

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

LARA SANÁBRIA VIANA

**OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: VELHAS E NOVAS
RACIONALIDADES PUNITIVAS NA CONTEMPORANEIDADE**

**JOÃO PESSOA
2011**

LARA SANÁBRIA VIANA

**OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: VELHAS E NOVAS
RACIONALIDADES PUNITIVAS NA CONTEMPORANEIDADE**

Monografia apresentada à Coordenação da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Penal e Política Criminal

Orientador: Prof. Ms. Wagner Solano Arandas

**JOÃO PESSOA
2011**

V654o Viana, Lara Sanábria

Os movimentos de política criminal: velhas e novas racionalidades punitivas na contemporaneidade. / Lara Sanábria Viana. – João Pessoa, 2011.

70f.

Monografia (Curso de Especialização em Prática Judicante) Universidade Estadual da Paraíba-UEPB.

1. Emergência 2. Política Criminal 3. Garantias 4. Criminalidade 5. Direitos Humanos I. Título.

BC/UEPB

CDD 345

LARA SANÁBRIA VIANA

**OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: VELHAS E NOVAS
RACIONALIDADES PUNITIVAS NA CONTEMPORANEIDADE**

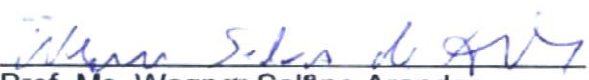
Monografia apresentada à Coordenação Pedagógica da Escola Superior da Magistratura – ESMA como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista.

Área de concentração: Direito Penal e Política Criminal.

Orientador: Prof. Ms. Wagner Solano Arandas

Aprovada em ___/___/2011

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Ms. Wagner Solano Arandas
(Orientador)



Membro da Banca Examinadora



Membro da Banca Examinadora

**JOÃO PESSOA
2011**

*Dedico este trabalho aos amigos da
Escola Superior da Magistratura – ESMA,
professores e funcionários pela dedicação
e atenção sempre dispensada.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo conforto espiritual. Aos meus pais, pelo apoio incondicional e a minha irmã.

Ao professor orientador Wagner Solano Arandas com admiração e estima.

Ao professor Euler Paulo de Moura Jansen com incomensurável respeito e admiração.

Aos amigos e funcionários que sempre atenciosamente me ajudaram.

RESUMO

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

Palavras-Chave: Emergência; Política Criminal; Garantias; Crime; Direitos Humanos.

ABSTRACT

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

Key-Words: Emergency. Criminal Policy. Guarantees. Crime. Human Rights.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	8
<u>CAPÍTULO I BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO</u> <u>DIREITO PENAL FRENTE À POLÍTICA CRIMINAL</u>	11
1.1 <u>A busca de um conceito para a Política Criminal</u>	12
1.2 <u>O modelo integrado das ciências penais</u>	15
1.3 <u>As velhas racionalidades punitivas da política criminal dos países autoritários do Século</u> <u>XX como o fundamento da política criminal contemporânea</u>	18
1.3.1 <u>A política criminal soviética</u>	24
1.3.2 <u>A política criminal do fascismo italiano (1924-1945)</u>	29
1.3.3 <u>A política criminal do Nacional-Socialismo Alemão</u>	31
<u>CAPÍTULO II O SENTIDO ETIMOLÓGICO DO TERMO EMERGÊNCIA E A SUA</u> <u>APLICAÇÃO NA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA</u>	35
2.1 <u>O direito penal do inimigo como fundamento da política criminal de emergência</u>	41
2.1.2 <u>O direito penal do inimigo e a realidade brasileira</u>	46
<u>CAPÍTULO III OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA</u> <u>CONTEMPORANEIDADE</u>	50
3.1 <u>O movimento de Política Criminal Law and Order</u>	50
3.2 <u>O abolicionismo penal como estratégia de política criminal radical</u>	53
3.3 <u>A política criminal brasileira e os movimentos de política criminal na atualidade</u>	55
3.4 <u>A crise de racionalidade das leis penais no Direito Penal brasileiro como consequência da</u> <u>política criminal de emergência</u>	57
3.5 <u>O garantismo penal como opção de orientação à política criminal racional</u>	60
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	63
<u>REFERÊNCIAS</u>	66

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, na terceira parte, vislumbra-se breve reflexão acerca da política criminal brasileira.

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL FRENTE À POLÍTICA CRIMINAL

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

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

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

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

O movimento Iluminista do Séc. XVIII foi determinante para a construção do saber científico a lume da razão. A sua proliferação através de academias, centros de estudo, jornais os quais propagariam a concepção de um novo ideal, na

sedimentação de um novo paradigma, retirando a noção de pecado imputada ao delito e impondo-lhe um caráter laico, ou seja, desvinculado da moralidade religiosa, metafísica. Esta nova concepção prestigiada pela segurança jurídica e pela certeza da lei foi abarcada pelo contrato social, conferindo ao Estado o *jus puniendi*, retirado da órbita individual, originando, desta feita, o dever estatal de prestar a jurisdição, na busca da composição de conflitos e da manutenção da paz social, reintegrando-a, quando rompida.

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

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

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

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

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

1.1 A busca de um conceito para a Política Criminal

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

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

Para Aristóteles, o homem é um ser político em sua essência, e deve viver em sociedade, no entanto, viver em sociedade requer, inegavelmente, a necessidade de organização e controle por meio de uma estrutura superior, portanto, hierárquica, denominada de Estado. Este se manifesta através de atos de governo, ou seja, de políticas públicas capazes de alocar recursos e conferir serviços destinados a prestações sociais como saúde, educação, cultura, lazer e segurança pública, sendo esta última realizável por intermédio da política criminal que de forma integrada ordenará meios de reação e prevenção ao fenômeno criminal. Emiliano Borja define a política criminal como:

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

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

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

Portanto, ações conjuntas e bem estruturadas devem estar presentes desde a gênese da atividade legislativa típica, do poder de legislar, para que se possa

evitar a produção de leis irracionais, as quais são desprovidas de coerência e até mesmo de lógica formal, gerando verdadeiras antinomias normativas.

A segunda destina-se às medidas elencadas pelos governos no tratamento da delinquência.

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

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

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

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

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

Ao abordá-la, o autor francês utiliza os seguintes aportes: definição clara dos objetivos da Política Criminal e os meios para alcançá-la; uma ação coerente e coordenada e, por último, a utilização de dados obtidos e comprovados por investigações empíricas acerca da criminalidade e da justiça penal, compreendendo-

se as instâncias formais de controle, a exemplo do Judiciário (ANCEL, 1975, *apud*, IPÑA, 1999, p.18).

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

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

1.2 O modelo integrado das ciências penais

Na pós-modernidade, não é cabível mais a antiga concepção de que a Dogmática Penal tinha preeminência sobre a Criminologia e a Política Criminal.

