

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

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, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

**SUPERANDO A DICOTOMIA GARANTISMO X FUNCIONALISMO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL
CONTEMPORÂNEO**

**OVERCOMING THE DICHOTOMY GARANTISM X FUNCTIONALISM: A
CRITICAL ANALYSIS OF CRIMINAL LAW AND PROCEDURE
CONTEMPORARY**

**Romana Missiane Diógenes Lima
Marianna De Queiroz Gomes**

Resumo

Observa-se que questões relativas ao crime e à violência passaram a ocupar lugar de destaque na agenda brasileira pública e privada. Nesse passo, o controle sobre a criminalidade é um desafio de relevo para as políticas públicas. Buscando-se compreender os complexos fatores que se relacionam com a criminalidade, é necessário analisá-la a partir de enfoques diversos, percebendo as incidências ideológicas, políticas, sociais, econômicas, organizacionais, gerenciais e culturais que podem contribuir ou não com processos legítimos de contenção da violência. Partindo-se da premissa de que a ideologia condiciona a formação do sistema penal, estuda-se a ideologia que perpassa o sistema penal brasileiro, identificando as finalidades a que este se propõe, com o fim de desenvolver uma perspectiva de conjunto e avaliar que grau de proteção é conferido aos bens jurídicos tutelados, além de como são resguardados direitos fundamentais penais e processuais penais. A partir de uma revisão de literatura dos autores de referência no tema, constrói-se uma pesquisa de viés exploratório sobre as ideologias funcionalista e garantista, buscando-se delinear suas origens, seu significado e que tipo de política criminal propiciam. Constatando-se problemas graves no atual direito penal e processual penal, busca-se desmistificar a dicotomia entre funcionalismo e garantismo, em prol da construção de políticas criminais mais coerentes e eficazes.

Palavras-chave: Ideologia, Direito penal, Processo penal, Garantismo, Funcionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

It is observed that issues relating to crime and violence came to occupy a prominent place in public and private brazilian agenda. In this step, the control of crime is an important challenge to public policies. Seeking to understand the complex factors that relate to criminality, it is necessary to analyze it from several perspectives, realizing the ideological, political, social, economic, organizational, managerial and cultural issues that may or may not contribute to legitimate processes to curb violence. Assuming that ideology conditions the formation of the criminal justice system, it is studied the ideology that pervades the brazilian criminal system, to which purpose it serves, in order to develop an overall picture and assess what degree of protection is given to legally protected interests, as well as criminal and criminal procedural fundamental rights are safeguarded. From a literature

review of the reference authors to the theme, it is built up an exploratory research on functionalist and garantist ideologies, seeking to delineate its origins, its meaning and what type of criminal policy they provide. Acknowledging serious problems in the current criminal law and criminal proceeding, it is seek to demystify the dichotomy between functionalism and garantism, in favor of building more coherent and effective criminal policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ideology, Criminal law, Criminal proceedings, Garantism, Functionalism

INTRODUÇÃO

O Brasil ainda é um país com altas taxas de criminalidade. Em 2010, 20,4 a cada 100 mil mortes foram causadas por arma de fogo, o que representa a nona maior taxa do mundo (CEBELA, 2013). Entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%. Por outro lado, o país apresenta um déficit prisional de 194.650 vagas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013). Por si só, esses dados alarmantes já justificariam o interesse científico na área penal, tendo em vista que a sociedade está sendo claramente prejudicada com a situação criminal e prisional do país.

Para Durkheim, o crime faz parte de qualquer sociedade sadia. O autor afirma que “o crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade” (DURKHEIM, 2007, p. 82). De fato, sua afirmação condiz com a realidade, na medida em que nenhum país do mundo tem taxa de criminalidade chegando a zero. No entanto, cabe-se perquirir o porquê do crescimento acentuado dessa taxa no território brasileiro. Segundo pesquisas de opinião, a segurança pública tem sido uma preocupação preponderante entre os brasileiros (64%), abaixo apenas da preocupação com as drogas (67%) (IBOPE 2014).

