determinar abstratamente o que é passível de punição, em outras palavras, o desvio punível deve ser formalmente indicado pela lei como pressuposto para aplicação de uma pena. A lei penal ainda deve ater-se tão somente a aspectos objetivos do comportamento, deixando de lado qualquer zona de subjetividade, pois o direito penal é direito de fato e não de autor, relembra FERRAJOLI (2003: p. 30).

Em consonância com esta postura assentada na garantia dos indivíduos frente ao Estado, a partir da leitura do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal

e também do art. 1º, do Código Penal, extrai-se o princípio da irretroatividade da lei penal, exceto nos casos em que a lei posterior for mais benéfica ao réu.

Destarte, o poder punitivo do Estado não pode sobrepujar as garantias e direitos individuais dos cidadãos, pois deve ser exercido nos limites racionais traçados pelo Estado Democrático de Direito. Daí a importância do próximo subitem a ser estudado, qual seja, o tipo penal que deverá ser pautado pelos critérios da racionalidade e da certeza, e a sua função garantista no Estado liberal.

2.3.3 Da função garantidora do tipo penal

Antes de efetivamente adentrar no tema da função garantista do tipo penal, outras duas questões merecem ser previamente analisadas: a) o conceito de tipo penal e b) o que seria o garantismo.

O direito penal tutela bens jurídicos penalmente relevantes e por meio exclusivo de leis passa a elaborar normas incriminadoras. Segundo PIERANGELI e ZAFFARONI (2002: p. 443): “Os tipos são fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe”. O saber penal lança mão dos tipos penais com o fim de garantir que o estado respeite os limites decorrentes do próprio Estado Democrático de Direito, bem como de punir aqueles que incidirem na lei penal. Assim, a conduta criminosa penalmente relevante é descrita abstratamente no tipo penal, não se confundindo com a tipicidade que corresponderia ao perfeito encaixe da conduta ao tipo. Devendo a descrição típica ser ao máximo clara e unívoca.

A partir da visão traçada por FERRAJOLI (2002: p. 683-686), o garantismo assume três perspectivas distintas, mas que, simultaneamente, são ligadas entre si. Sob a ótica jurídica representa, num primeiro momento, o controle do poder punitivo estatal em benefício da preservação dos direitos dos cidadãos. De outra sorte, traduz o garantismo uma análise crítica do direito, com vistas no desnível existente entre o direito válido e o efetivo, evidenciando as falhas do ordenamento com o fim de sua correção. Por fim, o garantismo também pode designar uma filosofia política que não aceita a autojustificação e autofundamentação estatais, requerendo uma justificação externa do direito e do Estado, que seja pautada nos bens e interesses cuja tutela constituem a sua finalidade.

Sem perder contato com os princípios anteriormente ventilados é que no moderno Estado de Direito um sentido de garantia pode ser atribuído ao tipo penal.

A partir da leitura do princípio da reserva legal, constata-se que não há infração criminal sem a correspondente previsão típica, logo o tipo contém a matéria de proibição, o que se extrai da leitura da obra de MESTIERI (2002: p. 117). Desta forma, o tipo traça o limite do proibido e do permitido.

Os tipos penais que têm como principal função a proteção da sociedade contra as ingerências do estado, isto é, evitar que o Estado de Direito transforme-se em um Estado de Polícia totalmente arbitrário, devem, segundo MARQUES (2002: p. 05-08), indicar e apontar, de modo taxativo e expresso, quais as condutas relevantes para o direito penal e que são passíveis da aplicação de uma pena, caso sejam consideradas antijurídicas e culpáveis. Daí a imprescindibilidade da positivação dos comportamentos humanos considerados delituosos.

Portanto, em matéria penal, o Estado de Direito ora submete o governo às leis e ora governa mediante leis gerais abstratas. Deste modo, no instante em que o Estado atua fica adstrito ao comando normativo constitucional ou ordinário. A esfera de direitos do indivíduo fica resguardada pelos princípios da legalidade, da reserva legal, dentre outros, assim como pela prévia descrição do comportamento humano censurado pelo ordenamento jurídico, de acordo com MARQUES (2002: p. 05):

os fatos sociais que, como expressão da vida humana, encarnam para o legislador atentados aos valores que precisam da tutela penal, são transfundidos nos preceitos das normas incriminadoras, porquanto a lei, ao definir como delituosa determinada conduta, tem por objetivo assegurar um interesse relevante para a comunhão social.

Postas as balizas as quais o direito penal fica circunscrito, passa-se ao exame da coerção penal, tendo em vista que encerra o principal critério de diferenciação do direito penal e os demais ramos do direito.

2.4 COERÇÃO PENAL

Tema muito fecundo é o que faz referência à aplicação da pena e as suas respectivas finalidades, assim como, o que toca as medidas de segurança nesses mesmos aspectos. Devido ao fato da presente pesquisa ter outra pretensão, é que aqui só serão levantados os aspectos primordiais com relação à coerção penal e aqueles indispensáveis à elaboração da própria monografia.

O ordenamento jurídico procura proteger bens jurídicos de diversas formas e por diversos meios. A tutela pode acontecer tanto no âmbito do direito civil, comercial, administrativo, trabalhista etc. Via de regra, a prevenção e a reparação ordinária conseguem, de modo eficaz, alcançar grande parte dos bens jurídicos

atingidos por uma conduta ilícita. Contudo, há condutas antijurídicas que ferem de tal forma a segurança jurídica que esta já não se contenta com a mera proteção ordinária, passando a exigir uma tutela de caráter penal. Nesse aspecto, reside a subsidiariedade do direito penal, que mais a frente será desbravada. Nessas hipóteses, a pena, assim como o direito penal, só se justifica por ser imprescindível.

Destaque-se que a diferenciação entre o direito penal e os demais ramos do direito consiste, precisamente, nesta sanção especialmente grave dirigida aos que incorram em uma conduta típica, antijurídica e culpável. Daí a vital importância da abordagem da coerção penal no presente trabalho.

Com relação à privação de liberdade, PRADO (2002: p. 448) demonstra que antes ela servia de custódia processual, assegurando assim, a presença do réu no processo, para posteriormente lhe aplicar a pena corporal. Somente no direito canônico a prisão surge como pena, sendo que atualmente deve ser vista como medida de troca equivalente ao crime, neste sentido PASUKANIS (1989: p. 146) “A sanção surge, então, como um equivalente que compensa os danos sofridos pela vítima”.

A coerção penal por excelência é a pena privativa de liberdade, que tanto pode ser de reclusão como de detenção, dependendo da prescrição legal. Por outro lado, têm-se as medidas de segurança que de acordo com o discurso oficial cumprem uma finalidade terapêutica, que, em regra, são aplicáveis aos inimputáveis, e excepcionalmente aos semi-imputáveis. Segundo o discurso oficial a pena não serviria apenas para punir, mas também para tornar os indivíduos pessoas melhores.

Porém, no mundo contemporâneo a pena privativa de liberdade divide espaço com outros substitutos penais, *verbi gratia*, as penas restritivas de direito, o *sursis*, a revitalização da pena de multa etc, o que pode ser extraído da obra de BITENCOURT (2003: p. 418 e 675).

Do ponto de vista do discurso oficial, é incontestável que as penas privativas de liberdade fracassaram na consecução de seus fins³, motivo pelo qual o direito

³ Ver ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**, p.15-47. Desde tempos mais remotos algumas teorias buscaram traçar os fins da pena. Por não ser o enfoque da presente monografia é que a título de notícia apenas informa-se: 1) A Teoria da retribuição via na pena um fim em si mesma que se caracterizava pela expiação, ou seja, retribuir um mal com outro mal; 2) A Teoria relativa vislumbrava na pena uma forma de prevenção (geral ou especial); 3) Teoria mista entendia ser a retribuição e a prevenção partes de um mesmo fenômeno, retirando da Teoria absoluta a idéia de medição da pena e da Teoria relativa a finalidade de ressocialização do delinqüente; e por fim 4) A

tem substituído a pena privativa de liberdade por outras espécies de pena. Porém, não é possível esquecer da valiosa lição deixada pelo filósofo FOUCAULT, citado por CIRINO DOS SANTOS (2006: p. 81-83), no sentido de que:

A crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação, penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção etc.) costuma indicar que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece organização de criminosos. De fato, a história do projeto 'técnico corretivo' do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso: o 'poder penitenciário' se caracteriza por uma 'eficácia invertida', através da produção da reincidência criminal, e pelo 'isomorfismo reformista', com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica de seu fracasso (Foucault, 1977, p.228-39). (...) Dois séculos de fracasso do aparelho penal, indicado pela manutenção da delinquência, a indução da reincidência e a transformação do infrator ocasional em delinquente habitual, coexistem com dois séculos de manutenção do mesmo projeto fracassado. Neste ponto, a teoria de Foucault reencontra as grandes linhas da Criminologia Radical, porque a explicação desse fenômeno está na distinção entre objetivos ideológicos (aparentes) e objetivos reais (ocultos) da prisão. Essa perspectiva inverte a avaliação do resultado histórico da prisão: o aparente fracasso do projeto 'técnico corretivo' da prisão é a própria história de um êxito político real, como aparelho de poder que garante e reproduz as relações sociais (Foucault, 1975, 241-44).

O filósofo, BECCARIA (2003), já no século XVIII havia constatado que as penas caracterizavam-se pela abominável crueldade e que comumente advinham de um processo irregular. Notou o quão era inútil a brutalidade do sistema penalógico, pois para se reduzir à criminalidade o que realmente importava era a certeza de punição. Assim, BECCARIA, lança a semente de que a pena deveria ter fundamento na proporcionalidade e na efetiva necessidade.

Nesse contexto, ainda que brevemente, faz-se oportuno mencionar os princípios da humanidade e da culpabilidade que atualmente orientam a execução penal no Brasil. O princípio da humanidade, em suma, prevê que o Estado ao impor uma pena privativa de liberdade, deve respeitar determinados direitos, vez que só o direito a liberdade é restringido com a pena, não podendo a imposição da reprimenda violar a dignidade da pessoa humana e menos ainda a constituição física do apenado, ensina BITENCOURT (2003: p.15). Já o princípio da culpabilidade demonstra que não haverá pena privativa de liberdade sem culpa, pois a culpa é o próprio fundamento e limite da pena, havendo responsabilidade penal pela conduta e não pelo autor – PRADO (2002: p. 117).