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

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

O Direito Penal, como ciência ontológica, complementa-se como a ciência do ser. A Criminologia aufere um espectro empírico, que permite instituir um processo de reflexão, própria de um sistema aberto, como bem preleciona Roxin,

portanto, passível de questionamentos às premissas dogmáticas. É através do aporte teórico e crítico dessas ciências, que se torna possível identificar os problemas que circundam a criminalidade de modo mais profundo e eficaz.

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

Através da política criminal, o Estado estabelece a orientação de todo o sistema penal, que compreende não só a definição dos comportamentos considerados delitivos, como também estabelece qual é a finalidade da pena e os meios empregados para poder alcançar tais objetivos. Mediante a atividade político-criminal, formaliza-se o controle social, a ser exercido sobre os comportamentos desviados, de sorte que esse controle também se reserva a uma perspectiva funcional, analisando a correção das opções legislativas e buscando interpretá-las do ponto de vista da sua eficácia para, assim, canalizar respostas satisfatórias à problemática da delinquência (PAZ, 2006, p. 13).

Segundo Roxin (2002, p. 102):

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

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

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

Nesta senda, conclui-se que a política criminal deve atuar racionalizando suas escolhas, segundo os limites constitucionais e com estrita observância aos direitos humanos, uma vez que o próprio Estado Democrático de Direito tem como

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

fundamento a dignidade da pessoa humana, isto é, no caso brasileiro, em especial na Magna Carta de 1988, atual diploma constitucional em vigência. Na última parte deste trabalho, far-se-á com maior rigor uma análise mais detalhada acerca da vinculação constitucional da política criminal, em face da Constituição Federal de 1988.

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

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

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

² Cf. Atualmente, não é possível corroborar com a noção de sistema fechado. Segundo informa Almiro Salvador (2009, p. 33): O sistema fechado apresenta maiores dificuldades em aceitar a instância preventivo-racional subjacente à norma, a qual tem como base evitar efeitos nocivos ocasionados pela utilização social do sistema penal. Em razão disso, não poderá ser utilizado como parâmetro de questionamento dos próprios limites do Direito Penal. Mas, contudo, para que as informações cheguem ao nível de construção sistemática do delito, deve-se permitir um modelo de abertura cognitiva e produzir o fechamento operativo do sistema de modo geral, ou seja, fixar limites estritos. (2009, p. 33) Como marco da legislação brasileira, tem-se o tecnicismo jurídico como sua principal fonte. Pode ser evidenciado através do sincretismo das sanções criminais reafirmada pela tendência positivista que influenciou todo o sistema penal brasileiro (SALVADOR, 2009, p. 90). No que diz respeito ao sistema aberto cognitivamente e interessado na proteção de bens jurídicos relevantes pode atenuar problemas sistemáticos apontados, sem comprometer o ideal de segurança jurídica. O uso de conceitos demasiadamente abertos, e por isso, comumente formais, aponta para soluções desinteressantes do ponto de vista político-criminal. A relação inversa também é verdadeira, ou seja, na medida em que o sistema começa a se interessar pelos reflexos político-criminais de suas decisões, o que já importa certo grau de abertura cognitiva, as estruturas do delito gradativamente abandonam sua mera formalidade (SALVADOR, 2009, p. 97). Neste sentido Roxin (2001, p. 16) ao tratar das diferenças entre os sistemas. Destaca que a proposta sistemática teleológica/político-criminal (funcionalista) admite a existência de um risco não permitido dentro do alcance do tipo. Sendo assim, o processamento dogmático desta idéia possibilita e favorece a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, abra-se para a realidade. Miguel Paz (2006, p. 16-17) registra que: em resumen el sistema es un elemento irrenunciable de un derecho penal próprio de un Estado social y democrático de derecho. Pero, puesto que el sistema debe influir en la solución de los problemas dogmáticos, debe ser el correcto, y, hoy parece demonstrarse que este há de ser estructurado teleológicamente, o sea, construído con arreglo a las finalidades valorativas, descartandolas soluciones de problemas incompatibles con los fines del derecho penal, que solo pueden ser do tipo político-criminal.

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

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

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

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

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

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

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

A estrutura de base de qualquer tipo de organização, desde a de um campo de concentração à organização de uma associação cultural, é formada, em grande parte, à semelhança da estrutura fundamental de um sistema político tomado como um todo, por relações de Autoridade. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 89).

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

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

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

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

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

A oposição nos regimes autoritários é sobremodo débil, uma vez que o pluralismo partidário não é permitido. Além disso, a preeminência do poder executivo é real, em contraponto ao poder legislativo, que pode ser sentido pela ausência de uma atividade parlamentar ostensiva³.

³ Cf. O Autoritarismo pode ser identificado nas mais variadas formas de governo e em regimes políticos. É possível visualizá-lo, desde o despotismo encontrado no oriente, até nas monarquias absolutistas, inclusive nas chamadas monarquias constitucionais da Europa Continental. O autoritarismo pode surgir de uma construção monopartidária, a exemplo a União Soviética ou pluripartidária, sendo essa calcada pela ausência de oposição à ideologia partidária dominante como, por exemplo, podemos citar o caso da Colômbia.

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

Os Estados Unidos e a Europa da primeira metade do Séc.XX passaram pelo processo de involução no campo da política, como também da política criminal, não obstante o liberalismo pujante próprio da época. O autoritarismo passou a encontrar ensejo nas políticas criminais desses países. A construção de um direito penal de bases liberais foi praticamente substituída pelo direito penal de cariz autoritária.⁴

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

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

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

A variante policial é intensamente utilizada nos modelos autoritários, principalmente no campo da repressão e da vigilância. Pode-se citar a KGB, a

⁴Cf. O direito penal de base liberal está pautado nos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, que poderia ser traduzido pela humanidade das penas, pois essa humanidade não deixaria de ser uma manifestação expressa do princípio da fraternidade, bem como da dignidade da pessoa humana. O direito penal autoritário é regido pela crença na desigualdade, ou seja, a mola propulsora de todo sistema penal está baseado no princípio da hierarquia. Na Rússia, vigorou a ditadura do proletariado, esta por sua vez, baseava-se na luta de classe. Essa luta, na verdade, caracteriza-se como uma forma de repúdio aos preceitos e conceitos do liberalismo burguês. Na Alemanha o *Führung*, preconizava a supremacia de raça ariana, essa supremacia deveria conduzir benefícios à raça eleita, em detrimento das demais. O fascismo italiano regia-se pelo controle e domínio de proporções nacionais, o qual remonta a era do império Romano. O franquismo espanhol já não pode ser considerado um produto de criação eminentemente espanhola, mas, sobretudo se configurou como um produto de “exportação” de origem alemã e italiana (BEIRAS, 2005, p. 111).

polícia secreta russa. Essa variante corrobora, de maneira determinante, os processos de exclusão e de estigmatização.⁵

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

Os modelos autoritários são marcados pelo “estado de sítio” que, na realidade, pode ser traduzido em “estado de emergência”.⁶

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

O modelo autoritário pode, notadamente, apresentar uma variante penal à integração social que associe o grupo social com a justiça penal. Assim, com a experiência dos países do Leste, onde a “suspensão condicional da pena” consiste em confiar o inculcado a uma organização social ou a um coletivo de trabalhadores que se responsabilizam pelo autor da infração e se encarregam de reeducá-lo, interrompendo desse modo o procedimento penal (DELMAS-MARTY, 1992, p. 108).⁷

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

Nos regimes de modelo autoritário, verifica-se que o uso da analogia é mais extensivo do que a própria lei, ou seja, o recurso imediato para a resolução de uma

⁵Cf. Esses processos de estigmatização são semelhantes aos encontrados na teoria do *labelling approach* que hodiernamente tem sustentado as intervenções político-criminais de emergência típicas da contemporaneidade. Este tema será abordado com mais profundidade na parte seguinte deste trabalho.