Na perspectiva lúcida de Bauman, vive-se uma era de medo líquido. Segundo o autor (2008) as certezas da modernidade sólida se foram, e, com isso, a utopia do controle sobre os mundos social, econômico e natural desmoronou. O ser humano vive hoje em meio a uma ansiedade constante. Tem-se medo de perder o emprego, da violência urbana, do terrorismo. Existe um medo coletivo, e, atrelado a este, uma busca por segurança, que frequentemente é depositada na seara penal.

Observa-se que questões relativas ao crime e à violência passaram a ocupar lugar de destaque nas agendas pública e privada. Nesse passo, o controle sobre a criminalidade é um desafio de relevo para as políticas públicas no Brasil. Fala-se *desafio para as políticas públicas*, não *desafio às políticas de segurança pública*, pois já há tempos sabe-se (ou deveria saber-se) que a questão penal é multifatorial. O crime não é um problema que se resume ao sistema prisional. Sua gênese se relaciona a muitas outras searas, como à existência de educação em uma sociedade e a forma como essa educação é passada, à saúde, à cultura, às estruturas políticas, ao desenvolvimento socioeconômico, embora frequentemente se busque –

e aqui fala-se mais especificamente do Brasil – a seara penal como única solução para as questões criminais.

Existe uma expansão do Direito penal e de seu operacionalizador, o processo penal. Hipertrofia, inoperatividade, seletividade, simbolismo, todas essas são palavras associadas ao Direito penal e processual penal moderno. Na tentativa de se analisar até que ponto a associação é correta, é importante refletir sobre que filosofia orienta esse sistema e como distorções são geradas. Buscando-se compreender os complexos fatores que se relacionam com a criminalidade, é necessário analisá-la a partir de enfoques diversos, percebendo as incidências ideológicas, políticas, sociais, econômicas, organizacionais, gerenciais e culturais que podem contribuir ou não com processos legítimos de contenção da violência.

É importante pensar a ideologia que orienta o sistema penal brasileiro, a política criminal que o molda, e a que fins ela serve. O objetivo é desenvolver uma perspectiva sistêmica e avaliar o grau de proteção que é conferido aos bens jurídicos tutelados, atentando-se para a caracterização destes, além da observação de como são resguardados direitos fundamentais penais e processuais penais.

Ideologias delineiam políticas criminais, e a forma como se direcionam Direito e processo penal. Contemporaneamente, pode-se dizer que duas ideologias perpassam essas disciplinas de modo mais marcante: garantismo e funcionalismo. Há outras, porém o trabalho pretende centrar-se nelas, tanto pela abrangência que alcançaram, como pela importância de ambas no sistema penal brasileiro.

Em uma revisão de literatura dos autores de referência, constrói-se uma pesquisa de viés exploratório sobre as ideologias funcionalista e garantista, buscando-se delinear suas origens, seus significados e que tipo de política criminal propiciam. A partir da constatação de problemas graves no atual Direito e processo penal brasileiro, busca-se desmistificar a dicotomia entre funcionalismo e garantismo, em prol da construção de políticas criminais mais coerentes e eficazes. Os métodos serão monográficos quanto ao procedimento e prioritariamente dedutivos no que tocam à abordagem.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO E PROCESSO PENAL, IDEOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

Para Marilena Chauí (1980, p. 43-44), a ideologia pode ser percebida como um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o modo de pensar,

de valorizar, de sentir, e de agir. É um corpo explicativo de representações e práticas (normas, regras e preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças, como as de classes, e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento de identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a humanidade, a liberdade, a igualdade, a nação, ou o Estado.

Nesse esteio, numa perspectiva marxista, pode-se compreender ideologia como um sistema de pensamento, uma forma de perceber o mundo, produto e reflexo de uma época e de uma sociedade. Transpondo as considerações para o objeto em estudo, ideologia no processo penal seria, assim, uma forma de compreender as estruturas explicativas do processo penal vigente, produto e reflexo de um contexto sociocultural. Não se pode perder de vista que elementos econômicos, políticos e socioculturais contribuem para a formação de ideologias, que condicionam sistemas legais, dentre eles o processual penal.

Para bem assimilar as ideias que orientam crime e processo penal, é importante desenvolver raciocínios críticos sobre tais objetos. Nesse ponto, relevantes são as contribuições da criminologia crítica e do marxismo. Por esse caminho, é importante começar estudos de criminologia tentando desconstruir o conceito de crime como algo ontológico. O crime é uma construção social (BARATTA, 2002). A organização do poder punitivo assegura uma determinada ordem.