Assim, constata-se que qualquer teoria da pena que fuja desses pressupostos deverá ser considerada ilegítima. A pena como momento culminante do direito penal também esbarra em certos limites, devendo somente ser utilizada em última

instância. Em outras palavras, na escolha de bens juridicamente relevantes, o legislador não pode ao seu talante criar normas incriminadoras de condutas por serem somente imorais, como, por exemplo, a prostituição, o homossexualismo, a vadiagem etc; ou irrelevantes (princípio da insignificância), devendo-se ater ao caráter subsidiário do direito penal, sob pena de carecer legitimidade ao Poder Legislativo, neste sentido ROXIN (1998: p. 28).

Na atualidade é possível traçar um paralelo entre a lição deixada por BECCARIA séculos atrás, qual seja, que a crueldade das penas, por si só, não reduz a criminalidade, com a elaboração de diplomas normativos como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei Maria da Penha e do Estatuto do Desarmamento que exasperou algumas das penas abordadas antes pela lei 9.437/97, crendo na redução da criminalidade violenta. De acordo com LOPES (2006: p. 15-16):

O movimento da lei e ordem (*law and order*) é a mais clara manifestação penal do modelo neoliberal, dos movimentos de extrema direita. É a “velha megera do Direito Penal”, na expressão de KARAM. Prega a supremacia estatal e legal em franco detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais. O Brasil já foi contaminado por esse modelo repressivista há mais de 10 anos, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na era da escuridão, na *ideologia do repressivismo saneador*. A idéia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se os direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.

Na atual sociedade, mostra-se necessário refletir sobre a possibilidade de se estar incidindo no mesmo erro do passado (ou crença), que BECCARIA já havia delatado.

Uma última crítica merece lembrança. Com relação à fase de execução penal é digno de nota o caráter de ressocialização⁴ que a mesma deve carregar, pois ao apenado deve ser oportunizada as devidas condições para um retorno sadio a sociedade, tendo em vista “que o que a sociedade faz pelo delinqüente também é afinal o mais proveitoso para ela” – ROXIN (1998: p.45). Não obstante a Lei de Execuções Penais tenha trazido em seu bojo a idéia da readaptação social do delinqüente, a realidade demonstra que isso não acontece, em razão da própria precariedade e agressividade do sistema prisional, em especial, o brasileiro. Pior, a realidade demonstra justamente o contrário, isto é, que a privação de liberdade degrada a pouca dignidade humana que resta aos detentos e conseqüentemente

⁴ VER DIAS, Figueiredo. **Introdução a criminologia**, p. 61. Pois não é – numa palavra – o delinqüente que pode ou deve ser ressocializado, mas a própria sociedade punitiva que tem de ser transformada.

ainda acarreta um número elevado de reincidência. De acordo com trecho da obra de LOPES (2006: p.17):

É sempre importante destacar que a criminalidade é fenômeno complexo, que decorre de um feixe de elementos (fatores biopsicossociais), onde o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção. Ademais, na expressão de BITENCOURT a "falência da pena de prisão" é inegável. Não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Dessarte, o Direito Penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para os crimes realmente graves. O que deve ser máximo é o Estado Social .

Neste diapasão, extrai-se a seguinte passagem da obra do criminólogo CIRINO DOS SANTOS (2007: p.702):

Na base dessa proposta está a consciência de que *cárceres melhores* não existem – daí, a proposta de *abolição* do sistema carcerário -, mas também a consciência de outras coisas: que toda melhora das condições de vida do cárcere deve ser estimulada, que é necessário distinguir entre *cárceres melhores* e *piores*, que não é possível apostar na hipótese de *quanto pior, melhor* etc. Por tudo isso, o objetivo imediato é **menos melhor cárcere** e **mais menos cárcere**, com a maximização dos substitutivos penais, das hipóteses de regime aberto, dos mecanismos de diversão e de todas as indispensáveis mudanças humanistas do cárcere.

Portanto, é devido aos inúmeros fracassos dos fins da pena privativa de liberdade, do ponto de vista do discurso oficial, que atualmente se postula um novo modelo penalógico, incorporando-se cada vez mais, na sociedade, substitutivos penais como aqueles que foram levantados anteriormente, como, por exemplo, as penas restritivas de direito. Sem dúvida, ainda que ocorra uma ruptura na forma tradicional de punição do Estado, cabe perguntar se as legislações recentes estariam em compasso com essa tendência moderna.

3. POLÍTICA CRIMINAL

3.1 BREVE HISTÓRICO

Devido à ascensão do fenômeno da criminalidade nas últimas décadas é que passa a ter maior relevância na sociedade contemporânea o estudo do direito penal e de outras ciências dedicadas ao crime, como, por exemplo, a criminologia e a política criminal. Pois, de acordo com DIAS (1999: p. 21-22) o delito espelha um fenômeno da patologia social extremamente diversificado, sendo que o seu exame não pode limitar-se à dogmática jurídico-penal.

No mundo contemporâneo, o fenômeno da criminalidade deve ser abordado, pelo menos, sob a ótica da ciência estrita do direito penal, da criminologia e a da política criminal. Assim, fala-se, segundo GOMES e CERVINI (1997: p.26), modernamente em uma ciência globalizadora do direito penal, disposta a estabelecer um intercâmbio entre todas as ciências criminais numa relação de complementaridade. De acordo com GARCIA PABLOS DE MOLINA (2002: p. 164), o direito penal, a criminologia e a política criminal, são ciências que cuidam do delito, embora selecionem seu objeto com critérios autônomos e ostentem seus respectivos métodos e pretensões, constituindo os três pilares do sistema de ciências criminais, inseparáveis e interdependentes.

Nesse contexto, a política como ciência ou arte de governar, apresenta-se como gênero que comporta a política criminal como uma de suas espécies. Segundo o professor CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 453):

A Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade – uma definição comum em textos contemporâneos de criminologia –, enquanto o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação – um conceito generalizado em textos de Direito Penal.

Logo, a política criminal como ciência de governar relacionada ao fenômeno criminal busca orientar as decisões do poder político e/ou criticar essas mesmas decisões quando em confronto com o ordenamento jurídico. Daí ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 132-135) apontarem a dupla função da política criminal, qual seja, de guia e de crítica, sendo do conhecimento geral que toda norma jurídica surge de uma escolha política, sendo que “o bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que indica o fim da norma”. A criminologia, servindo-se de seu método empírico, indutivo e interdisciplinar, será a

primeira fonte de inspiração para a política criminal moderna, vaticinam GOMES e CERVINI (1997: p. 28).

Com fulcro na doutrina de DIAS (1999: p. 27-33), percebe-se que ao se fazer uma breve digressão histórica sobre a relação estabelecida entre a política criminal e o direito penal, são verificáveis três momentos distintos. Num primeiro período a política criminal cumpria o papel de ciência auxiliar da dogmática jurídica penal, sendo que devido ao característico positivismo jurídico da época incumbia ao direito penal delimitar o objeto da política criminal, constituindo nesse Estado de Direito formal a fronteira intransponível da punibilidade. Posteriormente, num Estado social marcado pelo sociologismo jurídico, o Estado atenua as exigências da legalidade formal em benefício do aspecto social, havendo um divórcio entre a dogmática jurídica penal e a política criminal. Mais recentemente, consoante o posicionamento adotado por parte da doutrina moderna, aponta-se para um sistema jurídico penal teleológico, racional e funcional.

O Estado de Direito contemporâneo comporta um sistema jurídico teleológico, racional e funcional, devendo assim, buscar a solução mais justa ao caso concreto, bem como, mais adequada ao sistema jurídico, sem com isso esquecer do primado da segurança jurídica almejada pelo direito penal. Para ROXIN (2002: p. 82-88) isso apenas será viável se na construção da Teoria do Delito houver uma ampla comunicação entre o direito penal e a política criminal; nesta pesquisa, procurou-se ainda ressaltar a importância da relação a ser travada com a criminologia crítica. Portanto, a partir desta perspectiva, qual seja, teleológica, racional e funcional, a política criminal demonstra grande valor na definição das estratégias de controle do fenômeno da criminalidade, o que será aprofundado um pouco mais adiante.

3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

O Brasil e o mundo vêm se deparando com uma desenfreada escalada da criminalidade. Fruto de diversos fatores, o crime, encontra-se presente na vida de todos os indivíduos, ainda que de modo indireto. Ante a ineficiência do Estado em proteger à sociedade nos termos do *caput* do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, é inegável o sentimento de insegurança que atinge a população brasileira. Destarte, o cidadão recebe uma boa dose de estímulo para socorrer-se de mecanismos autônomos tendentes à sua defesa.

Nesta linha, extrai-se a seguinte passagem da obra do criminólogo CIRINO DOS SANTOS (2006: p. 105):

O desequilíbrio da economia do poder e a ineficácia da "tecnologia" do controle social explicam a psicose sócia da "violência criminal": o aumento da repressão e das restrições à liberdade, o reforço da ideologia de "lei e ordem", a ampliação do poder de polícia, o maior rigor do judiciário etc. – especialmente úteis nos períodos de crise econômica, com crescimento das desigualdades sociais, e de crise política, com aumento de reivindicações operárias, de greves etc. (Boujol, et alii, 1978, p. 63; Cirino, 1980, p. 38-52).

Ademais, se por um lado os condenados são privados de sua liberdade no cárcere, por outro os cidadãos "comuns" também são, ao passo que começaram a viver sufocados pelo medo, pois vivem se locomovendo apenas em ambientes fechados, ou seja, dentro de shoppings, mercados, escolas, grandes condomínios residenciais etc. Ressalte-se que o medo desenvolve nos indivíduos uma falsa compreensão da realidade e tolhe quaisquer resquícios de racionalidade, abalando o próprio princípio democrático quando legítimas intervenções equivocadas do Estado na esfera de liberdade individual.