⁶ Ainda considerando o entendimento de Delma-Marty (1992, p. 107) percebe-se que nesses sistemas o recurso a um sistema paralelo enseja uma reafirmação dos poderes da polícia em detrimento aos poderes inerentes ao magistrado.

⁷ Cf. Com base no pensamento da mesma autora verifica-se que, quando a variante administrativa é capaz de comprometer o exercício efetivo de garantias fundamentais e de direitos humanos, estamos diante de um Estado autoritário, no entanto, mesmo nos países de tradição democrática, podemos evidenciar situações semelhantes às encontradas nos modelos autoritários clássicos. Na Polônia, a multa administrativa poderia se transformar em pena privativa de liberdade (DEMAS-MARTY, 1992, p. 109). Bem pouco tempo atrás, no Brasil, era admitida a prisão civil do depositário infiel, em virtude do Pacto San José da Costa Rica Os magistrados não têm aplicado mais esse tipo de prisão civil, em virtude da emenda constitucional nº 45 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, percebe-se que não poderá haver prisão em função de dívida.

incriminação penal, bem como a sua punição. Dessa forma, a lei passa a ser vista em segundo plano.

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

Outro tipo de analogia é a judicial. Nos casos limite, o juiz busca julgar, em conformidade ao espírito disposto no sistema normativo. Busca-se, então, a verdadeira essência. O juiz não faz uso de uma lei. Ele usa a ética, a religião, a moralidade, a justiça dentre outros elementos. Na Alemanha, o espírito do povo alemão (*Geist des deutschen Volkes*) era reconhecido como fonte. Essa previsão estava elencada no Código Penal de 1935, “será punido quem quer que venha a cometer um delito que a lei declare punível ou que merecer uma pena, em virtude dos princípios fundamentais da lei penal e segundo o sadio instinto do povo alemão” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 243).⁸

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

O princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* era uma garantia albergada na Constituição de *Weimar*, significa dizer que deverá haver um limite “[...] para el castigo, especialmente en el caso que deba ser respetado el punto de vista de la equality, del derecho consuetudinário y de una justicia penal que se basea en

⁸ Cf. O Código Penal Alemão de 1935 (sob o nazismo) e o Código Penal Soviético (sob o estalinismo). No Brasil, temos o triste exemplo do Decreto-Lei 4.166/42 (sob o Estado Novo) que dispunha o confisco de bens e de direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos no seu art. 5º, *caput* e § 3º, *in verbis*: Art. 5º A ação ou omissão, dolosa ou culposa, que resulta na diminuição de patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, ou tendente a fraudar os objetivos desta lei, é punida com pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa de 1 a 10 contos de réis, se outra mais grave não couber § 3º Para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia. Assim, sob o pretexto de combater o fascismo em território nacional Getúlio Vargas utiliza instrumento próprio desse regime totalitário. **Habeas corpus- hc - 49717 / sprelator(a): min. thompson flores publicação: dj data - 15-09-72, julgamento: 03/05/1972 - tribunal pleno.** Disponível em: <<http://www.alexandremagno.com>> Acesso em: 01 de Jan de 2009.

casos precedentes” (SCHMITT, 2006,p. 34). Segundo Lawrence Preuss, “[...] the new law permits the judge to impose a penalty for acts which, although not expressly made criminal by the written law.” (1936, p. 847).

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

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

Notadamente, percebe-se que o elemento cognitivo ao qual faz referência é à conduta perigosa do agente e não à lesividade de sua conduta, o bem juridicamente tutelado, ou seja, não está em questão o dano efetivo da conduta pratica e, sim, a sua potencialidade baseada na ideia de perigo. Esse estágio de perigo é a medida das incriminações penais nos regimes autoritários. O código penal de 1960 restaurou o princípio da legalidade e acabou excluindo o uso da analogia em matéria penal.

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

Na América Latina, a doutrina da Segurança Nacional ganhou força. A justiça militar era fundamental para a manutenção do sistema. O juiz militar tinha sua competência elástica, podendo chegar a julgar crimes de competência original da justiça comum. Esse efeito era completamente nefasto, uma vez que o juiz militar submete-se à disciplina militar. Dessa forma, os juízes não desfrutavam de uma total independência.⁹

⁹ C.f. No Brasil vigorou o Decreto- Lei n° 314 de 1967, definia os crimes contra a segurança nacional que diz:

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

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

1.3.1 A política criminal soviética

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

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

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

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

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

Disponível em: <www.planal.gov.br>. . Acesso em: 27 de jan. de 2011.

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

É perceptível que o direito russo, de certa forma, faz parte da tradição do *civil law*.¹⁰ O direito soviético reproduzia a ideologia marxista-leninista.

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

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

A proposta inicial era que cada um recebesse na medida em que produzisse; posteriormente, cada um deveria receber na medida de suas necessidades (LOSANO, 2007, p. 120).¹¹ Este era o lema da ideologia marxista, a fim de evitar a excessiva concentração de riqueza inerente ao modelo capitalista.

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

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

No campo da política, as mudanças foram mais perceptíveis, uma vez que as orientações marxistas foram adotadas integralmente, no entanto, no campo do Direito, essas mudanças não foram consideradas tão profundas, tendo em vista que

¹⁰ Cf. *A Russkaia Pravda e a Kormchaia kniga* são diplomas essenciais para a formação do direito russo, uma vez que esses diplomas serviram de base para toda a produção do seu direito nos anos seguintes. (LOSANO, 2007, p.158). O direito russo também foi fortemente influenciado por elementos religiosos. Os *nomocânones* era uma espécie de direitos de origem canônica. Eles disciplinavam matérias de ordem civil, penal e direito sucessório. (LOSANO, 2007,p 158).