Nas considerações de Marx, em um raciocínio tão atual quanto o que o autor desenvolveu acerca do capitalismo, Direito e processo penal são discursos de classe que pretendem legitimar a hegemonia do capital. Ora, o capitalismo só acontece a partir de um processo de apropriação do trabalho do outro. Na dominação do corpo, do trabalho, do tempo, o capital se expande. Para que isso aconteça, em um contexto de luta de classes, desenvolvem-se sistemas de “controle de almas”: da educação ao sistema penal.

Também conforme Passet (2002, p. 91), o desemprego e a exclusão, características constitutivas do capitalismo, se encontram presentes em todas as suas fases históricas, razão pela qual a violência é inerente a este modelo de sociedade.

Refletir acerca das bases que estruturam o Direito penal é refletir sobre o poder institucionalizado na figura do Estado. Foucault (1989) analisa o poder exercido como estratégia nas instituições disciplinares. Para além da luta de classes, trabalha com uma rede de relações tensas: dispositivos, manobras, técnicas e funções. Uma de suas principais

contribuições é a compreensão do caráter simbólico da rígida estrutura de castigos na França, desde a ordenação de 1670 até a Revolução Francesa. O suplício seria uma técnica que repousa na arte quantitativa do sofrimento, ritual organizado para marcar o poder no corpo do condenado. A manifestação de força não tinha sentido de justiça, mas função jurídico-política, cerimonial de reconstituição da soberania lesada.

A partir do século XVIII, quando a solidariedade popular associou-se a movimentos revolucionários, as cerimônias de suplício se tornaram perigosas. É essa solidariedade que a mídia e as demais estruturas de poder muitas vezes evitam estimular, inculcando uma dicotomia entre os cidadãos de bem e o mal que se encerra nas favelas e prisões.

Para Foucault, o Iluminismo produz uma nova revolução política: punir, e não vingar. Entre os séculos XVIII e XIX, essa nova estratégia faz das punições uma função regular. Não se pune menos, mas melhor, inserindo-se profundamente nas sociedades ocidentais o poder de punir. O século XVIII introduziu, então, uma nova tecnologia punitiva: um sistema penal plástico, análogo à revolução industrial. Assim como a revolução industrial foi um grande moinho de gastar gente, o sistema penal foi concebido não para suprimir ilegalidades, mas para geri-las adequadamente. Há um deslocamento da vingança privada para a vingança do soberano, para a ideia de defesa da sociedade (BATISTA, 2012).

A prisão transforma os corpos em corpos dóceis. É a captura do tempo no corpo do homem. Disciplinas são formas gerais de dominação, presentes nos controles formais e informais. É o controle de cada um e o trabalho de todos. Essa microfísica do poder produz toda uma arquitetura: fábricas, escolas, asilos, prisões. Essas técnicas de vigilância e hierarquização contínuas e funcionais é que produzem um sistema. Separam-se os normais dos anormais, a serem medidos, controlados, corrigidos. Foucault, marxista, afirma ter sido essa a estratégia que alavancou a decolagem econômica de muitos países ocidentais. Surge uma ruptura com as formas tradicionais de poder. Desenvolve-se uma tecnologia minuciosa e calculada de sujeição, de produção de subjetividades.

A prisão, do século XVIII para o século XIX, torna-se aparelho disciplinar exaustivo. O aparente fracasso dos ideais corretivos penitenciários esconde seu principal objetivo: a organização à transgressão das leis numa tática de sujeições. A reforma penal do século XVIII é dirigida ao conjunto de conflitos e movimentações populares que derrubaram o Antigo Regime. É o medo da revolução e o descarte que a burguesia faz do proletariado que vão *iluminar* o novo direito penal. Novos conflitos, novos medos, a ideia de povo, fazem com que o novo sistema penal agencie a conflitividade social. A justiça criminal e o poder punitivo se transformam em um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades populares. Para

isso foram concebidos historicamente a prisão e o sistema penal e processual penal (BATISTA, 2012). Na lição de Baratta (2002), a verdadeira relação entre cárcere e sociedade é entre quem exclui e quem é excluído, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização. São essas as lições da criminologia crítica.

