

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL EMERGENCIAL FRENTE AO MODELO GARANTISTA DE ESTADO

LA ILEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA FRENTE A EL MODELO GARANTISTA DE ESTADO

**George Maia Santos
Pedro Durão**

Resumo

As grandes cifras da violência e da criminalidade tornam a insegurança uma das grandes marcas da sociedade contemporânea. Os efeitos da pós-modernidade e da globalização hegemônica neoliberal fazem surgir um ambiente de incertezas que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva, já que indispensável ao desenvolvimento social. O risco passa a ocupar papel central no modelo de organização da sociedade hodierna. Por isso, na concepção de Ulrich Beck, vive-se numa Sociedade de Riscos. Em meio a tal fator, o aumento da exclusão e da desigualdade social, notadamente nos países periféricos, força o Estado a adotar medidas para proteger os interesses das classes dominantes. Portanto, sob o pretexto da prevenção e precaução, e diante da pressão midiática, da opinião pública e de determinados grupos políticos, o legislador é chamado a criar instrumentos de proteção. Assim, a ideia do expansionismo penal ganha corpo e solidez, na medida em que o Direito Penal de Emergência assume o status de garantidor das gerações futuras e regulador dos conflitos sociais, políticos e econômicos. Portanto, a presente investigação visa demonstrar que o inflacionamento penal, na sua face emergencial, não se coaduna com o modelo de estado garantista, tendo em vista ser utilizado apenas como um instrumento de opressão e dominação, causando, desse modo, nítidos reflexos nos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Sociedade de riscos, Direito penal de emergência, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Las grandes cifras de la violencia y de la criminalidad hacen inseguridad una de las grandes marcas de la sociedad contemporánea. Los efectos de la posmodernidad y de la globalización hegemónica neoliberal dar origen a un ambiente de incertidumbres que requieren el ser humano hacer frente con el riesgo de una nueva perspectiva, ya que indispensable al desarrollo social. El riesgo ocupa un papel central en el modelo de organización de la sociedad actual. Por dicho, en el concepción de Ulrich Beck, que vivimos en una "Sociedad de Riesgos". En medio de esos factores, el aumento de la exclusión y de la desigualdad social, especialmente en los países periféricos, obliga al Estado a adoptar medidas para proteger los intereses de las clases dominantes. Por lo tanto, bajo el pretexto de la prevención y precaución, y ante la presión de los medios de comunicación, de la opinión pública y de algunos grupos políticos, el legislador es llamado a crear instrumentos de protección. Así la

idea del expansionismo penal toma forma y solidez, en la medida en que el Derecho Penal de Emergencias asume la condición de garantista de las generaciones futuras y regulador de los conflictos sociales, políticos y económicos. Por lo tanto, esta investigación pretende demostrar que el inflado penal, en su rostro de emergencia, es incompatible con el modelo de Estado garantista, considerando sólo ser utilizado como un instrumento de opresión y dominación, provocando claros reflejos en los derechos fundamentales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sociedad de riesgo, Derecho penal de emergencia, Derechos fundamentales

1. INTRODUÇÃO

Poucos problemas sociais mobilizam tanto a opinião pública no Brasil como a criminalidade e a violência. Este é um daqueles fatores que afeta toda a população, independentemente de classe, raça, credo, sexo ou estado civil. São consequências que se refletem tanto no imaginário cotidiano das pessoas como nas cifras extraordinárias representadas pelos custos diretos da criminalidade violenta. Em razão de vários episódios “aterrorizadores”, toda sociedade mobiliza-se em torno da insegurança. As cifras da criminalidade são altíssimas.

A mídia, dando uma roupagem novelística à violência criminal, faz com que a explosão da criminalidade tome conte do imaginário social. A informação constante e ininterrupta manipula a consciência das pessoas, que passam a aceitar suas ideias como verdades absolutas, ao mesmo tempo em que transmite uma concepção ambígua relacionada à violência. Todos se sentem inseguros.

Vê-se que a “arquitetura do pânico” encontra-se cada vez mais presente nas cidades brasileiras. Muros altos, cercas elétricas em volta das residências, modernos sistemas de segurança, vigilância privada vinte e quatro horas. Na rua não se convive mais com sociabilidade. As pessoas, apressadas e agarradas aos seus pertences, não param mais para responder a ninguém e, quando o fazem, é de maneira aflita e desconfiada. Enfim, os indivíduos e as instituições modificam comportamentos e reorientam-se para conviver com a tensão e a expectativa de serem, um dia, vítimas de ofensas criminais. Cultiva-se, destarte, a “Cultura do Medo”.