¹¹ C.f. O que Marx propunha era: [...] la reestructuración universal de las necesidades y de los valores de una sociedad en la que la alienación es omnipresente, en la cual las necesidades de las masas son preferentemente existenciales y cuantitativas. (HELLER, 1978, p. 174). Ainda sobre o conceito do que seriam essas necessidades, criou-se, então, o conceito de necessidades radicais, a saber: [...] las necesidades de la clase obrera son radicales porque se trata de aquella clase cuyas necesidades no pueden ser satisfechas en el marco de la sociedad capitalista. (HELLER, 1978, p. 174). É bem verdade que para Marx a ideia de necessidade está vinculada ao modelo de divisão do trabalho.

a principal fonte do direito positivo soviético permaneceu sendo a normal geral e abstrata. O que mudou efetivamente foi o conteúdo programático dessas normas, já a sua forma continuou semelhante à dos países europeus continentais (LOSANO, 2007, 123).¹²

[...] durante el siglo XX, llegó a dotar a algunos conceptos fundamentales para el sistema jurídico soviético, como el de “legalidad socialista,” de tanta maleabilidad que podían asumir casi cualquier contenido. Aquí favoreceré el término “Derecho socialista,” pero en ocasiones usaré en su reemplazo el de “Derecho soviético (CÓRDOBA, 2008, p. 168).¹³

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

A propriedade privada dos meios de produção foi substituída pela propriedade estatal. É importante notar que a estrutura do Estado ficou subordinada à ingerência do partido único¹⁴.

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

A política criminal soviética é caracterizada pelo autoritarismo, sendo fortemente influenciada pelo fascismo italiano. O pensamento de Lombroso ganhou

¹²Cf. Corroborando essa ideia Tomaso Napolitano (1936, p. 50) escreve: Il significato político della legge sovietica è rivelato dalla preoccupazione del potere sovietico di rafforzare sempre più la legalità rivoluzionaria.

¹³CÓRDOBA, Frederico. **El desarrollo y la fisonomía del derecho socialista**. Disponível em: <www.riteriojuridico.puj.edu.com>. Acesso em 20 de Jan. de 2009.

¹⁴No que diz respeito aos meios de produção pode-se verificar que: Capital increases its domination by increasing the division of labour. This occurs because competition between capitalists forces them to make labour ever more productive, and the greater the scale on which they can produce and the greater the division of labour, the more productive labour is. The increasing division of labour has several effects. (SINGER, 1980 p. 63). Segundo Marx Weber, a política burguesa tinha uma vocação imperialista, dessa forma detinha a Razão de Estado, essa racionalidade era vinculada ao poder econômico vigente e apoiava-se nos intensos processos de industrialização, na colonização e na militarização (MARCUSE, 1969, p. 120).

notoriedade entre a cátedra russa, e deu origem ao Instituto Moscovita de estudos sobre a criminalidade e a personalidade do criminoso (VABRES, 1937, p. 145).

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

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

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

Nos países de ideologia liberal, o princípio da estrita legalidade é visto como uma garantia individual, já nos países autoritários o aludido princípio “I revêt un caractere moins politique et plus technique”. Dessa forma, “Or, il est absent du droit penal soviétique.” (VABRES, 1937, p. 156).¹⁵

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

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

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

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

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

A medida médico-pedagógica de menor duração é de quatorze anos, no entanto não poderia ser objeto de outra sanção quando aplicada. Em geral, essas

¹⁵C.f. Não se pode olvidar que o direito soviético é um direito de classe, a saber: Le droit penal soviétique n'est pas un droit objectif, mais un droit personnel, individualisé, parce que 'il est, essentiellement, un droit de classe. (VABRES, 1937, p.168).

medidas médico-pedagógicas eram realizadas em hospitais, sanatórios e casas especializadas. O tratamento era uma imposição legal, ou seja, não havia o consentimento do apenado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.2 A política criminal do fascismo italiano (1924-1945)

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

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

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

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

Precisamente es en el plano de la legislación donde mejor se aprecia la influencia de Rocco en la construcción jurídica de la dictadura fascista; la vocación dogmática, junto a la obsesiva visión orgánica de la sociedad, le llevan a interpretar el principio de solidez lógica del ordenamiento jurídico como un supuesto implícito a la ideología del Estado totalitario, el cual, negando «toda formación espontánea del derecho fuera de las directrices de las clases poderosas (CAMPIONE, 1999, p. 313)¹⁶.

Durante o governo de Mussolini, o direito penal foi utilizado como um instrumento indispensável para a concretização do estado fascista. Nessa época, o

¹⁶ C.f. A partir da análise feita por Roger Campione (1999, p. 314) pode-se concluir que o pensamento de Rocco pauta-se pela ideia de sociedade organicista, sendo determinantemente influenciada pelo positivismo de Augusto Comte. A ideia de direitos intersubjetivos não é aceita como oriunda das liberdades individuais. Com efeito, o filósofo Arturo Rocco (1999, p. 315) contribuiu para a formação do Estado fascista, uma vez que, instituiu um sistema de legalidade ultraconservadora, a saber: “donde todo el derecho estaba reducido a la ley del Estado, y la jerarquía de clases, rígidamente establecida por decreto, paralizaba así cualquier impulso de la dinámica social.”

direito penal assume feições típicas do autoritarismo. Em razão da proximidade com a Alemanha, algumas diretrizes do social-nacionalismo vigoraram na Itália, por intermédio de leis racistas e antisemitas (BEIRAS et al., 2005, p. 114).

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

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

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

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

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

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

Outro aspecto importante da política criminal fascista era a ausência entre a moral e o direito. Durante esse período, a Scuola Umanistica pautou-se pela ideologia fascista. Esta, por sua vez, não fazia distinção entre Direito e Moral. Esse período foi considerado uma involução para a ciência do Direito: “ L’homme du fascisme est un individu qui est nation et patrie, une loi morale unissant les une

mission, supprimer l'instinct de la vie limitée au cercle étroit du plaisir, pour instaurer dans le devoir une vie supérieure" (VABRES, 1937, p. 26).

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

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

1.3.3 A política criminal do Nacional-Socialismo Alemão

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

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

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

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

A pena de morte foi introduzida através da Lei de 4 de Abril de 1933 bem como outras medidas de eliminação e seletividade, como por exemplo, a Lei de 14 de Junho de 1933 que permitiu diversas formas de esterilização de pessoas consideradas "anormais", pessoas portadoras de necessidades especiais. A Lei de

24 de Novembro de 1933 previa a castração dos delinquentes. Todas essas direções político-criminais eram voltadas para a manutenção da supremacia da raça ariana.

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

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

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

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

A lei de 14 de Julho de 1933 (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), autorizava a esterilização de pessoas portadoras de necessidades

especiais, como por exemplo, as anomalias congênitas, retardo mental grave, esquizofrenia, epilepsia e até mesmo o alcoolismo de alto Grau.¹⁷

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

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

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

Atualmente, os movimentos de política criminal exprimem o mesmo utilitarismo e simbolismo das velhas racionalidades punitivas. Os movimentos penais ganham força através dos discursos legitimadores elaborados pelas instâncias formais de controle, como também pela mídia.