Nessa toada, não se pode perder de vista que Direito e processo penal são formas de controle social e adquirem, cada vez mais, caráter de poder simbólico. No processo penal, não deixa de existir um quê de projeção, mecanismo de transferência que a sociedade faz sobre as próprias agressões, e representações e fantasias encarnadas sobre a questão criminal (BATISTA, 2012, p. 56). “O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos (Rusche, Georg; Kirchheimer, 2004, p. 282)”.

No estudo do processo penal, um conceito importante é o de *poder simbólico*, entendido em Bourdieu (1989, p. 14) como “o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo.” Nesse viés, o poderio simbólico remete à produção de sentido e de significação às coisas. Exerce-o a imprensa, pois, através da enunciação, consegue “fazer ver e fazer crer”, constituir realidades. O capital simbólico do Estado reside no uso da violência simbólica pelo campo jurídico. É o Estado, por meio da autoridade jurídica, que detém o monopólio da violência simbólica legítima, podendo assim constituir realidades. O Direito, como campo regulador da sociedade, tem o poder de constituir as próprias relações sociais e seus campos de atuação, ou seja, um poder primário, constituidor, sobre os outros tipos de poder.

A crise recessiva mundial e o neoliberalismo trouxeram o sistema penal para o epicentro da atuação política. Conjugam-se Direito e processo penal com novas tecnologias de controle, de vigilância, de constituição de bairros pobres do mundo em campos de concentração, como retrata o *blockbuster* brasileiro “Tropa de Elite”. A pacificação das favelas, e toda a carga valorativa atrás da expressão *pacificação*, lembra os embates populares pela radicalização da ideia de direitos na década de 1930, as rebeliões massacradas dos Farrapos, do Malês, dos Cabanos. Na lição de Rusche e Kirchheimer (2004), o sistema penal tornou-se território sagrado da nova ordem socioeconômica: sobram braços e corpos no mercado de trabalho. Aumentam os controles violentos sobre a vida dos pobres.

Nesse sentido, Wacquant, tratando mais especificamente do Estado norte-americano, afirma que a vocação estatal em “disciplinar os criminosos se afirma principalmente na

direção das classes inferiores e das categorias étnicas dominadas (WACQUANT, 2003, p. 21)”.

Quando o poder político não constrói soluções, a problemática é transferida para a seara penal. Na lição de Zaffaroni (2007) o declínio do público e a ascensão do privado fazem com que reste ao Estado o poder de polícia. Nesse contexto, a mídia tem sido obstáculo a discussões aprofundadas sobre a questão criminal. Ela produz um senso comum que poderia ser chamado *populismo criminológico*. Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa de mais que um discurso: de espetáculo. Nessa policização da política, a vítima (de preferência rica e branca) vai para o centro do palco. É ela que vai produzir as identificações necessárias para a inculcação de uma subjetividade punitiva.

Para Freud, o mal-estar da civilização é um processo crescente de castigo, diante do preço pago pelo progresso da cultura e da perda da felicidade pelo sentimento de culpa. Do pensamento freudiano advém a noção de que a repressão da agressividade é indispensável a qualquer sociedade. Postulado determinista, típico da mentalidade moderna: se não reprimir, não há sociedade possível. De fato, nossas raízes ibéricas já traziam o dogma da pena, mas os novos tempos renovam essas mentalidades. Zaffaroni (2007) demonstra as marcas do inimigo, figura que vem da Inquisição, teoriza-se juridicamente em Carl Schmitt e aporta no novo direito penal.

Vale lembrar que, para Schmitt, autor frequentemente citado como referência na construção do “inimigo” no Direito penal, este era o estrangeiro, o outro,

[...] um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, torna-se, por isso, público (SCHMITT, 2008, p. 30).

Para o autor, o Direito em geral deveria tratar diferentemente os “amigos” ou “inimigos” da sociedade. Nossa sociedade parece continuar fazendo muitos “inimigos”. O Brasil encarcera cada vez mais, conjugando prisões decrepitas e um discurso de lei e ordem. A conflitividade social é traduzida em punição.