Não bastasse isso, a sociedade hodierna caracteriza-se como uma sociedade de riscos. A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco em um elemento central na organização social. O agir do homem moderno, significa ousar, isto é, atuar perante a possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo.

As fontes de produção, de energia e de consumo envolvem tecnologias complexas e interferem, sobremaneira, na construção das expectativas da vida em comum. O risco atual, não se compara ao de outrora, cuja característica era marcada pela pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição e previsão.

A obstinação pela inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias. Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, visto que a intensidade do progresso da ciência, no mais das vezes, não é acompanhada pela análise dos efeitos e impactos decorrentes da utilização destas novas tecnologias.

Portanto, do descompasso entre o surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, ora indispensável ao desenvolvimento social, passa a ocupar papel central no modelo de organização da sociedade moderna. Sob esse prisma, surge a sociedade de riscos, e, no mesmo passo, a necessidade de instituir medidas de prevenção e precaução para evitar condutas lesivas ou prejudiciais.

Da união de forças entre a criminalidade tradicional violenta e os riscos inerentes à sociedade contemporânea, vem à tona o “Direito Penal de Emergência”, ou seja, a tutela penal passa a ser o centro das atenções, vislumbrando-se nela o único mecanismo capaz que tem o Estado de coibir a criminalidade clássica e pós-moderna. O Direito Penal é visto como um remédio milagroso capaz de salvar toda a sociedade do pânico, do medo e da criminalidade, sendo erigido a um instrumento de primeira intervenção.

No cenário posto, contudo, considerando as balizas garantistas do Estado brasileiro, a utilização emergencial e desenfreada do Direito penal se legitima, mesmo quando estruturado para combater os riscos sociais da sociedade pós-industrial?

Nessa perspectiva, a pesquisa realizada é de cunho exploratório. Quanto à metodologia, fez-se a opção pelo método hipotético-dedutivo, visto que diante do problema proposto, há de se fazer uma discussão crítica, acirrada e pública sobre a delimitação proposta, sempre numa tentativa de eliminar as incertezas que permeiam o questionamento realizado no trabalho. De referência ao procedimento técnico, adotou-se como tipo e técnica, o bibliográfico.

O trabalho, por sua vez, não tendo, por óbvio, a intenção de esgotar o tema, se propõe, ainda que de forma sintética, a demonstrar que o discurso do pânico não se coaduna com as liberdades democráticas, uma vez que além de inverter a máxima caracterizadora do Estado Democrático, – *direito penal mínimo, direito social máximo* – a crença na intervenção punitiva como solução para os mais variados e complexos conflitos sociais, nos dizeres de BOLDT (2013, p. 21), transforma a concretização dos direitos humanos em sonho penal que,

ao se expandir por meio da profusão de leis emergenciais, amplia as mazelas de um modelo mergulhado em crise profunda, apesar dos discursos que tentam preservar sua aparente integridade e coerência.

2. A SOCIEDADE DE RISCOS COMO PROPULSORA DA GERAÇÃO DE NORMAS PENAS EXPANSIVAS

A expressão “Sociedade de Riscos” decorre de estudos traçados por Ulrich Beck, sociólogo alemão, que, partindo dos escritos de Anthony Giddens, demonstra que há intensos contrastes entre a sociedade industrial e a sociedade contemporânea ou pós-industrial.

O processo radical de modernização da sociedade contemporânea, também conhecido como “modernidade tardia”, “modernidade reflexiva” e “supermodernidade”, acabou por abalar os fundamentos da sociedade industrial, uma vez que os padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração da natureza foram revolucionados pela ocorrência interligada da globalização, individualização, revolução do gênero, desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais.

Por intermédio de um processo reflexivo, que significa a *“possibilidade de uma (auto)desconstrução criativa para toda era: aquela da sociedade industrial”*, BECK (2010, p. 19) ressalta que *“a sociedade contemporânea está inserida num cenário de incertezas quase insolúveis em vários setores da vida social e que se manifesta em diversos níveis (econômico, político, social, jurídico, familiar, cultural etc.)”*.