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

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

¹⁷ O projeto de lei *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), criado nos anos quarenta estava sobre a responsabilidade da polícia do Reich. Preconizava a ideia de guerra total, era destinada a todos os que se opunham ao regime, inimigos políticos, sociais ou de raça. (CONDE, 2005, p. 84) Dessa forma, vale ressaltar a importante passagem de Celso Lafer que diz:[...] num Estado totalitário, fundado em princípios criminosos, a lei é instrumento de uma dominação posta a serviço da perversidade, que não encontra nas pessoas que agem em conjunto ou individualmente, mas sim, na dinâmica corrupta do totalitarismo. Este é o que ocorre quando o Direito tem suas experiências reduzidas à Lei, concernente à tradição positivista. Com efeito, o que se teve foi a “[...] destruição total do status do indivíduo na sociedade organizada” (LAFER, 2006, p. 163) Na verdade, percebe-se que, em um primeiro momento, o primeiro direito atingido dessas pessoas perseguidas pelo regime totalitário nazista foi a cidadania.

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

CAPÍTULO II O SENTIDO ETIMOLÓGICO DO TERMO EMERGÊNCIA E A SUA APLICAÇÃO NA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

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

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

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

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

A política criminal de emergência está endereçada às populações de risco, sendo considerada como difusora deste elemento qual seja, o risco, haja vista o contato direto dessas populações com as mais variadas formas de criminalidade, necessitando supostamente de um direito penal do risco (*Risikostrafrecht*).¹⁸

O risco pode abordar dois aspectos: a ótica da imprevisão ou da prevenção. A prevenção tem um caráter permanente, como por exemplo, o combate preventivo à proliferação de uma doença contagiosa em um determinado Estado. Sendo assim, o Estado deverá desempenhar recursos, bem como todos os esforços necessários para combater a moléstia. Em um aspecto incidental, passageiro, apenas

¹⁸Cf. O direito penal do risco é fruto da própria sociedade do risco, pois ela é oriunda do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. O risco é elemento fundamental das relações inerentes ao mercado, na mesma forma, a atual sociedade se desenvolver e estabelece sua organização a partir desse modelo de risco (BOTTINI, 2007, p. 33-34).

ocasionado de forma isolada, as ações tendem a ser particularizadas, específicas e esporádicas (SILVA, 2004, p. 126).

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

En efecto, la “cultura de la emergencia” que se ha propagado en España no es estrictamente una manifestación local del abandono de las razones jurídicas. La antigua República Federal de Alemania, Francia e Italia fueron los países comunitarios que inauguraron, en plena época del constitucionalismo social, el empleo de la excepcionalidad penal para afrontar sus problemas domésticos de terrorismo rojo (que en contadas excepciones se aplicó al terrorismo negro). Como se sabe, lo excepcional se fue convirtiendo en habitual o regular y todas aquellas vulneraciones que comportaban las leyes antiterroristas a los principios liberales del derecho penal y a las garantías iluministas que están en la base teórica (aunque no práctica) de los sistemas europeos de justicia criminal, se fueron incorporando “legalmente” a los ordenamientos jurídicos¹⁹.

O estado de emergência revela uma forte tendência em países da América Latina, como pode-se citar o Brasil, a Argentina, entre outros. Este fenômeno vem desencadeando a instituição do chamado direito penal de expansão, que se utiliza de políticas públicas mais especificadamente criminais, voltadas para a repressão ostensiva da delinquência, albergada pela noção de direito penal do inimigo²⁰, intensos processos de criminalização primária, mitigação de garantias fundamentais e violação aos direitos humanos.

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

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

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

¹⁹ BERGALLI, Roberto. La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España.

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>. Acesso em: 27 de Ago. de 2008.

²⁰Cf. O direito penal do inimigo é mais presente na chamada luta contra a criminalidade, nos crimes de cunho sexual, econômico e de terrorismo, constituindo-se como um direito de exceção. Ele se apresenta como um método de seleção, segregação e neutralização de uma parcela específica de indivíduos, sendo estes os destinatários de um sistema normativo mais severo e ambíguo. Privilegia uma extensa antecipação das proibições penais, restrições de garantias processuais, e se insere na dimensão de um direito penal de terceira velocidade, marcado pelas prisões preventivas e medidas de segurança (GRECO, 2005, p. 123.)

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

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

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

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

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

No caso em destaque, da Baía de Guantánamo, fica visível a pertinência da aplicação desses instrumentos de proteção, por não haver conflito armado nem perigo iminente à segurança nacional dos Estados Unidos. Sendo assim, não existe razão que justifique a suspensão temporal ou excepcional destes instrumentos,

muito embora devam ser observados os casos em que isto possa ocorrer, como por exemplo, informa o teor do instrumento a seguir:

No todos los derechos admiten suspensión, ni siquiera en circunstancias excepcionales o durante un conflicto armado que amenace la vida de la nación. El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula qué derechos no pueden ser objeto de suspensión. Se trata, entre otros, del derecho a la vida (art. 6), de la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), del derecho de todo ser humano a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 16) y de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18). Aunque ni el artículo 9, en el que se consagra el derecho a la libertad y sus correspondientes garantías procesales, ni el artículo 14, en el que se prevé el derecho a un juicio imparcial, aparecen en el artículo 4 entre los derechos que no admiten suspensión, el Comité de Derechos Humanos ha indicado en su Observación general N° 29 (2001) que "las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión". Por lo tanto, los principales elementos de los artículos 9 y 14, como el habeas corpus, la presunción de inocencia y los derechos mínimos para un juicio imparcial, deben ser plenamente respetados incluso durante un estado de excepción²¹.

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

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

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

²¹ NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da comissão de direitos humanos E/CN. 4/2006/120 sobre a situação dos detidos em Guantánamo.** Disponível em:

<<http://www.universalhumanrightsindex.org/documents /844/815/document/es/text.html>>. Acesso em: 21 out. 2007.

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

Na Inglaterra, ocorre situação semelhante. A aprovação no parlamento inglês da lei Antiterrorismo, Act. 2001, estabelece que os identificados como terroristas possam ser efetivamente detidos, sem o *due process of law*, não obstante ser incompatível com o art. 5º da Convenção Européia de Direitos Humanos: “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law”²². O Estado foi obrigado a revogar esta lei no caso (*A and others v Secretary of State for the Home Dept* (2004) UKHL56)²³, respeitando, assim, as garantias e direitos fundamentais, bem como o princípio da presunção de inocência em observância aos direitos humanos.

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

In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.²⁴

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

Para que uma situação de emergência se configure, é necessário que ela seja atual ou iminente, não podendo auferir um caráter permanente. Deve atingir

²²European court of human rights. **European convention on human rights**. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>> Acesso em 27 ago de 2008.

²³Publications parliament UK. Case law: **A and others v Secretary of State for the Home Dept (2004) UKHL56**. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

²⁴European court of human rights. **European convention on human**. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

magnitude considerável, para atingir a totalidade de um país ou parte dele, bem como a integridade física de sua população, ou seu território, ou que atente ao funcionamento de seus órgãos públicos e a sua soberania.

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

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

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

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

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

Além de uma função hierarquizadora, assume um sentido integrativo e interpretativo, evidente na solução de conflitos. O caráter harmonizador é fruto de uma

construção hermenêutica orientadora dos conflitos, para a manutenção da integração do sistema normativo albergado na ideia de balança.