O século XXI acontece no esplendor do neoliberalismo e em sua crise, culminando na intensificação das relações entre mercado, mídia e capital videofinanceiro. A questão criminal transformou-se numa mercadoria de alto valor. O retributivismo volta à cena e a crítica à ressocialização vem junto à crise do *Welfare State*. No século XX, as elites neoliberais precisam da pena além do delito: a ideia de condutas desordeiras ou antissociais

criminalizadas resultou em seletividade, estigmatização e criminalização de pobres em todo o mundo.

Wacquant (2003, p. 108), em seu lúcido trabalho acerca da punição crescente dos pobres nos Estados Unidos, traz dados concretos acerca da estigmatização da comunidade negra no país, expondo que a composição étnica da população carcerária praticamente inverteu-se durante a última metade do século, passando de 70% de brancos no final da Segunda Grande Guerra a menos de 30% hoje. De acordo com o autor, em 20 anos as diferenças proporcionais entre as taxas de encarceramento de brancos e de negros saltou de 1 para 5 a 1 para 8,5.

Cabe a observação de que a crise do Direito penal contemporâneo não é exatamente contemporânea. Ela vem se arrastando desde os primeiros Estados de Direito. Entre disfuncionalidades e conflitos não-resolvidos, ressalta-se a dicotomia entre liberdade e segurança, ressoando no âmbito penal tensões entre prevenção e garantias (ZEIDAN, 2013, p. 92).

As políticas criminais contemporâneas são compreensões determinadas da questão criminal e produzem desdobramentos e estratégias políticas distintas para o enfrentamento desses problemas. A ideologia condiciona a política criminal. Para Nilo Batista (2002), política criminal é o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. Há que se perceber as opções políticas existentes nesses princípios, pois são eles que determinam toda a estrutura de recomendações penais e processuais.

Ainda segundo Nilo Batista (2002, p. 34), pode-se dividir a política criminal conforme sua concentração em cada etapa do sistema penal. Assim, pode-se falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional). Desta forma, a política criminal surge através de movimentos distintos, do direito penal máximo ao mínimo.

A perspectiva abolicionista propõe abolir prisões e o próprio Direito penal, substituindo-o por intervenções comunitárias e institucionais de caráter alternativo. Seus defensores partem da perspectiva de que, em uma sociedade repleta de desigualdades nas relações de poder, o sistema penal se destina apenas a reforçar essas diferenças. A pretensão abolicionista de deixar por conta da sociedade a solução de conflitos opõe-se à ideia convencional de que cabe ao Estado o monopólio desse poder.

Cabe apontar que a perspectiva abolicionista é bastante criticada. Não seria fácil encontrar um sistema de controle menos repressivo, menos arbitrário e menos seletivo, sem

que seja suprimida a política estatal de mera dominação. Outro ponto a ser tocado é a criminalidade extratificadora da sociedade, que ainda apresenta dados insubsistentes. Os crimes de colarinho branco, por exemplo, oriundos da classe dominante, são tradicionalmente pouco investigados, quando se especula que os números sejam altos. Transferir a solução de conflitos penais para outro agente que não o Estado não resolveria esse problema, ponto nodal do seletivo sistema penal.

Em outro polo, defende-se a ideia de um Direito penal mínimo, destinado à preservação de direitos fundamentais. O minimalismo assume posturas descriminalizantes, ou despenalizadoras, seja para evitar reações indesejáveis por parte de Estado, vítima ou outros sujeitos sociais, seja para limitar a violência institucional da pena e do sistema penitenciário. (ZEIDAN, 2013). Mesmo em uma sociedade mais igualitária seria necessário um direito penal mínimo para evitar a expansão da vingança privada como reação ao delito.

2 FUNCIONALISMO

Como afirma Batista (2002, p. 114), “[...] entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que o fim do Direito penal é a defesa de bens jurídicos [...]”. O delito não pode ser mais visto como mera infração à norma de natureza pessoal (singularidade), e sim como um fenômeno de relações sociais. Não se protege o bem jurídico-penal de qualquer agressão, mas apenas das consideradas socialmente intoleráveis (PRADO, 2003). Percebe-se na norma penal um processo de eleição de bens jurídicos e condutas. Tem-se com o Direito penal, então, um sistema descontínuo de ilicitudes. Essa perspectiva de processo penal como instrumento de tutela de bens jurídicos tem raízes funcionalistas.