Nesse contexto, além da ruptura do modelo daquela modernidade marcada pela sociedade industrial para a modernidade reflexiva, BECK aponta o surgimento do “risco” como outra característica desse processo evolutivo.

Em decorrência desse diagnóstico realizado pelo autor, conclui-se que no processo desenfreado de modernização para a produção de riquezas, muitos riscos foram criados de forma imperceptível ou secundária, mas que no cenário social atual ganharam dimensões tão impressionantes, capazes de impedir, até mesmo, o desenvolvimento da vida humana. No campo do meio ambiente, a guisa de exemplo, cita-se as atividades relacionadas à fabricação, distribuição e utilização de produtos perigosos, além da técnica atômica, a tecnologia genética, a biotecnologia e por que não mencionar o bioterrorismo.

Logo, para BECK (2010, p. 15),

a sociedade de riscos não foi algo que se desejou, mas ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças, e consiste, por assim dizer, em um estágio da modernidade em que começa a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.

De modo semelhante GIDDENS (1991, p. 13) retrata que

a sociedade de risco compreende um período em que as consequências da modernidade se tornam mais radicalizadas e universalizadas do que antes, e podem ser compreendidas, então, como o conjunto de relações econômicas e sociais que se desenham na era pós-industrial, em que o novo modelo de produção determina um novo papel ao risco.

Trazendo a problemática para o cenário nacional, verifica-se que o Brasil não está isento dos efeitos dos riscos, sejam eles típicos de sociedade subdesenvolvidas ou próprios de país de primeiro mundo. “*O desenvolvimento econômico, por exemplo, produz riscos como poluição ambiental, contaminação por produtos químicos, e tantas outras ameaças típicas de sociedade industrializadas*” (LIRA, 2013, p. 80). No que tange aos perigos que permeiam as sociedades em desenvolvimento (ou subdesenvolvidas), a violência se destaca como traço mais marcante.

Sob outra órbita, LIRA (2013, p. 80-81) narra que

o país sofre os reflexos do fenômeno da globalização, que “encurtou” distâncias, unificando riscos que eram próprios de comunidades determinadas, seja por fator cultural, econômica, social, político, etc. É dizer, além dos riscos endêmicos, o país convive com ameaças e incertezas geradas em outros territórios e que assolam a sociedade brasileira. Nos riscos próprios estão incluídos a violência, a proliferação do tráfico e uso de drogas, o desmatamento, o comércio ilegal de fauna e flora, a poluição de cursos d’água, etc. Nos riscos advindos de outras sociedades, reflexos da globalização, o terrorismo se apresenta como ameaça à (extra)territorialidade, assim como a radioatividade, explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa.

Essa complexidade de riscos, conforme LIRA (2013, p. 81), “*justifica-se em virtude da extensão territorial do Brasil, bem como pelo aspecto diverso da colonização/exploração, que legou culturas distintas ao longo do território brasileiro*”. Contudo, independente do modelo de risco e em quais cenários eles ocorram, é certo que se vive num ambiente propício a produção de riscos que vai exigir, de acordo com BECK, mecanismos de prevenção e controle.

Assim, seja no cenário nacional ou mundial, a partir da sua “Teoria Reflexiva”, BECK inicia um processo de questionamento em face das instituições de controle, inclusive do próprio Direito, e faz despertar a necessidade de serem criados instrumentos para a autolimitação do desenvolvimento, como também de serem rediscutidos os padrões de responsabilidade, segurança, controle, causalidade, limitação do dano e distribuição de suas consequências. É nesse viés em que se inicia a interação entre a “Sociedade de Riscos” e o expansionismo penal. Pois bem.

Em razão do surgimento das novas situações de incerteza e insegurança, a opinião pública começa a clamar por um mecanismo apto a resolver o problema. De outra banda, a mediação da questão e a interferência direta da temática no cenário político, social e econômico faz aparecer a figura do Estado preventivo e tendencioso a orientar o seu discurso no sentido de que a tutela penal das situações criadoras dos riscos sociais, justifica-se pela sua dimensão e gravidade, visto serem capazes da destruição, inclusive, em massa.