Diante desse triste contexto nasce um clamor social que pretende por meio da compulsiva edição de leis e da fixação de penas mais severas dirimir o complexo problema da criminalidade. Trata-se, segundo GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2002: p. 608), de uma postura "paleorrepressiva" calcada na idéia de "lei e ordem"⁵ encabeçada pelos Estados Unidos da América. A título de ilustração tem-se a famosa Lei dos Crimes Hediondos que, em boa parte, é produto de um seqüestro que causou grande repercussão na época dos fatos. Parece que outras leis mais recentes⁶ acompanharam a "*mens legis*" incorporada pela Lei dos Crimes Hediondos. De acordo com MESTIERI (1992):

sucedeu que em algum momento, em algum sutil momento, insinuou-se em nossa Constituição de 1988, uma técnica menor, uma visão legislativa divorciada, de modo quase absoluto, de toda a evolução histórica e filosófica já sofrida e experimentada. Na mesma Constituição, para proteger-se determinados direitos e relações, realmente fundamentais, acreditou-se que o melhor meio fosse tornar os correspondentes crimes inafiançáveis, imprescritíveis etc. Na esteira desse pensamento, tornado lei maior, editaram-se, no Brasil, leis inacreditáveis, como a dos crimes hediondos, fazendo tabula rasa dos institutos da anistia, graça e indulto, da fiança, da liberdade provisória, e dos regimes de cumprimento de

⁵ Ver FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28-34. "Para alimentar, portanto, o discurso da law and order, é preciso que se criem tipos penais novos, apesar de serem suficientes os já disponíveis, que se elevem as penas ao máximo, apesar de que todos, que sejam bem informados, saibam que não comportam efeito especial algum; que se suprimam, em geral, os direitos dos detidos e processados, apesar de que somente se queira afetas a um reduzido número de suspeitos; que se introduzam leis especiais para os terroristas e medidas penitenciárias especiais que ofereçam severas reservas de constitucionalidade" (citando Hassemer, Fundamentos Del derecho penal, 1984, p. 94).

⁶ Ver: Lei n.º 10.826/03, Lei n.º 10.792/03, Lei n.º 11.340/06, Lei n.º 11.466/07, dentre outras.

pena. Esqueceu-se, ou sequer sabia-se, do fato de que tais institutos referem-se ao homem e não à qualidade do fato por ele praticado. E não é apenas no plano legislativo concreto que se põem tais questões. A ameaça é muito maior. Pretende-se construir, sem dúvida, um direito penal órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriados pela humanidade, em homenagem a um tratamento sintomático do crime. O absurdo é tão enorme que enquanto nos meios científicos adiantados advoga-se a supressão da pena de prisão, aqui pretendemos a volta da pena de morte, porque ela sim é capaz de intimidar os delinquentes.

O professor CIRINO DOS SANTOS (2006: p.122-123) destaca:

Por outro lado, a legitimação da política penal oficial perante a opinião pública compreende processos psicológicos representados pelas teorias vulgares da criminalidade, pelo estereótipo do criminoso etc. e processos ideológicos representados pela ideologia de "lei e ordem", pelos "mitos" da igualdade legal e da proteção geral, pelos sentimentos de "unidade" na luta contra o "inimigo comum" (crime) etc.

Sem sombra de dúvida, a partir da década de 1990 aflorou na sociedade brasileira um direito penal simbólico, vez que, no Brasil, é flagrante o reducionismo do fenômeno da criminalidade a mera letra da lei. Conforme argumenta PÁDUA (2005) "estes exemplos são a mostra cabal de que o sentimento triste de que nos enche o medo exerce decisiva influência nos rumos político-criminais dados ao país, principalmente após a redemocratização na década de 1980". Acerca dessa "panacéia legal", o processualista LOPES (2006: p.31) levanta:

Nesse complexo contexto, o Direito é diretamente atingido, na medida em que é chamado a (re) instituir o elo social e garantir a segurança jurídica. Multiplicam-se os direitos subjetivos e implementam-se uma série de novos instrumentos jurídicos. O sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização, do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do Direito Penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma de ameaça. Não se edifica uma ordem social apenas com base na repressão. Acompanhando a síntese de OST, o endurecimento da norma penal é reflexo da urgência, que descuida do passado e fracassa na pretensão de obrigar o futuro. Os programas urgentes, contudo, permitem resultados rápidos, visíveis e midiaticamente rentáveis, mas com certeza não se institui nada durável numa sociedade a partir, unicamente, da ameaça de repressão.

Nesse diapasão, CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 699):

No Brasil, exemplo de efeitos reais resultantes da ação do poder político sobre a *imagem da criminalidade* através dos meios de comunicação de massa sobre a opinião pública, é a *legislação penal de emergência* dos anos 90, que introduziu os conceitos de *crime organizado*, de *delação premiada*, de *agente infiltrado* e outras, com a conseqüente supressão ou redução de direitos e garantias democrática do processo penal.

Segundo LOPES (2006: p. 14-15):

Salta aos olhos que o modelo de tolerância zero é cruel, desumano e totalmente aético. Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é eficientíssima quando se trata de prender e arrebanhar hiposuficientes. Nos países da América Latina a situação é ainda mais grave.

Assim, cria-se por meio do direito penal simbólico uma doce esfera de ilusão que em nada contribui para a redução da criminalidade. Aliás, mascara e agrava o problema. De acordo com PRITTWITZ (2004: p. 33):

não se pode, com o direito penal, resolver todos os problemas, talvez nem mesmo muitos, talvez apenas alguns problemas específicos, pelo contrário, pode-se até intensificar os problemas que se pretende resolver por meio do direito penal, devido à aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal.

Nesta seara, lembre-se da preciosa lição de RADBRUCH (1997: p. 324):

Poderia até acontecer o contrário e verificar-se que o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio direito penal. Nesse dia a sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação dum direito penal melhor do que o actual, mas dum direito de melhoria e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele.

Nesta esteira de raciocínio, transcreve-se trecho extraído de obra organizada por ANDRADE (2002: p.16):

d) O sistema penal gera muito mais conflitos do que aqueles que pretende resolver. Na verdade o sistema punitivo não resolve os conflitos existentes na sociedade, ele os reprime. Dessa forma, muitas vezes os conflitos alcançam uma dimensão mais grave do que se fossem resolvidos pelos envolvidos na situação, no momento em que ele surge. Por outro lado, o custo social da intervenção penal produz novos conflitos, muitas vezes piores dos quais se reprimiu. Um exemplo disso é o contágio da generalização das etiquetas que acompanham toda a família do condenado (ANIYAR DE CASTRO, 1983, P. 106).

De igual modo, LOPES (2006: p.18):

O *law and order* é pura propaganda enganosa, que nos fará mergulhar numa situação ainda mais caótica. É mais fácil seguir o caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionais e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade. Legislar é fácil e a diarreia legislativa brasileira é prova inequívoca disso.

No mesmo sentido, CHRISTIANO FRAGOSO, em artigo sobre a vedação de progressão de regime imposta pela Lei dos Crimes Hediondos assevera:

A doutrina mais esclarecida tem demonstrado que a pena não pode ser usada como meio de reforçar a crença da sociedade no direito, nem tem a incumbência de fazer funcionar a sociedade. Não é com pena que se resolve criminalidade, nem muito menos problemas sociais. Como bem diz **Zaffaroni**, a pena não soluciona conflitos, apenas podendo, quando muito, suspendê-los. Por isso, deve-se trabalhar pela contenção de toda e qualquer disposição permissiva de poder punitivo que não passe pelos filtros de constitucionalidade, legalidade e racionalidade, como era o caso da vedação à progressividade (que, embora legal, era inconstitucional e irracional).

Na verdade, a criminalidade representa um desafio bem mais amplo e complexo do que a suposta insuficiência de leis penais, pelo contrário, o país tem leis de sobra⁷. Neste diapasão, TOLEDO (2000: p. 05):

O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente.

A mídia influencia nesse mesmo sentido, ou seja, faz coro com o protesto da sociedade e ainda pressiona os três poderes, sobretudo o legislativo, para que tomem as devidas providências no combate ao crime. Basta ver a quantidade de programas televisivos que sobrevivem da violência. Tanto a mídia como a sociedade, pedem pelo endurecimento das penas, clamam por novas tipificações, pelo agravamento da execução penal etc.

O Poder Legislativo, legitimado pelo povo, passa, de modo atabalhado e irrefletido, a editar inúmeras leis penais. Conforme expõe CHRISTIANO FRAGOSO:

De outra parte, o apego a concepções autoritárias quanto aos fins da pena contribui, como pano de fundo, para que gerassem exegeses salvacionistas de normas incriminadoras. Pressupõe-se a legitimidade constitucional de normas incriminadoras, quando o correto seria precisamente o oposto. A política criminal brasileira tem sido exercida por agências do sistema penal influenciadas pelos arautos das oligarquias controladoras da mídia, que insuflam o medo em praticamente todas as camadas sócio-econômicas (do pobre ao rico) e políticas (da esquerda [punitiva, como diz **Maria Lucía Karam**] à direita [penal, como ressalta **Nilo Batista**]). Cria-se um direito penal do terror, com a incumbência inalcançável de ser uma panacéia para supostos males sociais. Esta desmedida expansão do poder punitivo leva a uma política criminal do inimigo e exacerba a seletividade do sistema penal, contribuindo para o imobilismo social. E pior: esse furor de maximização de poder punitivo logra adquirir vestes de saber jurídico, aninhando-se, em busca de legitimação, no seio de teorias de prevenção geral positiva, que vêem a pena como uma medida necessária ao reforço da crença na autoridade do direito, que é argumento inesgotável para o incremento da resposta penal. Por isso, conscientemente ou não, as teorias de prevenção geral positiva são campo fértil à legitimação do discurso punitivista, com a conveniência adicional de que elas renunciam antecipadamente à comprovação empírica de seus fins anunciados (tentando evitar as críticas que derrubaram as demais teorias). Assim, o poder punitivo fica livre, sem o incômodo de ter que comprovar a consecução prática do fim anunciado.