Política criminal e sistema jurídico-penal, livro publicado em 1970, produto da palestra proferida em 13 de maio de 1970, em Berlim, por Claus Roxin, marca o início da doutrina funcionalista ou teleológico-racional da teoria do delito. Nessa obra, Roxin percebe o delito como objeto construído sob fundamentos normativos. A norma penal, por sua vez, se refere aos fins da pena e aos fins do Direito penal, isto é, a uma dada política criminal. O autor aproxima norma e política criminal, inovação para a época, hoje premissa já incorporada na formação dos juristas. Compreende ainda o sistema processual penal como ferramenta poderosa na solução dos problemas criminais da sociedade.

Com isso, Roxin delineia as bases de sua concepção funcional da teoria do delito, que obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha. Sua vertente de funcionalismo é conhecida como teleológica-moderada:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto (Roxin, 2002, p. 82).

Na perspectiva mais extremada de Jakobs (2003), chamada funcionalismo sistêmico-radical e embasada em Luhmann, o Direito penal não se limita a proteger bens jurídicos, mas funções. Com esse autor, o funcionalismo ganha cores de concepção sistêmico-funcional da sociedade. Defende-se então a necessidade de se descobrir uma nova visão para o Direito penal, a partir da renormatização dos conceitos jurídico-penais, voltando-os à função que corresponde ao Direito penal.

Neste contexto, Direito e processo penal têm o papel fundamental de normatizar e muitas vezes normalizar expectativas, através do dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso é possível através do que Luhmann chama de generalizações congruentes de expectativas:

[...] o direito é imprescritível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. E essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social. (LUHMANN, 1983, p.170)

O Direito reflete um modo peculiar do agir social. A partir da percepção dos sistemas sociais como sistemas de interação e de comunicação, o núcleo conceitual do sistema jurídico se resume a uma única diferenciação: lícito/ilícito ou legal/ilegal. Assim, o Direito produz expectativas e reduz complexidade. As expectativas produzidas pelo sistema jurídico são as institucionalizações de comportamentos sociais, generalizáveis pela norma jurídica. Com a generalização temporal das expectativas, o sistema social cria mecanismos para que os cidadãos possam seguir confiando nelas apesar de suas defraudações.

O espaço jurídico marcado pela tensão entre poder político e autonomia dos cidadãos (em última análise, tensão entre norma positiva e realidade), deve ser permeado pelo influxo dos valores sociais relevantes, derivado do consenso proveniente das mais variadas ações comunicativas travadas no seio social. O Direito funcionaria como instância mediadora entre o sistema social e os anseios comunicativos reais provenientes da complexidade social.

O delito, na concepção de Jakobs (2003), identifica-se pela quebra de expectativas normativas, convencionado por atos comunicativos, que atentariam contra a segurança da sociedade. A asserção procura evidenciar que a ideia de direito penal tem relação direta com a finalidade da norma. Nessa toada, para Jakobs, a solução de um problema social por meio do Direito penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial. Isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, para o autor, é impossível separar o Direito penal da sociedade:

[...] existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que inversamente o Direito Penal pode recordar a sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis. Por isso deve ser compatível com as condições da evolução. Nem o sistema social nem o sistema jurídico saltam por cima de sua própria sombra (JAKOBS, 2003, p. 7-9).

Na ótica funcionalista delineada por Luhmann, a sociedade, antes que os indivíduos se disponham a agir, já está integrada na forma de sistema pela moral, pelos valores e por símbolos normativos. Há uma concatenação social de valores prévios. Para o Direito penal e processual penal, os valores sociais prévios devem alcançar o status de bens jurídicos, que precisam ser protegidos. Mas, ainda que se considere a ideia de sistema social, as ações não poderiam ser tomadas como determinações prévias de finalidades ou meios que no fundo se justificariam pela preexistência de valores. Se a sociedade se organiza em um sistema, esse deve ser aberto, democrático.