Portanto, amplia-se o sistema penal passando a exigir-se não um caráter minimalista para a tutela de bens jurídicos sensíveis, mas um caráter promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária. Sob essa ótica o Direito penal ganha a função de garantidor das gerações futuras e de regulador de uma série de temas ligados ao meio ambiente, a sanidade dos produtos distribuídos a população, a manipulação genética e a atividade econômica.

BOTTINI (2007, p. 28), nesse particular, esclarece que

O direito penal atual, com suas características marcantes de expansão sobre novos contextos, não surge por acaso. Os novos tipos, os institutos dogmáticos desenvolvidos, a metodologia de sua aplicação têm relação íntima com o contexto social no qual ele é produzido e reproduzido. O surgimento ou o desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade.

Vê-se que o modelo de organização social, estruturado sobre um modelo de produção econômica e sobre valores culturais e políticos, estabelece os mecanismos de exercício de poder com o objetivo de manter sua funcionalidade. Os instrumentos de controle social desenvolvidos em diversas esferas do relacionamento público e privado refletem o modelo mencionado e são aplicados teleologicamente, com o escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como *ratio essendi* daquela organização. O direito penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem (BOTTINI, 2007, p. 28).

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam, assim, a propagação do discurso pela extensão do direito penal. Este é o contexto do direito penal do risco que, nos dizeres de MENDOZA BUERGO (2002, p. 285), “*é a expressão que, em boa medida, surge como criação conceitual crítica da doutrina e identifica a evolução experimentada pelo direito penal, designando as modificações estruturais para adaptar o sistema repressivo ao fenômeno da sociedade de riscos*”.

Enfim, o Direito penal passa a ser um direito de gestão ordinária dos problemas sociais, o que representa uma verdadeira afronta aos Direitos Fundamentais, principalmente quando se considera, nas palavras de DE GIORGI (1998, p. 198) que a “Sociedade de Riscos”, “*forma-se a partir da incompetência dos sistemas sociais na promessa de segurança, consistente na incapacidade de controlar as ameaças originadas das suas próprias decisões*”.

3. DIREITO PENAL EMERGENCIAL E SUAS REPERCUSSÕES ILEGÍTIMAS NO SISTEMA DE GARANTIAS

Os efeitos da pós-modernidade e da globalização hegemônica neoliberal podem ser sentidos de várias formas no âmbito penal e constitucional, com nítidos reflexos sobre os direitos fundamentais. A insegurança, uma das marcas das sociedades contemporâneas, tem sido apropriada por diversos grupos políticos para justificar a restrição de direitos e garantias constitucionais a partir da implementação de mecanismos exacerbados de punição inspirados em políticas criminais radicais que, no caso dos países periféricos se restringem a meras políticas penais, diante de políticas públicas capazes de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada.

Em se tratando do Brasil, observa-se que a sociedade ainda não encara o crime como um fenômeno social. A angústia é o sentimento contemporâneo, e a insegurança abre espaço para a manipulação de ideias e até mesmo de comportamentos.

O que se nota é um sentimento de vitimização que reproduz uma visão maniqueísta da sociedade, em que os bons se transformam em vítimas indefesas dos maus, incluídos nesta última categoria os supostos responsáveis pela segurança de todos. A sociedade sente-se vítima do bandido e do Estado incompetente ou pouco opressor.

Voltam-se os olhos, então, para o criminoso de forma furiosa e, como profilaxia para a criminalidade, exige soluções que se aproximam das teorias instituídas pelo movimento da Lei e da Ordem, o qual foi inspirado pelo aumento progressivo da criminalidade nos Estados Unidos da América do Norte, principalmente depois da Guerra do Vietnã, cujos seguidores defendem que a criminalidade de toda ordem só pode ser controlada através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade, influenciando várias legislações penais, inclusive, a brasileira.

Definitivamente, o delito é visto como um enfrentamento formal, simbólico e direto entre o Estado e o criminoso que lutam entre si solitariamente, como lutam o bem e o mal, a luz e as trevas, o amor e o ódio, a alegria e a tristeza.

Os delinquentes são retratados como seres ameaçadores e violentos pelos quais não se pode ter simpatia e para os quais não há ajuda concebível. Assim sendo, devem ser postos fora do cenário social para a proteção do público, o que significa em alguns países a prisão perpétua ou a condenação à morte.