Com efeito, essa inflação legislativa acarreta um aumento do Direito Penal de modo que o Estado de Polícia se expande e o de Direito diminui⁸. Nesse sentido,

⁷Ver: DOTTI, René Ariel. **A política de segurança pública e o estatuto do desarmamento**. Atualmente, a legislação especial que trata de matéria criminal, quer criminalizando ou neocriminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já existentes, ou, ainda, abordando aspectos relativos à aplicação ou extinção de penas, alcança o expressivo número superior a 120 (cento e vinte) diplomas.

⁸ Ver: FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, P. 44. "As conseqüências de uma guerra, sem quartel, contra determinados delitos e certas categorias de delinqüentes, serviram para estiolar

DOTTI (2005) destaca que essa hiperinflação legislativa se torna responsável por um tipo de direito penal do terror que:

[...] se destaca em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema punitivo. A primeira, fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões; a segunda, anarquiza os meios e os métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela ausência de um programa definido de Política Criminal.

Recentemente, sustenta-se até mesmo a criação de um direito penal do inimigo, que, na verdade, é um “não direito”, visto que se pauta em uma lógica de guerra que desconsidera o indivíduo enquanto sujeito de direitos – GOMES (2004). Os legisladores parecem ter esquecido e a sociedade pseudo-organizada desconhece, que o direito penal é verdadeiro soldado de reserva que somente deve entrar em ação quando os demais ramos do direito falharem. Aliás, é isso que confere ao direito penal o caráter subsidiário, aspecto que mais a frente será desbravado.

Portanto, se abre espaço para uma reflexão em que se opõem: a expansão do direito penal, *versus* a sua intervenção mínima, teleológica e racional, consoante a postura garantística do moderno Estado Democrático de Direito. No devido momento caberá analisar qual a tendência adequada da política criminal moderna, assim como, os princípios de direito penal que a orientam em sua missão. Antes, porém, a política criminal deverá ser enfrentada sob a perspectiva do sistema jurídico.

3.3 SISTEMA JURÍDICO TELEOLÓGICO, RACIONAL, FUNCIONAL E POLÍTICA CRIMINAL

Passada a fase correspondente à evolução trilhada pela política criminal para ocupar o seu atual posto, bem como, sua contextualização na sociedade brasileira, e firme a noção de que o direito penal e a política criminal ao invés de se oporem devem se complementar. Compete, agora, expor uma definição de política criminal e em seguida traçar as formas com que ela deve interagir com o sistema jurídico teleológico, racional e funcional.

BATISTA (2002: p. 34-38) concorda que a política criminal não pode mais ser reduzida ao papel coadjuvante de ciência que apenas presta auxílio ao direito penal,

direitos e garantias constitucionais e para deteriorar o próprio direito penal liberal, dando-se azo à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário”.

limitada a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas. Para o referido jurista, ela encerra um conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. Ademais, levando em conta o fracasso da pena privativa de liberdade do ponto de vista do discurso oficial, a política criminal, deve postular uma permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal. Assim, conforme ensina ROXIN (1998: p.53), constitui o ponto de partida de qualquer programa político criminal, questionar qual a função e justificação do poder penal do Estado.

Segundo preciosa lição do jurista alemão ROXIN (1998: p. 82) os conceitos básicos da estrutura do delito além de serem penetrados, devem ser determinados e cunhados pelas proposições da política criminal, vez que no moderno Estado de Direito o penalista não pode mais ser considerado um mero fazedor de silogismos como outrora fora visto. Aliás, ROXIN (1998: p. 08) já alertava para o perigo de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas, ao automatismo dos conceitos teóricos sem observância das peculiaridades do caso concreto.

De acordo com DIAS (1999: p. 37-40), os operadores do direito devem trabalhar com uma dialética fundada no “sistema” e no “problema”, combinando valores (axiologia) conjuntamente com a funcionalidade teleológica da norma incriminadora. Nesse sentido GOMES e CERVINI (1997: p.29) falam numa nova postura metodológica da dogmática que interprete e sistematize o direito positivo considerando as postulações político-criminais e ainda as próprias lacunas do direito. Daí revelar-se a política criminal a pedra de toque de todo o discurso legal-social da criminalização ou descriminalização.

Portanto, com fulcro na doutrina de ROXIN (2002: p. 47) a política criminal deverá estar presente nos três estratos do conceito analítico do delito, quais sejam, tipo, antijuridicidade e culpabilidade. No âmbito do tipo penal, a política criminal orienta que a precisão do legislador na descrição das condutas puníveis é de fundamental importância num Estado Democrático de Direito e traduz o princípio do *nullum-crimen*, além do que dada a natureza fragmentária do direito penal o intérprete deveria interpretar restritivamente os tipos penais, contribuindo, desse modo, para a redução da criminalidade em nosso país ou da criminalização. Já com relação à antijuridicidade a política criminal aponta como sua função primordial a solução social de conflitos, devendo encontrar a harmonia entre liberdade individual e necessidade social. Por fim, a culpabilidade vem cunhada político-criminalmente

pela teoria dos fins da pena, cabendo responder a seguinte pergunta: dado comportamento errôneo merece uma pena? É reprovável?

Destarte, nesse novo modelo proposto por ROXIN, a aplicação do direito penal fica adstrita a teleologia e as valorações da política criminal, que por sua vez irá definir os limites da punibilidade, lançando luzes sobre os efeitos advindos da aplicação do próprio direito penal. Uma política criminal eficiente deve se estruturar sobre bases sólidas, como, por exemplo, as que serão expostas no próximo subitem.

3.4 AS BASES PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL EFICIENTE E AS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A orientação político-criminal e jurídica, de grande parte da doutrina, é colidente com o diagnóstico antes exposto de expansão do direito penal na solução de conflitos sociais. Ante a infeliz realidade brasileira, o sistema jurídico-penal deverá ser cunhado pelas orientações a seguir explanadas.

De acordo com DOTTI (2005):

a Política Criminal é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado procura prevenir e reprimir as infrações penais, além de propor condições para a harmônica integração social do condenado. Em síntese, é a *sabedoria legislativa* do Estado para realizar esses objetivos.

Para BARATTA (2002: p. 201) não se pode reduzir a política criminal a uma política meramente penal, pois dentre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é o mais inadequado. Para o mesmo jurista uma política criminal deve ser “uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas”. Como anteriormente assinalado nesta pesquisa, RADBRUCH (1997: p. 324) assevera que é preciso encontrar qualquer coisa melhor que o direito penal. Como bem esclarece CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 708):

juristas e criminólogos críticos também sabem que a única resposta para o problema da criminalidade é a *democracia real*, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa da população, a única riqueza do Estado, como organização política do poder soberano do povo.

Assim, segundo DOTTI (2005), uma política criminal eficiente deve atuar em duas frentes: a) fortalecimento das instâncias materiais (família, emprego, educação etc) e b) aprimoramento das formais (polícia, poder judiciário, leis etc).

Em razão da amplitude e do aprofundamento exigidos por uma pretensa política criminal eficiente na prevenção do delito é que GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2002: p. 456) traça algumas diretrizes a serem incorporadas por essa política criminal, sendo que a primeira lição apresentada pelo autor revela a impossibilidade da erradicação do crime, uma vez que é possível apenas controlá-lo razoavelmente. Seria uma utopia querer extirpar das relações de coexistência humana o conflito social. Nesse sentido, FRANCO (1992: p. 46-48), ensina que:

A 'luta contra o crime' constitui, hoje, em nível dogmático, matéria já superada. Não é mais possível afirmar que o delito significa um dano inquestionável para a sociedade; que o delinquente é um fator negativo e disfuncional no sistema social e que, portanto, o comportamento delitivo constitui um 'mal' e a sociedade, o bem"; [...] "temos de acostumar-nos, pouco a pouco, a tolerar e assumir uma dose maior de comportamentos desviados do consenso geral, construindo uma sociedade mais livre, racional e tolerante"; [...] "o crime é a outra face da convivência social. Por isso acompanhará indefectivelmente o ser humano e qualquer estrutura social.

Ainda de acordo com GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2002: p. 456-457), qualquer política criminal séria deve estar preocupada com as causas do delito e, como estas, geralmente, são de ordem estrutural, reclamam mudanças profundas, sendo que apenas uma política a médio ou longo prazo poderá surtir efeitos na redução da criminalidade. Em outras palavras, o autor se refere à intervenção nas causas do crime, produzindo menos criminalidade, antes de procurar somente obstaculizá-la.

Como anteriormente exposto, ficou claro que, atualmente, a sociedade clama por repressão, pela aplicação de penas mais duras. Todavia, a política criminal deveria guiar-se pela máxima contração do direito penal. Consoante a política criminal alternativa de BARATTA (2002: p. 204), o cárcere em razão de seu fracasso deveria ser extinto. Um dos aspectos do insucesso da privação de liberdade é a não ressocialização do aprisionado. Portanto, se no presente momento a extinção da prisão, como BARATTA desejava, parece inviável, que a mesma, ao menos, seja utilizada na medida de sua extrema necessidade.

Nesta linha de raciocínio, CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 703) assinala que:

O *Direito Penal mínimo* é expressão de princípios políticos e de princípios jurídicos que definem os fundamentos do programa de política criminal da *Criminologia crítica* para as sociedades capitalistas. Considerando esses princípios, o programa de reforma penal da *Criminologia crítica* propõe mudanças em duas direções principais: a) no **sistema de justiça criminal**, um programa de *descriminalização* e de *despenalização* radicais, como alternativa necessária para reduzir o Direito Penal ao mínimo possível; b) no **sistema carcerário**, um programa de *descarcerização* radical, como alternativa necessária para *humanizar* as condições de vida no cárcere ao máximo possível.