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

Ao examinar a problemática da legislação de emergência, oriunda de uma política irracional também dita emergencial, o princípio da proporcionalidade assume um importante papel de controle e de harmonização, tanto no aspecto preventivo, devendo estar localizado nos processos legislativos, bem como durante a vigência da lei. Entretanto, verificou-se a inobservância deste princípio nos casos abordados, carentes de racionalidade e pertinência, a afrontar o Estado Democrático de Direito e os valores a que se destina. Esta relação de antinomia desemboca em uma espécie de maçã podre, e corre o risco de contaminar as bases legítimas do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve ser combatida para salvaguardar os direitos humanos, frente aos abusos de poder, evidenciados durante o estado de emergência.

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

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

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

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

Com efeito, a teoria do direito penal do inimigo pode ser evidenciada desde os escritos políticos, cuja ideia basilar era de que o estado de natureza é o estado

de guerra. A paz só poderia ser alcançada, mediante um Estado legal, constituído através de um acordo de vontades, ou seja, por intermédio de um contrato.

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

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

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

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

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

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (CALLEGARI; GIACOMOLLI, 2007, p. 49)

Este pensamento tem origem na teoria dos sistemas sociais. Nela as pessoas existem por intermédio das relações sociais que desenvolvem. Para o

delincente, o direito penal aplicável é o direito penal do inimigo. Preconiza, desta feita, a redução das garantias individuais e processuais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, o direito penal do inimigo sem sido uma forte tendência atual do direito penal, e atinge também o direito processual penal. Neste sentido, pode-se concluir com base no exposto por Riquer e Plácios, que o “Derecho Penal del

Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las garantías” (2003, p. 12).

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2 O direito penal do inimigo e a realidade brasileira

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

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

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

Esse clamor é traduzido pelos inúmeros protestos televisionados, pelas campanhas nacionais, ONG(s), apoiadas pelas instituições religiosas. É a conhecida luta contra o crime organizado, o tráfico de drogas, tráfico de armas, os crimes econômicos, dentre outras condutas delitivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tendo sido recepcionado pela Constituição da República, o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de

Execução Penal, negado ao condenado por crime hediondo, gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização.

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

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

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

Ainda sobre a Lei nº 8070/90, no que concerne à liberdade provisória, não se pode legitimar a idéia de que quem for preso em flagrante pela prática de crime hediondo, tenha o seu direito à liberdade tolhida e de que, pelo mesmo fato, não for preso em flagrante, permaneça em liberdade para responder ao processo, caso não haja prisão preventiva decretada.

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

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

Outro caso decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao Estatuto do Desarmamento Lei n º 10. 826/2003, muito polêmico e que causou comoção nacional. Ele também é oriundo do pacote de combate à criminalidade, passível de Ação Direita de Constitucionalidade, ADI 3112 / DF, e teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, no dia 2 de Maio de 2007, no

Tribunal Pleno que decidiu, pela inconstitucionalidade dos arts. 14, 15 e 21, como informa parte da decisão abaixo transcrita:

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

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

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

Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003²⁵.

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

Na verdade, verifica-se que apresentando uma resposta simbólica e desproporcional a Lei de Crimes Hediondos compromete a racionalidade do sistema normativo e constitui uma grande odisséia na árdua tarefa da aplicação da lei penal, no que tange à sua integração e interpretação, no campo da dogmática penal.

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

²⁵ Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>.> Acesso em: 15 set. 20010.

CAPÍTULO III OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE

3.1 O movimento de Política Criminal *Law and Order*

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

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

O termo ordem pode auferir expressão mitológica, divina ou jurídica, pela imposição de um ordenamento. As leis têm o condão de estabelecer um imperativo, um dever que exprime determinado comportamento, perfazendo-se como forma de controle social, à medida que influencia diretamente a vida.

As leis podem ser de cunho natural, impostas pela própria exigência humana, um dado posto e não construído; leis de caráter absoluto e que não admitem qualquer forma de renúncia, e de leis que fazem parte do mundo construído, ou seja, oriundas de uma criação humana, resultado dos fenômenos sociais conjugados pelos costumes, fatores históricos que modificam intensamente a forma como o homem enxerga o mundo, e cria ciências humanas e, particularmente, o Direito.

As leis corporificam, pois, o ordenamento jurídico e conferem validade e eficácia ao seu teor normativo, ou seja, sua força estará sempre albergada pela ideia de governo de mando. A atividade política, no exercício do poder, sempre esteve ligada aos processos de elaboração de leis. As leis são elementos constantemente mutáveis; elas se adaptam à tradição política adotada, em um determinado tempo e espaço.

O monarca tinha o poder absoluto, o que conferia legitimidade para elaborar leis. Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, faz uma abordagem sobre a lei do ponto

de vista positivo, vinculando-as ao fenômeno político no exercício do poder. Estabelece que este exercício seria dividido em três poderes: Executivo, Judiciário e o Legislativo.

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

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

Surgido na década de 80, nos Estados Unidos, na Alemanha e na Inglaterra, com o intuito de reafirmar manobras políticas, este movimento é regido pela idéia de prevenção negativa, ou seja, coíbe-se o delito antes que ocorra. Com esta finalidade, recorre, inelutavelmente, a um constante estado de alerta, pautado pela cultura do medo, sendo a classe trabalhadora a mais atingida e, não obstante, assolada pelos meios de comunicação, de um papel fundamental na construção de um modelo visual e conceitual do crime, com as constantes exposições de crimes bárbaros.

Cresce assim, o sentimento de insegurança e o anseio por uma intervenção do Estado, como um agente fomentador de políticas criminais mais repressivas e com penas mais duras, dissociadas do espírito de moderação, ocasionando, na maioria das vezes, a ruptura da racionalidade das leis penais, bem como de sua relação de proporcionalidade.

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

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

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

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

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

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

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

Wacquant (2004, p. 332) ao analisar o pensamento de Wesley Skogan, afirma que os fatores desencadeadores da criminalidade constituem-se na pobreza

e na segregação racial. Sendo as formas mais eficazes de combate o crescimento econômico, geração de empregos e inclusão social dos excluídos.

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

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

3.2 O abolicionismo penal como estratégia de política criminal radical

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

O rigor punitivo dessa orientação político-criminal de cariz conservadora, tem como consequência primária a hiperinflação e superpopulação carcerária, o que por

sua vez, tem agravado ainda mais a crise do sistema penitenciário na Europa, Estados Unidos, em especial na América Latina.