Para tirar os delinquentes do jogo, todavia, deve-se utilizar um instrumento forte o suficiente a ponto de reduzi-los a pó. E este instrumento, opressor, estigmatizante, fascista, autoritário e discriminatório utilizado pelo Estado pátrio é o Direito penal, na sua face emergencial, que se apresenta como política punitiva do tipo “lei e ordem”, Direito penal máximo, importando, tão somente, a punição do criminoso, visto como nunca, como um inimigo social. Inflaciona-se o ordenamento jurídico de leis que trazem consigo uma carga penal recrudescida com o objetivo exclusivo de promoção e de acalmar o ânimo social.

Todavia, este processo inflacionário tem, porém, diferentes gatilhos negativos, todos criados e mantidos pela cultura do medo, que em nada se coadunam com a visão garantista do Sistema Penal.

Em decorrência deste gesto de prevenção, extrapolando o âmbito do recomendável ao jurídico, a qualidade do Direito penal fica prejudicada, já que a prodigalidade legislativa usualmente se encontra assentada em textos legais poucos cuidados, criando problemas incontáveis no momento da aplicação do Direito.

A ampliação sem critérios definidores dos bens jurídicos tuteláveis penalmente, compromete o próprio funcionamento do Direito penal, visto que provoca um déficit de

operacionalidade marcante, oriundo da incapacidade de o sistema agir de modo a dar solução a todos os problemas que se lhe apresentam.

Nesse toar, PRADO (2003, p. 70), enfocando o bem jurídico ensina que “*em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária.*”.

Daí, as atribuições declaradas como do Direito penal - responsabilizando-o pelo que jamais seria função sua -, por serem, faticamente, impossíveis de serem levadas a efeito, acabam por reduzi-lo ao cumprimento distorcido de um papel, quando muito, meramente simbólico. Nesse contexto, o Direito penal é utilizado como instrumento de opressão e dominação, retratando nada mais do que a criminalização da pobreza. A prisão entra no lugar da educação, saúde, lazer, esporte e habitação, por exemplo.

Com efeito, a visão jakobiana inicia o seu império, ocasionando nefastas consequências como: morosidade, descrédito, sensação de impunidade, ineficácia da ameaça penal e a compreensão equivocada de que o Direito penal oferecido é pouco, pedindo-se por mais oferta dele, sem se falar, ademais, do custo exorbitante para o sistema penal, gerando falta de recursos para investimentos necessários e urgentes.

Instauram-se na legislação penal, em razão da sua face emergencial, os pilares do Direito penal do inimigo. Ou seja, o sistema penal passa a destinar-se a um grupo certo de pessoas denominadas inimigas. A este se direciona uma legislação de luta e de guerra, pois os inimigos são indivíduos cuja atitude reflete seu distanciamento, presumidamente duradouro e não apenas incidental em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. Como são vistos como não pessoas, os inimigos não podem gozar de privilégios e prerrogativas. Portanto, uma legislação recrudescidora é pouco diante do que o inimigo merece.

Como se não bastasse, o déficit operacional do sistema penal vem sendo compensado, erroneamente, pela flexibilização de diversas garantias penais e processuais penais, comprometendo seriamente a imprescindível formalização do sistema penal. Isto significa que se terá no sistema penal menos regalias e menos benefícios. Neste caminho e

visando enfrentar o inimigo por meio do Direito penal, as tendências ligadas à prevenção dos riscos e da criminalidade buscam, dentre outras medidas:

a) Estender a proteção a bens jurídicos supra-individuais ou não fundamentais, atrelados a formas difusas de criminalidade (crime organizado, terrorismo, crime de colarinho branco, crimes ambientais, crimes eletrônicos e os praticados por meio virtual etc.), provenientes das modificações inerentes à pós-modernidade. Isto significa que o Direito penal deixa de ser o último remédio da sociedade para proteger determinados valores, perdendo o seu caráter fragmentário e subsidiário;

b) A antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, chegando-se ao ponto de se punir atos preparatórios. Desta maneira, retira-se da conduta delitiva e do resultado jurídico, a lesividade. Criam-se crimes de perigo abstrato, cujo núcleo elementar se aperfeiçoa apenas com a prática de uma conduta sem haver, para tanto, uma lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico relevante protegido pela norma penal;

c) A criação de normas penais em branco e tipos penais abertos que atribuem sanções a preceitos de maneira vaga e imprecisa ferindo o princípio da taxatividade penal, gerando-se, desse modo, o fenômeno da administrativização do Direito penal.

d) A responsabilização da pessoa jurídica, propiciando, por vezes, denúncias vazias e não individualizadas em ofensa ao princípio da responsabilidade pessoal;

e) Gerar uma desproporção nas penalidades impostas pelo sistema, sem observar a importância do bem ofendido e a gravidade do ataque perpetrado.