Modernamente, percebe-se o caráter constitutivo do direito penal, criando e rotulando certas pessoas como criminosas. Destarte, é que se faz útil à lição de GARCÍA PALBOS DE MOLINA no sentido da necessidade de produzir menos criminalidade, isto é, evitar a reincidência, evitar a estigmatização e conseqüentemente evitar a pena privativa de liberdade quando dispensável.

Por fim, BARATTA (2002: p. 205) demonstra estar enraizado na cultura brasileira um processo ideológico que legitima o poder punitivo exercido através do direito penal, que, por sua vez, mostra-se desigual, operando indevidamente como instrumento de controle e seleção, conforme apontado no primeiro capítulo. Deve ser repudiado tal processo ideológico, vez que satisfaz apenas aos interesses da classe dominante, ampliando a desigualdade social, ou seja, a sociedade deve ser preparada para superar a cultura capitalista de produção e distribuição de riqueza. Quanto a essa seleção PRITTWITZ (2004: p. 35-40) ainda adverte para tendência moderna em escolher novos destinatários para o sistema punitivo, criando-se um contramodelo do direito penal, um modelo que tem em mira justamente os poderosos e fortes da política e da economia.

As bases aqui levantadas convergem para a mesma direção das vigas mestras que sustentam o direito penal, quais sejam, os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e da subsidiariedade, que serão no próximo subitem alvo de estudo detalhado.

3.5 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

A fragmentariedade do direito penal como corolário do princípio da intervenção mínima e do princípio da legalidade é revelada na forma como o direito penal atua, qual seja, na descrição abstrata dos tipos penais, sendo que todo o “resto” será considerado um indiferente penal. De tal modo que segundo ensina LOPES (1999: p. 93-94) “esse princípio impõe que o direito penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.

Contudo, lembra CAPEZ (2001: p. 21), que não deve o intérprete ficar cingido as descrições frias e impessoais traçadas pelos tipos penais, pois num país multifacetário como o Brasil, deve o operador do direito ir buscar elementos na realidade e peculiaridades do caso concreto, em sua tarefa de distribuir justiça.

Conforme expõe LOPES (1999: p. 93-94), BINDING já apontava que o direito penal se apresenta como um sistema descontínuo na medida em que seleciona os

bens jurídicos mais relevantes em nossa sociedade para que fiquem sob sua guarda e, por outro lado, que o poder punitivo apenas irá sancionar aquelas condutas mais graves praticadas contra os referidos bens, uma vez que nem todas as condutas lesivas aos bens jurídicos são vedadas pelo sistema penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele tutelados. Neste sentido, o professor CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 05) pontua:

2. Contudo, a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza *subsidiária e fragmentária* – e, por isso, se diz que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção *subsidiária* porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos na Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.

Portanto, percebe-se a importância política da fragmentariedade no redimensionamento do direito penal em uma sociedade mais pluralista e mais tolerante. Além do mais é constatável que o caráter fragmentário do direito penal conduz à intervenção mínima e subsidiária do sistema punitivo.

3.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Consoante ao que já foi desenvolvido nesta pesquisa, o caráter da intervenção mínima do direito penal remonta a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 8º determina: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”, [...] “punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime”, neste diapasão LUISI (2003: p. 39). O princípio da intervenção mínima, portanto, segundo LOPES (1999: p. 92) surge em resposta ao absolutismo da época, “aparece como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi*”.

Mesmo não sendo previsto de modo explícito na Constituição Federal de 1988, é possível extrair do bojo da Carta Magna o princípio da intervenção mínima, devendo o mesmo ser obedecido, sob pena de se afrontar uma norma materialmente constitucional. A Constituição de 1988, embora não tenha expressamente consagrado o princípio em apreço, assegurou a inviolabilidade do direito à liberdade, à vida etc; e ainda estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, conduzindo assim, inevitavelmente, para a idéia que espelha o princípio da intervenção mínima sob a perspectiva de um direito penal liberal.

Conforme constata ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 80), o poder punitivo carrega em si um certo grau de violência, de irracionalidade, de tal modo que deve ter seu uso limitado, bem como, diminuído seu nível de irracionalidade. Os doutrinadores apontam que no contexto latino-americano se faz mais presente o desrespeito ao princípio da intervenção mínima, em razão da América sofrer constantes agressões em seus direitos humanos, o que acaba culminando em um aumento da violência.

Em decorrência do peso que tem a aplicação de uma sanção penal na vida de uma pessoa é que a pena deve ficar reservada somente aqueles casos cujos demais ramos do direito falhem, quando demonstrarem serem insuficientes e ineficazes. De acordo com ROXIN (1998: p. 57):

Não se pode castigar – por falta de necessidade - quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinqüente garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos, e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que se renunciar – por falta de idoneidade - à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.

Pois, será incorreta a criminalização quando a tutela de determinados bens jurídicos puder ser realizada por outras formas sancionatórias, como, por exemplo, administrativa ou civil.

Como anteriormente apontado, o crescimento desmedido do uso das normas incriminadoras em resposta a escalada da criminalidade tem alarmado os penalistas de todo o mundo. Assim como aquele remédio utilizado abusivamente para cura de determinada doença, gradativamente, para de produzir seus efeitos, também a excessiva utilização do direito penal, faz com que a norma penal se desvalorize perante a sociedade, perdendo parte de sua credibilidade e força intimidadora, desta LUISI (2003: p. 42), condenando o sistema penal a uma função meramente simbólica.

De modo arguto, LOPES (2006: p. 136) destaca:

É interessante o infundável ciclo que se estabelece: o Estado se afasta completamente da esfera social, explode a violência urbana. Para remediar, tratamento penal para a pobreza. Diante da banalização do Direito Penal, maiores serão a ineficiência do aparelho repressor e a própria demora judicial (em relação a todos os crimes, mas especialmente dos mais graves, que demandam maior dose de tempo, diante de sua complexidade). Entulham-se as varas penais e evidencia-se a letargia da Justiça Penal. Nada funciona. A violência continua e sua percepção amplia-se, diante da impunidade que campeia. Que fazer? Subministrar doses ainda maiores de Direito Penal. E o ciclo se repete.

Em razão do uso desmedido do direito penal, o que FOCAULT (2000: p. 63) chama de “punição generalizada”, surge na Itália em 1967 e logo em seguida por

todo o mundo, um esforço em direção a uma deflação penal, representada por medidas de despenalização, descriminalização, desjudicialização, descarcerização, assim como, o estudo dos crimes de bagatela e do princípio da insignificância. Deste modo, GUIMARÃES (2001: p. 77) pontua: “o que ontem sustentava a categoria de bem jurídico tutelado pelo direito penal pode hoje prescindir dessa intervenção, na medida em que outros meios surjam mais eficientes para debelar os desvios sociais e para garantir aquele valor”, ou seja, o direito penal com os seus “olhos” voltados para a realidade deve estar constantemente sendo atualizado.

Todavia, como bem ensina GUIMARÃES (2001: p. 78):

a menor intervenção penal, antes de significar um corte radical do direito penal, ou sua completa negação, a maneira que propugna Hulsman, é a idéia representativa de uma atuação sensata do Estado, voltado a proteger penalmente os bens relevantes da comunidade.

Sensatez que, essencialmente, deverá estar pautada nos critérios da necessidade e da proporcionalidade.

Em suma, propõe-se ao legislador que se abstenha de incriminar o que puder ser dirimido fora do campo de incidência do direito penal; e ao intérprete, que rejeite enquadramento típico às condutas insignificantes, entendimento encontrado em CAPEZ (2001: p. 21), na medida em que de acordo com FRANCO (1992: p. 33) “a luta contra o delito é também o programa de uma concepção de história da Filosofia que aspira a lograr algum dia uma sociedade em que não sejam necessários nem o Estado, nem o Direito”.

3.7 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade, característica basilar do direito penal, confronta-se com a postura capitaneada pelo movimento de lei e ordem, uma vez que a expansão do direito penal faz com que ele perca seu caráter fragmentário, subsidiário e minimamente interventivo, ao passo que adquire equivocadamente o aspecto de norma de atuação primária e imediata. O direito penal ao invés de ultima *ratio* passa a ser a primeira.

Portanto, o princípio em comento caminha na mesma direção dos princípios que a pouco foram aventados. Consoante a idéia do direito penal como verdadeiro soldado de reserva, tal princípio significa segundo LOPES (1999: p. 94-95) que “antes de se recorrer ao direito penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social”. No mesmo sentido GUIMARÃES (2001: p. 39) assevera que “o

princípio da subsidiariedade, nos reconduz ao entendimento de que o direito penal só intervém ali onde outros meios de controle social, principalmente jurídicos, não se mostrem suficientes". Já BATISTA (2002: p. 86), fala em direito penal como "remédio sancionador extremo" que atua quando os demais ramos do direito falhem.

Dentro dessa perspectiva, BRETAS (2006: p. 36) enfatiza:

Todavia, conforme foi dito alhures, muitas vezes, as criações humanas acabam se desvirtuando dos reais propósitos para os quais foram projetadas. As leis não resistiram. Embora tenham sido criadas com o intuito de limitar a força do Estado, o que se tem assistido, no mais das vezes, é que as leis estão, cada vez mais, sendo utilizadas como instrumentos de repressão e do arbítrio estatal. Nos últimos tempos, tem-se observado uma inflação legislativa que instrumentaliza a tirania penal do Estado. As leis, outrora criadas como garantias do cidadão, hoje voltam-se contra eles. A fim de coibir essa deturpação, surgem manifestações como o *Movimento Antiterror*, como bem retrata DOTTI. Com efeito, devem haver limites à proliferação desenfreada de uma legislação aterrorizante. Precisamente aí tem lugar o princípio da secularização. Neste sentido, CARVALHO ensina que "como critério externo ao direito, o princípio da secularização delimita a atividade legiferante estabelecendo, político-criminalmente, um programa de intervenção mínima". Aliás, a minimalização do direito criminal foi bem observada pelo professor D' AQUINO, quando asseverou que "as lesões a bens jurídicos, somente devem ser submetidas à pena, sobretudo à privativa de liberdade, quando isto for indispensável ao resguardo da vida comunitária". Entretanto, lamentavelmente, observa-se outra realidade.