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

Ao analisar fato Loïc Wacquant (2007, p. 150-151) chega a afirmar o seguinte:

A pobreza dessas famílias anômalas é percebida como “vírus” cuja transmissão na impossibilidade de ser sustada, devem ser circunscrita, a manifestação de desonra indelével e contagiosa de si, um inimigo estrangeiro ao qual se declara “ guerra.” Esta referência, feita em relação a situação das mães soleiras e pobres dos Estados Unidos. O discurso acima, reforça o moralismo típico do conservadorismo político que, na realidade, vê o problema da desigualdade social como um problema criminal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O conceito de racionalidade será considerado sob uma perspectiva legislativa e jurisdicional. Entende-se que a legislação deve auferir um nível de racionalidade para a salvaguarda do próprio sistema normativo, muito embora se saiba que esta racionalidade fica comprometida ou pouco evidente nos processos massificados de criminalização primária, como também está subjugada a categorias eleitas discricionariamente pelo legislador. Com vistas ao resgate desta racionalidade perdida ou pouco evidente, a atividade jurisdicional tem a função primordial, em suas decisões e na jurisprudência, de buscar, efetivamente, este valor não alcançado ou comprometido, sob pena de não se poder fazer cumprir a finalidade da lei e sob o risco de prejuízo ao jurisdicionado.

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

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

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

funcionalidade, em detrimento de garantias processuais e substanciais, da criação de conceitos jurídicos indeterminados, de poderes discricionários amplos, desembocando em um modelo de política criminal de caráter totalitário.

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

O “eficientismo” implementa um aparato mecanicista de cunho normativo e vazio de sentido cognitivo, apenas endurecendo o sistema penal através de respostas cada vez mais duras e desproporcionais. Com isso, gera verdadeiras incongruências no sistema penal, típicas de uma política criminal antigarantista.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A racionalidade ética também pode desembocar em um problemático substrato de cunho polêmico e insidioso na produção legiferante, ao instituir valores

desprovidos de pertinência constitucional, racionalidade, coerência lógica e pautados em uma razão ética duvidosa.

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

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

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

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

um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitivista do Estado em garantia dos direitos do cidadão. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

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

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

Os dez axiomas são formados pelos seguintes princípios: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla culpa sine judicio, nullum judicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*. Estes princípios orientam e sistematizam o modelo garantista, de cunho jusnaturalista dos Séc. XVII e XVIII (FERRAJOLI, 2002, p. 684). Têm um aspecto negativo e correspondem ao exercício de um direito subjetivo. Em um primeiro

momento, podem ser denominados de primários. As secundárias dizem respeito à atividade jurisdicional na aplicação da Lei Penal.

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

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente e o futuro das escolhas político-criminais refletem e estruturam o sistema penal e, por sua vez, emoldurará os rumos do direito penal.

Hodiernamente, percebe-se a crise dos atuais sistemas de política criminal. O regresso às práticas autoritárias demonstra a face de uma democracia agredida e pouco preocupada com a pessoa humana.

Esta conjuntura é fruto da sociedade moderna que tem como característica primária o individualismo e que, nos últimos anos, a chamada sociedade do risco, marcada pelo voluntarismo, pelo sentimento de insegurança e vitimização.

No campo do direito penal, a atual crise de valores é percebida pela ausência de racionalidade das leis penais que se multiplicam no afã de conter os níveis de criminalidade, através do seu teor meramente simbólico. Dessa forma, o direito penal passa a ser o recurso primário para gerir os problemas estruturais advindos do desmonte de *Welfare State*.

A era da pós-modernidade pode ser entendida como sendo o tempo das ausências, ou como a era dos antagonismos em que as incoerências político-criminais permeiam lado a lado no sistema jurídico penal. Esta tendência é muito evidente no que concerne à realidade brasileira.

No Brasil, os movimentos de política criminal sinalizam ao mesmo tempo opções de caráter minimalista e de expansão também conhecida como maximização do direito penal.

É bem verdade que as tendências maximizantes do direito penal têm se multiplicado no ordenamento jurídico brasileiro, causando vários problemas de origem dogmática, político-criminal e denunciam de modo geral a má técnica legislativa que as atuais reformas penais têm demonstrado.

A política criminal de emergência visa à flexibilização do modelo liberal, a fim de introduzir no sistema penal figuras delitivas nebulosas, carentes de lesividade. Ademais, tem como discurso legitimizador a máxima repressão, olvidando-se, contudo, do caráter preventivo que a política criminal e o direito penal devem ter.

A política criminal de emergência gera antinomias no sistema penal, sem auferir níveis aceitáveis de racionalidade, apregoa o direito penal do inimigo, o endurecimento das leis penais, a hipertrofia do sistema penal, a mitigação de garantias processuais e penais, como formas de combate à criminalidade,

instrumentalizando a miséria humana e graves violações aos direitos humanos. Luta-se a qualquer preço; apenas os números traduzem o sentimento de “eficientismo” e motivam a certeza de que o caminho se perfaz pela insensibilidade do humano para com o humano, sob a égide de um discurso político vazio e falido, apenas retoricamente plausível e simbólico, típico dos Estados totalitários. O movimento *Lei e Ordem* tem se revelado uma forte tendência atual na instituição de um direito penal orientado para a crise e movido pelo sentimento de insegurança que permeia o meio social, e que desencadeou uma grande problemática acerca da tensão dialética entre eficiência e garantismo penal.

Na atualidade, o debate político-criminal tem focado prioritariamente modelos mais eficientes e eficazes na chamada luta contra o crime. A ideia de guerra preventiva destinada ao terrorismo vem afetando o cotidiano de países que sequer tem em seu território identificado esta prática delitiva, no entanto, o terror, o medo e a insegurança tem-se propagado de modo vertiginoso no imaginário coletivo. Isto decorre do próprio processo de globalização.

Os atentados terroristas, ocorridos em Nova York, em setembro de 2001, modificaram intensamente a aplicação do direito penal nas principais democracias do globo, inclusive no Brasil. As intervenções típicas do modelo de direito penal do inimigo se tornaram cada vez mais frequentes e refletem o vazio que a própria pós-modernidade construiu ao estabelecer a hegemonia como forma de organização global. Este efeito é chamado de localismo globalizado. Isto ocorre quando uma tendência local passa a ser também global. Em razão disso, o endurecimento penal passou a ser difundido na Europa, Estados Unidos e América Latina.

Destarte, uma política criminal racional clarifica o futuro democrático, plural, valorado pelos direitos humanos.

A intervenção mínima, o minimalismo penal, os processos de descriminalização, despenalização, e a preocupação com as vítimas elencam o panorama propício para a consecução desta política criminal racional, aportada por elementos criminológicos e dogmáticos, essenciais ao Estado Democrático e que, na realidade, validarão e conferirão os elementos necessários para a formalização de um combate expressivo, eficaz e, portanto, racional à criminalidade.

O Direito Penal não se configura como uma via adequada para a resolução da questão criminal. Em sua magnitude, apenas alcança algumas cifras. Assim, se faz necessária uma ação conjunta entre políticas públicas, sociais, culturais e

econômicas que atuem de forma multidisciplinar, para atingir o maior número possível de indivíduos excluídos ou estigmatizados socialmente. Para, de forma organizada, verificar níveis de desenvolvimento que possibilitem a inserção destes indivíduos em atividades sociais, econômicas e culturais, evitando que cheguem a ser recrutados pelos exércitos do crime organizado, ou até mesmo de qualquer outra forma de criminalidade, por mais tênue que seja. Desta forma, busca-se a salvaguarda e satisfação plena de uma sociedade democrática, plural, fraterna, justa e livre.