Percebe-se, então, que embora as emergências sejam utilizadas como mecanismo de legitimação do poder punitivo, paradoxalmente, a intervenção punitiva emergencial associada ao discurso do caos e da insegurança, promove a deterioração do Estado de direito mediante o aprofundamento da crise de legalidade e legitimidade do próprio sistema penal, impondo sérios riscos às garantias individuais, limites postos para a defesa do homem contra os abusos estatais (BOLDT, 2013, p. 110).

Constata-se, assim, que o paradigma emergencial possui suas raízes “*na legislação de exceção e na jurisdição não menos excepcional que [...] alteraram a fonte de legitimação política do direito penal e os seus princípios inspiradores*” (FERRAJOLI, 2002, p. 649).

Responsável pelo retrocesso do sistema penal, a cultura de emergência promove a sobreposição do pan-penalismo ao minimalismo penal “*e exsurge como orientação*

dominante, distante de qualquer racionalidade e da consciência da necessidade de interação (subsidiária) com os outros sistemas de controle social” (SICA, 2002, p. 82).

Com isso, diante da carência de racionalidade (e legitimidade) do paradigma emergencial, *“reforça-se a opinião de Zaffaroni de que o direito penal, em seu viés meramente emergencial, torna-se apenas um instrumento de dominação e de autoridade, e não um meio de resolução de conflitos graves e de garantia da coexistência pacífica entre os indivíduos” (BOLDT, 2013, p. 113).*

Esse “direito penal de exceção” revela a incoerência e a insensatez de um sistema penal que se imagina racional, designando simultaneamente duas coisas: *“a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada” (FERRAJOLI, 2002, p. 650).*

Logo, a ampliação do espectro penal faz com que o direito penal deixe de cumprir a sua única e legítima função, consubstanciada na utilização da sanção penal em benefício da pessoa humana para protegê-la dos ataques de outra pessoa e da intervenção estatal arbitrária.

O recrudescimento das penas e a flexibilização das garantias processuais em nome da eficiência penal, reforçam as contradições do sistema penal e obstam a efetividade dos direitos fundamentais. Com a emergência penal, reduz-se o direito penal a fins exclusivamente punitivos (quando não meramente simbólicos) e consolida-se o aparente antagonismo entre efetividade processual e garantias constitucionais.

Além de demonstrar um apego exacerbado à exceção e ao autoritarismo, o tratamento recorrente de complexos conflitos sociais mediante a utilização de medidas que fogem à normalidade constitucional produz como consequências a supressão de direitos e garantias.

Nesse prisma, conforme afirma BOLDT (2013, p. 124),

A assunção da sanção penal como instrumento primordial na solução de conflitos não apenas agrava o processo auto-destrutivo do direito penal, mas impulsiona a edificação do Estado penal, paradigma contrário ao Estado de direito e que inviabiliza a universalização dos direitos e garantias fundamentais.

A criação de leis sob o manto de emergência e para a mera satisfação retórica da opinião pública transforma a exceção em normalidade e faz com que o devido processo legal

seja percebido como um formalismo incômodo, contrariando, portanto, as lições de HASSEMER (1998, p. 82):

As formalidades do processo penal não são meras formalidades. Em seu núcleo, são formas protetoras de interesses da totalidade dos intervenientes no processo penal e, antes de tudo, do imputado. Se se autoriza a, num caso concreto, deixar de lado estas formalidades, tornam-se desta forma disponíveis todos os pilares do direito processual penal.

Com isso, essa corrosão das garantias pela cultura emergencial, justificada em prol da contenção da violência produzida pelas condutas desviantes, amplia os níveis de violência punitiva e nos distancia da responsabilidade para com o “outro”, da ética da alteridade, forma de negação da própria violência (CARVALHO, 2008a).