Em razão disso é que precisa ser visto com reservas o trabalho do Poder Legislativo na elaboração de leis penais mais severas, como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei Maria da Penha, a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, o Estatuto do Desarmamento, dentre outras legislações repressivas, pois com razão LOPES (2006: p. 20) argumenta que "o movimento da lei e ordem, em nome da liberdade, acaba aprisionando; em nome da ordem pública, sacrifica o individual e estabelece o autoritarismo; em nome da justiça, pratica a exclusão e a intolerância, as mais graves das injustiças".

Ademais, a demanda ao Poder Judiciário, em especial, a Justiça Penal, é demasiadamente superior a sua própria capacidade operacional, gerando assim graves conseqüências, como, por exemplo, a demora na prestação na tutela jurisdicional com a respectiva perda de qualidade. Destarte, para adequar a Justiça às suas finalidades, impõe-se segundo GOMES (2000: p. 56-57), uma apreciável "deflação penal", que, por sua vez, será efetivada pelos processos de descriminalização, despenalização, descarcerização etc.

3.8 POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA: NOVOS HORIZONTES

Como afirmado no início da presente pesquisa, o direito deve acompanhar o caminhar da sociedade, portanto, faz-se necessário repensar o direito penal a partir de novos paradigmas, principalmente, por que já se constatou que o modelo atual não vem correspondendo aos anseios de grande parte da população. Neste sentido, CIRINO DOS SANTOS (2006: p. 115-116):

A discussão tradicional sobre alternativas à prisão – normalmente, sobre custos relativos entre formas tradicionais e novas formas de controle – proclama a necessidade de métodos mais adequados que o encarceramento, com as exceções costumeiras de criminosos violentos, psicopatas etc. A redefinição de estratégias de controle social passa pelas medidas de descriminalização e despenalização para se consumir em políticas de substitutivos penais, com a suspensão condicional da pena, livramento condicional, formas não institucionalizadas de sanção penal etc., em um movimento da prisão para a comunidade, definido na relação "desencarceramento/tratamento comunitário" (Mathews, 1979, p. 100-15).

3.8.1 Descriminalização

Primeiramente, é de grande valia a lição de GOMES (1997: p. 71-72) ao afirmar que modelo de política criminal, movimentos político-criminais e processos político-criminais, não se confundem. Para o referido jurista os modelos de política criminal se resumem, genericamente, a três: o liberal, o autoritário e o totalitário. Já os movimentos político-criminais giram em volta da resposta contra a conduta desviada, podendo ser intervencionista ou não-intervencionista. Por fim, GOMES entende que os processos político-criminais correspondem aos caminhos pelos quais se concretizam os movimentos criminais, como, por exemplo, pela via da criminalização ou da descriminalização.

Como opção metodológica para uma correta compreensão do objeto de estudo, em se tratando de processos político-criminais, deve o pesquisador procurar trabalhar com os binômios: criminalização/ descriminalização, penalização/ despenalização, carcerização/ descarcerização etc.

Entende-se por criminalização o processo que reconhece formalmente a antijuridicidade de uma conduta (ação ou omissão), descrevendo-a como infração penal ou transformando-a de contravenção em delito, em outras palavras, representa a inserção no ordenamento jurídico-penal de um novo valor a ser tutelado, conforme pontua GOMES (1997: p. 101-102). Entretanto, sob a perspectiva de um direito penal liberal e que intervém minimamente, deve a criminalização ficar restrita aos casos mais graves e de maior necessidade.

Por outro lado, muitas condutas delituosas presentes no seio da sociedade brasileira deveriam ser revistas a exemplo do adultério que foi descriminalizado no ano de 2005. O direito penal deve se atualizar, acompanhando as mudanças culturais, sociais e morais da própria sociedade, e um dos mecanismos que permite o ajuste do direito penal aos anseios sociais, é a descriminalização de certas condutas.

Segundo PIERANGELI e ZAFFARONI (2002: p. 357) a descriminalização “é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal”. Afirma o catedrático argentino que a descriminalização pode retirar apenas o caráter de ilícito “penal”, ocasião em que poderão intervir os demais ramos do direito. Também poderá a descriminalização extirpar integralmente o caráter ilícito de determinado comportamento, passando tal conduta a ser considerada lícita perante todo o ordenamento jurídico, o que GOMES designa de descriminalização global.

Vislumbra-se a descriminalização em dois planos: o legislativo e o judicial. Quando o legislador, por meio de uma lei, resolve retirar do âmbito do proibido uma determinada conduta, ocorre a chamada *abolitio criminis*. Essa forma de proceder, geralmente, justifica-se em virtude de uma prévia descriminalização fática, como por exemplo, nos casos em que a população não mais repugna tal conduta, entendimento trazido na obra de PIERANGELI e ZAFFARONI (2002: p. 357). Enquanto no plano judicial, a descriminalização, de acordo com GOMES (1997: p. 108), revela-se na possibilidade da análise dos princípios limitadores do poder punitivo no exato momento de aplicação da lei penal, podendo assim, o juiz reduzir o âmbito do proibido, pois atuou, por exemplo, observando o princípio da intervenção mínima ou o da insignificância.

Atualmente é incontestável a existência de algumas áreas desprotegidas pelo direito que precisam ser tuteladas juridicamente, *verbi gratia*, a da genética e a da informática. Porém, tal tutela deve acontecer nos limites do traçado pelos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade etc.

Acerca da descriminalização, o professor CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 703-704), aponta quatro frentes de atuação:

Em primeiro lugar, a *descriminalização* é indicada em todas as hipóteses (a) de crimes punidos com detenção, (b) de crimes de ação penal privada, (c) de crimes de ação penal pública condicionada à representação e (d) de crimes de perigo abstrato – sob os seguintes fundamentos: a) violação do princípio da insignificância, por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente; b) violação do princípio de *subsidiariedade* da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não penais; c)

violação do princípio da *idoneidade da pena*, que pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas não penais; d) violação do *primado da vítima*, que viabilizaria soluções *restitutivas* ou *indenizatórias* em lugar de punição.

Em segundo lugar, a *descriminalização* é indicada nos *crimes sem vítimas*, como o auto-aborto (art. 124, CP), o aborto consentido (art. 125, CP) e outros crimes da categoria *mala quia prohibita*, sob os seguintes fundamentos: a) violação do princípio da criminalização exclusiva da *lesão de bens jurídicos individuais* definíveis como *direito humanos* fundamentais; b) violação do princípio da proporcionalidade concreta da pena, porque a punição agrava o problema social, ou produz custos sociais excessivos, especialmente em condenados das classes sociais subalternas, objeto preferencial da repressão pena.

Em terceiro lugar, a *descriminalização* é indicada nas hipóteses de crimes *qualificados pelo resultado*, como a lesão corporal qualificada pelo resultado de morte (art. 129, §3.º, CP), sob o fundamento de violação do princípio da *responsabilidade penal subjetiva*, como imputação de responsabilidade objetiva originária do velho *versari in re illicita* do direito penal canônico, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Em quarto lugar, a *descriminalização* é indicada nas hipóteses do denominado *direito penal simbólico*, produzido pela crescente administrativização do Direito Penal, como uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de obrigações públicas, em especial nas áreas tributária, societária e ecológica, substituídos por *ilícitos administrativos e civis* dotados de superior eficácia instrumental e social.

Assim, a partir do choque entre a criminalização e a descriminalização, é que, na presente monografia, procura-se instigar a reflexão a respeito da elaboração de leis penais cada vez mais severas como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei Maria da Penha, o Estatuto do Desarmamento que endureceu o regime da antiga Lei de Armas etc. Segundo CERVINI, citado por GOMES (2000: p. 55) “devem ser descriminalizadas as condutas previstas em tipos penais que conflitam com a Constituição”, como, por exemplo, o conflito entre a presunção de perigo e a de inocência.

3.8.2 Despenalização

Em se tratando de despenalização, para uma compreensão correta da matéria, novamente se recomenda trabalhar com a perspectiva dialética: penalização/ despenalização. A forma de penalização mais comum na sociedade ainda é a cominação da pena privativa de liberdade para os que incorram num ilícito penal, ou seja, aplicar a pena de prisão aos que delinqüirem.

Segundo GOMES (2000: p. 58), penalizar “consiste em adotar alguma reação formal para controlar determinada conduta desviada”, sendo que o processo de penalização pode operar-se tanto no âmbito do direito como no campo fático. O neo-retribucionismo partilha desse ideal, vez que de acordo com GOMES (1997: p. 77)

“ele joga em favor da criminalização, da punição, da prisão, da penalização”, não se perguntando da justiça da norma penal, esta devendo ser observada, independentemente de sua coerência social.

De outra sorte, ZAFFARONI e PIERANGELI (2002: p. 358) asseveram que “a despenalização é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade”. Nesta linha, mostra-se oportuna a lição de CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 512):

A flexibilização do sistema punitivo brasileiro, com a introdução das penas *restritivas de direito*, é produto da assimilação de críticas irrefutáveis sobre as inconveniências da prisão, que destacam os efeitos prejudiciais da pena privativa de liberdade sobre condenados primários ou ocasionais, ou sobre autores de crimes irrelevantes, pela exposição a práticas de corrupção, sevícias e degradação pessoal e moral, sintetizadas no conceito de prisionalização.

Segundo ensina GOMES (1997: p. 111) despenalizar

consiste em adotar processos substitutivos ou alternativos, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito do fato, dificultar, evitar, substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução.

Destarte, a despenalização levanta a bandeira do princípio da intervenção mínima, vez que é a negação das penas desproporcionais e desnecessárias.

Novamente, faz-se oportuna à citação de passagens extraídas da obra de CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 705-706):

Em primeiro lugar, extinguir o arcaico sistema de *penas mínimas* previsto em todos os tipos legais de crimes da legislação penal brasileira, abolido em legislações penais modernas, pelas seguintes razões: a) viola o *princípio da culpabilidade* em casos de necessária fixação de pena abaixo do mínimo legal – por circunstâncias judiciais ou legais –, hipóteses em que a pena não constitui *medida* da culpabilidade e, portanto, é ilegal; b) impede *políticas criminais* humanistas concebidas para reduzir os efeitos desintegradores, dessocializadores e criminogênicos da prisão.