O funcionalismo, em uma perspectiva moderna, não importa a mera manutenção de estruturas sistêmico-sociais, pois isso seria estagnação social, ou a perpetuação da exploração de classes “superiores” sobre as “inferiores”. O funcionalismo só alcançará legitimidade no Direito penal se, por meio da política criminal, exercer o poder punitivo para a proteção social, desautorizando qualquer forma de dominação intolerável (ZEIDAN, 2013, p. 131).

Isso significa que nas sociedades democráticas as ações do poder punitivo devem ter como critério o confronto entre a proteção de bens jurídicos e a dignidade da pessoa humana. Em verdade, duas questões são básicas no desenvolvimento do funcionalismo. Uma, a necessidade de legitimação do Direito e processo penal, a fim de se justificar a intervenção do Estado na sociedade moderna. Outra, a rapidez das mudanças sociais que exigem transformações radicais nos institutos jurídicos penais, no que concerne à dogmática, à classificação ou aos tipos de sanções a serem aplicadas.

Para o funcionalismo, mesmo diante da ausência de prévia autorização legal, deve o magistrado absolver o acusado sempre que a pena criminal não necessite ser vergastada, ou

não seja útil sua aplicação no caso em exame, seja por razões dogmáticas ou razões político-criminais. Essa nova visão não somente proporcionou um considerável avanço no âmbito da ciência, como também revela um estreitamento entre duas searas comumente estudadas de forma estanque (a teoria do delito e a teoria de pena). A pena retributiva é rechaçada, tanto por visar-se a uma pena puramente preventiva, como pela proteção de bens jurídicos ou para resguardar efeitos de prevenção geral específica (SOUZA JR, 2011).

A pena cumpre uma função de prevenção integradora: é imposta com o objetivo de fomentar mecanismos de integração e solidariedade social em face do infrator, devolvendo ao cidadão honesto a “confiança” no sistema. Perceba-se que a proposta funcionalista de Jakobs tem como objeto a proteção da norma, fim em si mesma, e isso favorece uma política criminal antidemocrática, opressora. A crítica recorrente à teoria sistêmica é a dificuldade de delimitação do poder punitivo estatal, obstando o atendimento dos reais interesses da sociedade (MASI, 2012).

O argumento contrário é rebatido pelo próprio Jakobs (2003, p. 23):

Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente pelo Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer *ultima ratio*. A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, pelo contrário, da necessária defesa nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal.

Para Jakobs, a vigência da norma é como o bem jurídico penal. O doutrinador pugna que o Direito penal protege mecanismos que permitem manter a identidade de uma sociedade: as expectativas fundamentais para sua constituição. Em outras palavras: o bem jurídico não é naturalmente perceptível, mas sim um conceito normativo, que é o de vigência da norma. Assim, o Direito penal não tem por função principal ou exclusiva a defesa de bens jurídicos, mas a repressão do comportamento como manifestação de uma atitude de infidelidade ao Direito. A violação da norma é socialmente disfuncional não tanto porque resultam lesionados determinados valores ou bens jurídicos, mas porque a norma é posta em xeque, e é afetada, em consequência, a confiança institucional dos consorciados (RODRIGUES, 2011, p. 9).

Discorrendo sobre o conteúdo da norma penal, Jakobs devolve o questionamento do excesso de criminalização à política criminal. Talvez esse seja o problema do funcionalismo. Há teorização sobre o Direito repressivo como um sistema social, que gera e uniformiza expectativas. Desenvolve-se uma teoria sobre formas e funções no atuar do Direito penal e processual penal, sem maior desenvolvimento do conteúdo desses direitos, o que, de fato, faz o funcionalismo ceder aos argumentos de ser uma teoria de cunho autoritário.

3 GARANTISMO

No bojo das revoluções liberais e iluministas da Europa e da América surge a ideia de legalidade, proteção de direitos, e uma teoria limitadora do poder punitivo, embora justificadora dele: o garantismo.

Essa ideologia é bastante associada no Brasil ao nome de Luigi Ferrajoli e seu livro *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Como costuma acontecer com autores muito lidos e obras muito comentadas, há uma certa confusão em torno do que realmente significa garantismo. Frequentemente o termo é associado a discursos de segurança social, de tutela constitucional das liberdades ou de direitos fundamentais, de limitação do poder punitivo do Estado. Mas o que é garantismo para Ferrajoli?