Desse modo, constata-se que a violência institucionalizada no âmbito das agências de punitividade dificilmente encontra limites no poder que exercem, pois os próprios direitos humanos, supostos óbices ao exercício arbitrário do poder punitivo, têm se tornado objeto da reversibilidade que substancializa os Estados contemporâneos.

No horizonte posto, esse processo de inovação do pânico tem como característica a relativização de algumas barreiras que, erigidas sob as exigências do paradigma do direito penal clássico, parecem dificultar a persecução de certos fins políticos-criminais. Em outras palavras, aqueles princípios que muitas vezes servem de contenção à intervenção penal – tais como: estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos – e que são frequentemente apontados como obstáculos à adequação eficiente do direito penal às necessidades preventivas e de proteção da sociedade do risco passam a ser confrontados, reinterpretados, entendidos de forma flexível e adaptados às novas necessidades.

Paradoxalmente, em nome dos direitos humanos, se aniquilam os próprios direitos humanos. Evidente, portanto, o distanciamento do sistema penal de emergência de um hipotético sistema de justiça criminal pautado nos princípios constitucionais do Estado Constitucional e Democrático de Direito, no qual a pena não pode representar a defesa mais adequada aos direitos humanos (BOLDT, 2013, p. 137).

Parece, então, que o desafio posto aos cientistas do Direito penal consiste, sobretudo, em desfazer equívocos, armadilhas ideológicas e crenças infundadas que têm estado subjacente à produção e aplicação do Direito penal atual, restabelecendo-lhe o lugar que lhe é

reservado no contexto de um Estado pautado no Sistema de Garantias: o de servir de instrumento de controle social subsidiário e fragmentário, sem nunca abandonar sua essência garantista. Esse parece ser o melhor (e mais racional) caminho para se rever a desabalada proliferação do Direito penal assim como a banalização do seu uso.

Faz-se necessário, assim, que se conheçam e compreendam as finalidades que o Direito penal legitimamente encontra-se autorizado a cumprir. Além disso, acirrada reflexão sobre a forma e conteúdo que se vem dando (erroneamente) ao Direito penal é conduta imperativa, pois sem se conhecer o que informa a criação, interpretação e execução do Direito penal, é improvável que se avalie seus descaminhos e, decorrentemente, será dificultoso reverter o estágio alcançado, resgatando e reencaminhando o Direito penal ao seu sentido de cumprir finalidades legítimas e tangíveis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremate, o que parece evidente é que os riscos da antiguidade não são os mesmos dos tempos atuais. O tempo da pós-modernidade reclama um Direito adequado às sociedades complexas e de relações sociais caracterizadas pela diversidade de atores, sejam eles particulares ou públicos. Não é possível a aplicação de um Direito desconectado das práticas sociais pós-modernas. Não é outro o cenário posto para o Direito penal. Esse ramo do Direito sempre teve sua aplicação voltada aos conflitos impossíveis de serem solucionados na esfera administrativa ou por outros ramos do Direito.

Entretanto, a sociedade do risco, na concepção de Ulrich Beck, tem criado no legislador um sentimento de ampliação do rol das condutas a serem tratadas pelo Direito penal. Tal comportamento social se apresenta pela institucionalização do medo e identificação do outro como inimigo. Aliado a isso, em meio ao acirramento da exclusão e da desigualdade, o Estado se vê forçado a proteger os interesses das elites dominantes, defensoras do capital. Com a redução de investimentos em políticas sociais que beneficiem a maioria da população, torna-se, então, imprescindível a atuação estatal destinada à contenção da marginalidade crescente e das condutas desviantes que se voltam, em especial, contra os interesses dos grupos hegemônicos. Sob essas bandeiras, o senso comum e os meios de comunicação pressionam o legislador para que produza, em larga escala, leis penais como solução para ameaças abstratas e determinadas pelo clamor social, como se a utilização desse instrumento

fosse capaz de contornar o caos da violência no País, seja em razão da criminalidade clássica notoriamente conhecida pela sociedade, seja em virtude da necessidade de uma postura mais enérgica frente aos novos riscos sociais.