Em segundo lugar, reduzir a *pena máxima* de todos os tipos legais de crimes subsistentes da legislação penal brasileira, inspirados em concepção de política criminal troglodita já criticada pelo humanismo de BECCARIA, que atribua poder desestimulante do crime à certeza da punição – e não à gravidade da pena, ou ao rigor da punição, como ainda pensam o legislador e os meios de comunicação de massa brasileiros.

Em terceiro lugar, redefinir as hipóteses de *substitutivos penais* e de *extinção da punibilidade* para permitir a mais ampla despenalização concreta, com o objetivo de evitar os efeitos negativos do cárcere, priorizando os seguintes institutos jurídicos: a) *perdão judicial*; b) a *conciliação*; c) a *transação penal*; d) a *suspensão condicional da pena*; e) a *prescrição penal* (...);

Em quarto lugar, a *despenalização parcial* na hipóteses dos *crimes hediondos* (Lei 8.072/90), mediante cancelamento da ilegal agraviação dos limites penais mínimo e máximo dos crimes respectivos (...).

Nessa esteira, após a constatação do fracasso da pena de prisão, a Lei dos Juizados Especiais (L.9.099/95) veio estabelecer significativas mudanças ao trazer medidas inovadoras como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a composição civil. Além de estar respaldada pela inteligência do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

3.8.3 Descarcerização

Cediço é que a Constituição Federal através de uma série de garantias procurou tutelar ao máximo o direito de liberdade individual, trouxe em seu bojo o remédio heróico do habeas corpus, o instituto do relaxamento de prisão, dentre outras medidas que consagram o direito de liberdade. Ressalte-se que se a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, estipulou expressamente os delitos em que não seria cabível a fiança, como poderia o legislador ordinário negar o direito a liberdade àqueles que infringirem as normas constantes da legislação troglodita que vem sendo editada açodadamente em nosso país.

GOMES (1997: p. 119) lembra que sendo a liberdade a regra no ordenamento jurídico penal e o cárcere a exceção, deve ser feito um grande esforço pelos operadores do direito em direção a descarcerização. Ensina o referido jurista que a descarcerização consiste, basicamente, na negação do cárcere como pena antecipada, competindo ao legislativo a incorporação de processos extradogmáticos, como, por exemplo, a ampliação do direito de livrar-se solto e do direito de prestar fiança.

De igual forma, CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 706) coloca que:

*As propostas de humanização do sistema penal têm por objeto programas de descarcerização – a superlotação carcerária no Brasil excede o dobro da capacidade física de penitenciárias e prisões públicas, com 361.402 presos(...). 2.1. Em primeiro lugar, é indispensável e urgente **despovoar** o sistema carcerário mediante radical **descarcerização** realizada por ampliação das hipóteses de **extinção**, de **redução** ou de **descriminalização** da execução penal, em especial nos seguintes casos (...).*

Outro equívoco cometido pelo Poder Legislativo ao exercitar o direito penal simbólico é declarar a insuscetibilidade de liberdade provisória em alguns casos, uma vez que a doutrina é uníssona em afirmar que a liberdade é a regra no processo penal e a sua constrição a exceção. Pois, perante o art. 5.º, inciso LVII da Constituição Federal, todos são presumidamente inocentes, justificando-se a prisão

processual somente quando revestida pelos requisitos da cautelaridade. Nesse sentido TOURINHO (2001: p. 532) esclarece que:

se ninguém é considerado culpado até que transite em julgado eventual sentença condenatória, é um não-senso prender uma pessoa presumivelmente inocente. Embora a prisão provisória seja um mal, ainda que necessário, todas as legislações do mundo têm procurado, dentro do possível, medidas que garantam o comparecimento do acusado aos atos do processo sem os males da privação da liberdade, reservando a prisão provisória, mesmo sendo um mal, para os casos de efetiva necessidade.

De acordo com GOMES (1997: p. 119) “sempre que o movimento da law and order entra em ação, para ‘endurecer’ o sistema, uma das primeiras lembranças é a de tornar o crime inafiançável”, acontece que tal medida afronta a tendência da política criminal voltada a descarcerização, apontada pelo jurista (1997: p. 105) como a negação do cárcere como pena antecipada.

3.8.4 Substitutivos penais trazidos pela lei dos juizados especiais

O “espírito” da lei 9.099/95 já se encontrava presente no final da década de 1980 com a elaboração das chamadas Regras de Tóquio pela Organização das Nações Unidas. Tais regras procuravam a promoção das medidas não-privativas de liberdade, sem, contudo, esquecer o devido respeito às garantias materiais e processuais do Estado moderno, buscando também a participação efetiva da sociedade nos processos levados até o Poder Judiciário, bem como, “estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”, GOMES (2000: p. 24-29).

Nessa direção, elaborou-se em 1995 a Lei dos Juizados Especiais Estaduais, representando uma mudança paradigmática na sociedade brasileira, onde, em determinadas situações, o local de conflito cede espaço a uma justiça consensual, conforme é extraído da obra de GRINOVER, GOMES e FERNANDES (2002: p. 43-46). Sendo que seis anos mais tarde é editada a Lei dos Juizados Especiais Federais, ampliando-se o conceito da criminalidade de menor potencial ofensivo.

Duas observações merecem destaque. A primeira é que a Lei 9.099/95 expõe a tendência metodológica de se separar a “grande” da “pequena e média” criminalidade, incorporando-a em seu artigo segundo. De modo que o ordenamento jurídico prevê para cada tipo de criminalidade respostas quantitativa e qualitativamente distintas. Já a segunda observação diz respeito à redescoberta da vítima no processo penal, na medida em que o interesse de servir a pretensão

punitiva do Estado perde terreno ao atendimento dos interesses da própria vítima, da sociedade e do Estado.

Quatro institutos previstos pela Lei 9.099/95 vão expressar a despenalização modernamente propugnada. A composição civil, com a reparação dos danos, ganha relevância na seara penal em razão de causar a extinção de punibilidade (art.74); pois “de acordo com o entendimento do legislador, a composição civil é o quantum satis como resposta para a infração cometida. Por si só revela a desnecessidade de intervenção da via penal”, neste sentido GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2002: p. 602). Conforme previsto no art. 76 da Lei 9.099/95, é possível aplicar imediatamente a pena alternativa (restritiva ou multa), tendo em vista o fracasso da pena de prisão, assim, evita-se, até onde seja possível, a prisão de curta duração. Outro instituto emblemático trazido pela referida lei em seu art. 89 é a suspensão condicional do processo. De acordo com GRINOVER, GOMES e FERNANDES (2002: p. 45) a finalidade suprema da suspensão do processo “é a de evitar não só a estigmatização decorrente da sentença condenatória, senão sobretudo a derivada do próprio processo (que já é uma tortura)”. Por fim, nos crimes de lesões corporais leves e culposas a lei exigiu a representação do ofendido (art. 88), restringindo assim, o poder repressivo do Ministério Público.

Vê-se o esforço na Lei 9.099/95 em criar um novo modelo de justiça, um modelo pautado no diálogo e na mínima intervenção do direito penal, até certo ponto, representa uma desjudiciarização, que no dizer de GUIMARÃES (2001: p. 73) deve ser “entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal de justiça penal”, buscando, desta forma, a diminuição dos efeitos drásticos causados pela perseguição do crime pelas instâncias formais de controle.

Portanto, segundo GRINOVER, GOMES e FERNANDES (2002: p. 52) com a Lei 9.099/95 “a Justiça penal brasileira apresenta uma face diversa, mais humana e menos repressiva, contribuindo para a modernização das instituições e para o desemperramento da máquina judiciária”. Sendo que alguns anos mais tarde tal modelo foi reforçado pela Lei 10.259/01, ao ampliar o conceito de crime de menor potencial ofensivo.

CONCLUSÃO

Inicialmente, essa pesquisa procurou demonstrar que o Estado no exercício do poder punitivo encontra-se juridicamente limitado, devendo o direito penal ser invocado com o menor conteúdo de irracionalidade tanto na escolha quanto na tutela de bens jurídicos fundamentais, sob pena de o Estado tornar-se arbitrário.

Ademais, a melhor doutrina ensina que a proteção do indivíduo deve ser o fim almejado pelo direito penal, sendo que esta só será alcançada quando o direito penal e o processual penal forem vistos à luz da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o direito penal serve de agente de contenção à atuação interventora do Estado no momento de cominar, aplicar e executar uma pena. Pois, dentro da concepção liberal de Estado democrático de Direito, percebe-se que os direitos consagrados no bojo da Constituição Federal devem ser preservados ao máximo, em especial, o direito a liberdade.

No Brasil, todo o arcabouço principiológico constitucional foi construído em prol da dignidade da pessoa humana que em matéria penal tem laços estreitos com a liberdade individual, nesse sentido se consolidou a melhor dogmática jurídico-penal (direito penal mínimo), bem como, a processualística penal (sistema acusatório). Princípios como o da legalidade, o da intervenção mínima, o da culpabilidade, o da presunção de inocência etc, e medidas como a da liberdade provisória e a da fiança, dentre outras, apontam para um direito penal preocupado não somente com a punição, mas com a punição racional e justa.

De igual forma, com base na doutrina de CIRINO DOS SANTOS (2006: p. 15-39), restou consignado na presente pesquisa que o direito penal opera de modo injusto e opressivo em nossa sociedade, na medida em que serve a classe hegemônica política e economicamente, ou seja, ele garante as relações capitalistas de produção, de desigualdade social e de marginalização, ao criminalizar certas condutas e pessoas (estereótipos), daí ter se trabalhado com a questão da seletividade do sistema penal. De fato, a criminalidade corresponde a um bem social negativo distribuído desigualmente na sociedade – BARATTA (2002: p. 161). Assim, é possível afirmar que a partir da perspectiva do discurso das funções ocultas do direito penal, constata-se um grandioso sucesso nas metas visadas pela criminalização de várias condutas e estratos sociais, daí falar-se no *isomorfismo reformista* de FOCAULT.