Com efeito, percebe-se a relevância da temática, em razão das graves consequências que a política criminal de emergência tem causado no sistema penal brasileiro, bem como em outros países.

A ruptura da tradição democrática reflete o perigo que a pós-modernidade pode incorrer, uma vez que passa a se utilizar das velhas racionalidades punitivas, tendo em vista, que o Estado de Direito não foi suficiente para tutelar a dignidade humana dos grupos atingidos pelo Nacional-Socialismo Alemão do terceiro *Reich*.

Face ao exposto, o modelo de política criminal de emergência não pode prosperar dentro de um Estado Democrático de Direito sob pena de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, pois, ao sabor do autoritarismo, trata seres humanos como descartáveis, ao instituir e legitimar funcionalmente o direito penal do inimigo como base do sistema penal. O direito penal do inimigo retira o *status* de pessoa aos que são atingidos pela lei penal e, assim, rotulá-os como inimigos do Estado.

Ao afirmar a legitimidade do direito penal do inimigo, nega-se a própria existência do Estado Democrático de Direito e, por essa razão, não se apresenta como o modelo de política criminal racional. Ao revés, na realidade, chancela graves violações à pessoa humana, pois instituí práticas autoritárias e nefastas que atualmente têm permeado os esteios do Estado Democrático de Direito e, em função disso, torna-se muito mais danosa do que as velhas racionalidades punitivas típicas dos regimes autoritários do Século XX, pois naquela ocasião não havia a emergência de uma órbita de cariz democrática.

Desta feita, o emergencialismo deve ceder lugar para o fomento de boas práticas preventivas e não meramente repressivas.

REFERÊNCIAS

ARIAS. El Principio de legalidad de la represión y la nueva constitución política del Perú: o princípio da legalidade da repressão e a nova constituição política do Peru.

In: Buscalegis, América do Norte. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção obra-prima de cada autor).

BARATTA, Alessandro, **Criminología crítica y crítica del derecho**: Introducción a la Sociología Jurídico Penal Penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BEIRAS, Iñaki; BERGALLI, Roberto (Coord.). **Política criminal y sistema penal**: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005. (Autores, Textos y Temas ciencias sociales).

BERGALLI, Roberto. La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**.

Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>. Acesso: 27 ago. 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Mexico: Siglo XXI, 1993.

BORJA, Emiliano. **Curso de política criminal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração universal dos direitos humanos**.

Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern>. Acesso em: 12 set. 2007.

_____. Superior Tribunal Federal. **Jurisprudência do STF**. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso: 21 set. 2007.

_____. Superior Tribunal Federal. **Jurisprudência do STF. HABEAS corpus- Hc –**

49717. Relator(a): min. Thompson Flores publicação: dj data - 15-09-72, julgamento: 03/05/1972 - tribunal pleno. Disponível em: <<http://www.alexandremagno.com>>.

Acesso em: 1 jan. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Relatório da primeira conferência nacional de segurança pública. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALLEGARI, André (Org.); JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Coimbra / Revista Dos Tribunais, 2008.

_____. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. **Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 11, n. 44, p. 120-138, jul-set, 2003.

CAMPIONE, Toni Roger. Fascismo y filosofía del Derecho. **Revista de Estudios Políticos**, n.º 103, 1999, p.297-315. Disponível em: <<http://revistas.cepc.es/revistas.>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

CONDE, Francisco José Muñoz. La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo: ¿Un paso hacia la solución final de la cuestión social? **Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminología**, Granada, n. 4, 2002, p.04-22, 27. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

_____. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juis, Tard. Paulo César Busato, 2005.

CÓRDOBA, Federico Escobar. El desarrollo y la fisonomía del Derecho socialista. *In: Criterio Jurídico*, 2008, p.157-194. Disponível em: <<http://www.puj.edu/>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico**. Trad. Ernestina de Champourcín Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European convention on human**. Disponível em:<<http://www.echr.coe.int/echr>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Trad. para o Espanhol, da 14ª edição alemã, por Eugenio Raúl Zafaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.

GRECO, Luís, Sobre o direito penal do inimigo. **Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 56, ano 15, p. 82-97, jan-fev, 2005.

_____. **Direito penal do equilíbrio** uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. ver, amp. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ, Conde. **Introducción a la criminología** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETI E. e SILVA R. B. D da (orgs). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997, p.189-213

IPIÑA, Antônio Beristain. **Política criminal comparada, hoy y mañana**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. 2. ed. Barcelona: Península, 1978.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006.

LEITE, Flamarion. **Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOSANO, Mario G.. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAGNO, Alexandre. Julgamento: HC. 49717. Disponível em: <<http://www..aledanremagno.com>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

MARCUSE, Herbert. **La sociedad industrial**. Buenos Aires: Editorial Quintaria, 1969.

MARTIN, Elizabeth (Ed.). **Oxford Dictionary of law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2003.

MARTY, Mireille Delmas. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito penal do inimigo**. A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret. 2002.

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

NAPOLITANO, Tomaso. **La politica criminale sovietica**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936.

PAZ, Miguel Ángel Núñez. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. In: **Instituto Brasileiro De Ciências Criminais**, São Paulo, n. 61, ano 14, p. 09-43, jul-ago, 2006.

PLATÃO, **A república**. São Paulo, Martin Claret, 2001.

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

PREUSS, Lawrence. Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law. **Journal of Criminal Law and Criminology** (1931-1951), v. 26, n. 6, 1936, p. 847-856.

RE, Lucia. **Carcere e globalizzazione**. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa, Roma, Laterza, 2006.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**: Nueva Serie Año XXXV, Mexico, n. 103, p.01-11, 2002. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

_____. **A racionalidade das leis penais**. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Pablo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, ano 12, p.124-158, jan-fev, 2004.

SINGER, Peter. **Marx**: A Very Short Introduction. Oxford New York: Oxford University Press, 1980.

ROBERTTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**: elementos del delito en base a la política criminal. Barcelona: Promociones Y Publicaciones Universitarias S.a, 1992. (Derecho y estado).

SALVADOR, Almiro. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTORO, Emilio. O papel do cárcere no governo das migrações do “governo” da população à cidadania excludente. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA UFPB, 4, 2007. João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2007. p. 22 - 27.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Carl. **El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional, y el principio nullum crimen, nulla poena sine lege.** Trad. Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde. Argentina: Hamurabi, 2006.

VABRES, H. Donnedieu de. **La crise moderne du droit pénal: La politique criminelle des états autoritaires.** Paris: Librairie Du Recueil, 1937.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Política criminal latinoamericana: perspectivas - disyuntivas.** Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº.46, ano 12, jan-fev, 2004, p. 115- 129.