Busca-se, nessa linha, o aumento de recursos repressivos na ilusão de que estes, de maneira ainda mais requintada, consigam resolver problemas irresolúveis através do remédio (ou veneno) do Direito penal, alimentando falsas esperanças de que com tais recursos os problemas seriam eliminados, quando se sabe que nem com estes ou com outros recursos isso possa acontecer, dado que a criminalidade continuará existindo. Assim, o Poder Político vale-se do Direito penal para cumprir só ou prioritariamente as suas funções promocionais e simbólicas. Desta feita, o Direito Penal brasileiro passa por uma notória crise de legitimação.

Conquanto, embora deslegitimado, o Direito penal é visto pelo Estado não como instrumento de ultima ratio, e sim como meio eficaz de solução de conflitos. Em nome do combate à criminalidade de massa e visando reduzir o influxo de condutas de risco, pedem-se leis penais mais duras e até mesmo medidas de exceção. Esquece-se, entretanto, que a relativização da legalidade é o primeiro passo para um processo que converte vingança em fator de intolerância, levando à corrosão moral do poder público e jogando no lixo conquistas democráticas, bem como que mudanças circunscritas apenas no plano legal não dão conta dos problemas da deterioração do tecido social decorrentes de séculos de exclusão.

A ressurreição do fascismo pela manipulação de uma opinião pública assustada com a incapacidade do Estado em manter a ordem, é uma consequência preocupante. As diferentes formas de opressão, voltando-se justamente contra os que veem nas medidas de exceção uma resposta à banalização do mal, configuram outra consequência perigosa no cotidiano da sociedade. A confusão midiática da informação com a cultura do espetáculo e clamor do olho por olho retrocede a sociedade do estado civil ao estado de natureza. O recurso à truculência e banalização do Direito penal dilui a ideia de cidadania.

Todavia, é preciso enaltecer que o modelo de organização do poder político no Brasil é o Estado Constitucional e Democrático de Direito: logo, os institutos do direito penal pátrio devem ser funcionais para manter e reproduzir suas premissas e seus princípios. Os vetores deste modelo de Estado expressos na Carta Republicana, indicam o exercício do poder fundado na soberania popular, orientado ao respeito à pluralidade e à dignidade humana.

A finalidade do sistema penal será a preservação das expectativas sociais dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional. Fica evidente, então, que todos os institutos penais devem observar, respeitar e trabalhar pela vigência dos preceitos do modelo de Estado em questão, e seu conteúdo material estará voltado para a consolidação dos princípios que o sustentam.

O Estado de garantias elege como valor fundante a dignidade humana. A dignidade humana como coluna vertebral do sistema de relacionamentos humanos é o substrato material, é o núcleo de identidade normativa do modelo de Estado sobre o qual vive a sociedade pátria.

Em vista disso, a reação violenta do Estado só pode ser dirigida aos atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam e, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade da pessoa humana, é a liberdade de autodeterminação, que somente pode ser exercida em sua plenitude quando o cidadão tem a sua disposição os bens necessários para seu desenvolvimento e para sua interação comunicativa com os demais membros da sociedade.

Estes instrumentos utilizados pelo homem para construir seu mundo de vida, sem os quais inexistiria a liberdade de atuar, são os únicos interesses passíveis de proteção por um Direito penal num Estado garantista.

Destarte, a utilização legítima do direito penal, no modelo de Estado em vigor, só se faz possível diante de condutas que atentem contra a dignidade da pessoa humana ou contra os bens e valores que permitam sua existência material, o que não se concretiza em um Estado Policial em que as premissas básicas é ver o criminoso como um inimigo, uma não-pessoa, fazendo inserir em sua órbita uma legislação estritamente punitiva e agarrada ao recrudescimento com o fim de coibir os riscos da sociedade moderna e a criminalidade crescente, afastando-se, por isso mesmo, do vetor do Estado de bases garantistas que é a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, destaca-se a necessidade de se buscar uma utopia orientadora que promova a criação de um contra-discurso, essencialmente crítico e sedicioso, enraizado em uma concepção pessimista do poder punitivo e que possa subverter a ordem vigente por outra mais justa e solidária, abrindo as portas para a delimitação da resposta penal e para a efetivação dos direitos fundamentais.

Já passou da hora, “*de ser adotado um Direito Penal do Equilíbrio, por meio do qual o Estado perderá seus poderes de coerção em benefício do direito de liberdade de seus cidadãos*” (GRECO, 2008, p. 157).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

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

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

DI GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

FERRAJOL, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Universidad Externado de Colombia, 1998.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002.