Todavia, mais preocupante do que a constatação de que o direito penal é extremamente desigual, é o fato de que isso não chega ao conhecimento de todos os indivíduos na medida em que existe um discurso legitimador do poder punitivo, em outras palavras, o mais assustador é o que está aí como lobo em veste de cordeiro. Trata-se de um direito penal simbólico que por meio da retórica legitima a atuação altamente repressiva do Estado.

Com efeito, ainda ficou demonstrado que a sanção penal não atende nenhuma das propostas do discurso oficial (funções declaradas das penas), sendo que não há ressocialização do condenado junto aos presídios superlotados tampouco pode ser verificada a dissuasão da prática de novos crimes, pelo contrário, nota-se um aumento da reincidência criminal, assim como, que as prisões modernas propiciam a construção de verdadeiras carreiras criminosas, onde infratores ocasionais tornam-se delinquentes habituais; além do que o efeito negativo provocado pela estigmatização carcerária se estende aos familiares do apenado, representando um custo social muito alto. Em suma, confirmou-se no presente trabalho que o sistema penal do Estado é criminogênico.

Por sua vez, a criminologia crítica vem demonstrar que o Estado não é nenhum garante do consenso social, pois, conforme assenta PASUKANIS (1989: p. 152), o consenso não existe, sendo que o desvio numa sociedade desigual é estabelecido pelos detentores do poder. De outro giro, a criminologia crítica vem revelar a face obscura do direito penal, a título de exemplo, cita-se a doutrina do *labeling approach*. Logo, não se pode admitir que a dogmática penal feche os olhos para os saberes da criminologia crítica e da política criminal. Aliás, nessa monografia ficou patente a importância de abordar o fenômeno da criminalidade de um ponto de vista interdisciplinar, em especial, com enfoque na política criminal, criminologia e no direito penal, mas porque não ir mais adiante e unir conhecimentos das áreas da psicanálise, da filosofia, da economia, da sociologia etc.

De outra sorte, constatou-se que a expansão do direito penal, conjuntamente, com a adoção de uma postura altamente repressiva, não são medidas suficientes para o alcance de resultados satisfatórios no controle e/ou redução da criminalidade; na verdade, expressam um direito penal promocional, demagógico, político e anticientífico, sendo que a moderna política criminal exige esforços que ultrapassam a esfera do direito penal, requerendo uma política contínua de grandes mudanças sociais e institucionais, neste sentido afirma BARATTA (2002: p. 201). Assim, a atual

expansão do poder punitivo ainda revela a total ausência de um programa de política criminal, que, por sua vez, deveria enfatizar a necessidade de políticas públicas de emprego, moradia, educação, saúde etc. Nesta linha, convém lembrar a lição de RADBRUCH (1997: p. 324) no sentido de que não precisamos de um direito penal melhor, mas sim de qualquer coisa melhor que o direito penal. Contudo, a sociedade, a mídia e os três Poderes da República, tomados de um caldo de cultura punitiva e pelo sentimento de insegurança, preferiram dar um tratamento penal e não social, a miséria.

Ademais, em virtude do fracasso da pena privativa de liberdade que foi constatado ao longo dos tempos (do ponto de vista do discurso oficial) e também pelo fato da sanção penal ser estigmatizante, é que o olhar político criminal deve ser orientado a punir somente os casos mais graves, daí a importância da análise conjunta dos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal, dentre outros, que contribuem para afastar ou reduzir a incidência do poder punitivo estatal. Consoante esse posicionamento é que atualmente pugna-se por uma apreciável “deflação penal”, de um lado efetivada pelos processos de descriminalização, despenalização e descarcerização, por outro, pela adoção de substitutivos penais.

Entretanto, a realidade revelou outra história, na medida em que não é possível negar que o direito penal, em nome do combate a criminalidade, da segurança pública, da paz, vem se expandindo e endurecendo. Com fundamento num discurso eficientista, nas últimas décadas tem-se vivenciado a edição de várias legislações de emergência que propõem um verdadeiro justicamento social, ferindo de morte o princípio da presunção de inocência, tornando alguns crimes imprescritíveis e inafiançáveis, vedando a progressão de regime em outras hipóteses, em suma, recrudescendo todo o sistema penal. As conquistas democráticas passaram a ser vistas como entraves no combate ao crime. Em fim, abriu-se margem para que situações construídas como reais pudessem produzir efeitos reais – CIRINO DOS SANTOS (2007: p. 699).

Conforme anteriormente alinhavado, a sociedade passa pela crise do medo. Destarte, sufocada pela crescente criminalidade, a população pede cada vez mais por leis penais e o legislativo, por sua vez, compulsivamente elabora leis mais severas. Adotou-se um terrorismo penal que ao disseminar o medo legitima a supressão de direito e garantias constitucionais. Sem sombra de dúvida, o direito

penal que deveria intervir minimamente, vem sendo utilizado como remédio para todos os males. No Brasil, infelizmente o problema da violência fica resumido a uma questão meramente de lei, daí falar-se em direito penal simbólico.

Com a expansão do poder punitivo estatal, conseqüentemente, acontece o crescimento do Estado de Polícia e a diminuição do Estado de Direito. Desta forma, garantias são deixadas de lado em nome da segurança pública, de modo que o Estado, ao seu talante, se acha no direito de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos.

Portanto, fruto da indevida expansão do poder punitivo, a legislação penal das últimas décadas representa efetiva expressão de um direito penal simbólico, sendo elaborada envolta a um terreno de insegurança que acabou contaminando o próprio processo legislativo. Tais leis, em regra, afrontam tanto o direito penal pátrio quanto o processual penal, além do que, encontram-se desconectadas do texto eminentemente garantidor assentado na Carta Magna de 1988, bem como, descontextualizadas da tendência da política criminal moderna e dos ensinamentos da criminologia crítica, revelando assim, uma ruptura com a visão humanista do direito contemporâneo. Em essência, a expansão do poder punitivo estatal no combate a criminalidade não é recomendável do ponto de vista dogmático (uma vez que o direito penal deve ser mínimo), político criminal (uma vez que se deve procurar qualquer coisa melhor que o direito penal) e nem da perspectiva da criminologia crítica (que confirma que o direito penal é extremamente desigual).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol.2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: editora Revan, 3ª edição, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 8ª edição, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. Editora Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 8ª edição, 2003.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral – tomo I: introdução, norma penal e fato punível**. 5ª edição revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**. Vol. I, 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. – Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007.

_____. **Revista de direito penal n.º28: Violência Institucional**.

DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito Penal**. 1º volume – parte geral. São Paulo: Saraiva; 25ª edição; 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **A política de segurança pública e o estatuto do desarmamento**. Disponível em: <http://dottieadvogados.com.br/ESTATUTO%20DO%20DESARMAMENTO.doc>
Acesso em: 04 de fevereiro de 2008, artigo publicado na Revista Forense, 2005, vol. 377, p. 31 e ss.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais. SP 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Editora Vozes, 23ª edição, 2000.

FRAGOSO, Christiano. **A importância histórica da decisão do STF sobre a progressividade de regime. Sentimento constitucional e contenção do poder punitivo**. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/Sentimento%20constitucional%20-%20Christiano%20Fragoso.pdf>> Acesso em 05 de fevereiro de 2008 às 15:00 horas.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte geral**. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense; 16ª edição; 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Roberto Soares. **Estatuto do desarmamento – comentários e reflexões – Lei 10.826/2003**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

GOMES, Luiz Flavio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Críticas à tese do direito penal do inimigo**. Publicado em 15 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=15528>. Acesso em 05 de fevereiro de 2008 às 15:30.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais culposas, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES, Filho, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 4ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo – novos rumos e redefinições**. Curitiba: Juruá, 2ª ed., 2001.

GUSTAV, Radbruch. **Filosofia do direito**. Coleção Stvdivm, tradução e prefácio do prof. L. Cabral de Moncada da Universidade de Coimbra. 6.^a ed. Armênio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1997.

LISTZ, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Tomos I e II. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Editorial Réus. Cuarta edición, 1999.

LOPES, Junior Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4.^a edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

LOPES, Murício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. III.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.^a edição revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

JESCHECK, Hans - Heinrich. **Tratado de derecho penal – parte general**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5.^a ed. Comares editorial, 2002.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Tolerância Zero: Justiça Penal e Direitos Humanos. Política criminal (Nova York-USA) contra os melhores postulados da ciência, da filosofia e da história universal**. Publicado em maio de 2007. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/TOLERÂNCIA%20%20E%20%20JUSTIÇA%20%20PENAL.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2008 às 16:00 horas.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – vol. II**. Edição revista, atualizada, e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. SP/Campinas: Millennium, 2002.

MARX, Karl e FRIEDRICH, Engels. **Manifesto do partido comunista**. Tradução: Pietro Nassetti. Texto integral. Martin Claret, 2002.

MESTIERI, João. **Leis hediondas e penas radicais**. Publicado em abril de 2005. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp> Acesso em: 04 de fevereiro de 2008 às 10 horas e 30 minutos.

_____. **Manual de direito penal – parte geral. Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Décima sétima edição São Paulo: Editora Atlas-2005.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. Revista e atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 34.^a edição, 1999.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **Estatuto do Desarmamento: irracionalidade, ilegitimidade e inconstitucionalidade**. Jus Navigandi, Teresina,

a. 9, n. 677, 13 maio, 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6724>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2008, às 14:00 horas.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad., e apres. e notas por Paulo Bessa, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – vol. – Parte Geral. Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12 n. 47 março-abril de 2004, Editora Revista dos Tribunais.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal- parte geral. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito**. Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente. Editora Thomson Civitas, 2003, 2 edição.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª edição – Veja, 1998.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª edição, 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de processo penal**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, NILO. **Direito penal brasileiro: 1º volume – Teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.