Da palavra garantismo é possível distinguir três significados diversos: modelo normativo de Direito, teoria jurídica da validade e da efetividade da norma, e filosofia política, significados estes que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2002, p. 693).

Ainda na lição de Ferrajoli (2002, p. 684), o garantismo determina um modelo normativo de Direito, precisamente no que diz respeito ao Direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, o qual pode ser entendido sob três planos: o epistemológico, que se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político, caracterizado como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

O garantismo, como teoria constitucional de base fundamental, deve ser orientado à otimização de direitos fundamentais, o que significa, em Direito, assegurar juridicamente sua realização. Constitucionalmente, essa é tarefa imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente às suas principais ameaças (indivíduos e Estado), de modo a minimizar agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos (FELDESN, 2008). Esse modelo representa uma valorização ao texto constitucional, tendo em vista que estes direitos fundamentais estão vinculados à democracia material e positivados na Carta Magna.

Os direitos fundamentais funcionam como limites materiais à ação do legislador. Aquilo que constitui seu núcleo essencial não pode ser alterado, o que não significa que restrições não são admissíveis. Em um ambiente de vida em comum, colisões (com outros

direitos) são esperadas. Há uma coexistência entre diversas liberdades. Restringem-se direitos para que todos possam ser mais livres. De fato, a limitação ao exercício do direito de liberdade é condição necessária a um ambiente integrado, onde as liberdades possam coexistir. A realização dos direitos fundamentais se dá pela ética da alteridade, na relação com o outro. Nesse contexto, o desprezo pela vida, pelo corpo, pela imagem do outro, revela uma violência contra a própria alteridade. Sob tal perspectiva de limitação da liberdade em função das liberdades, a intervenção do legislador penal é não apenas legítima, mas necessária.

Deve-se ter em mente que garantismo não é sinônimo de garantismo penal, embora Ferrajoli tenha seu nome associado a uma concepção minimalista de Direito penal, estruturada em torno de um Direito penal nuclear, cuja legitimidade apenas se perfaz na exclusiva proteção de bens jurídicos primários (FERRAJOLI, 2002, p. 916). Garantista é o “sistema penal em que a pena fica excluída da incerteza e da imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo (FERRAJOLI, 2002, p. 81)”.

A soma dos princípios do minimalismo penal com os axiomas do garantismo conduzem à elaboração de um sistema penal minimalista-garantista. Pondere-se que nosso Estado tem por valores maiores, então, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Como lembra Prado (2003, p. 82-83), em uma concepção democrática, o ponto de partida do direito penal é conferido pelo conceito de pessoa, orientado pelos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é baliza que não pode ser ultrapassada quando se pensa em um processo constitucional: tanto é limite a ser observado pelo legislador ao elaborar normas, como é limite para o intérprete, ao aplicar o Direito ao caso concreto.

Conforme Prado (2003, p. 92):

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno.

A solução penal delinea-se, assim, como ultima *ratio* perante o nosso sistema constitucional, só devendo ser buscada quando outros ramos do Direito falharem em resguardar o bem tutelado.

O denominado garantismo penal, para merecer o nome, deve promover um equilíbrio entre as diversas funções hoje atribuídas aos direitos fundamentais: como direitos de defesa e imperativos de tutela. Mesmo quando trasladado ao ambiente jurídico-penal, o garantismo reside no equilíbrio dessas funções. Ingo Sarlet (2004, p. 121-122) enfatiza que a *sobrevivência do garantismo* está atrelada à proporcionalidade na esfera jurídico-penal. Rejeita-se tanto um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas, como “uma intervenção máxima” que desatenda os limites do necessário.

O Estado Constitucional de Direito é o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista; Estado de Direito, não de autoritarismo. Trata-se de um Direito penal do cidadão, não do inimigo. Assim, Estado Constitucional de Direito e garantismo são autorreferentes. Apontam, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais (FELDENS, 2010).

Numa concepção minimalista ou “equilibrada”, em um Estado Democrático de Direito, o papel atribuído ao Direito penal deveria ser essencialmente o de *ultima ratio*. O Estado penal deveria dar espaço a um Estado social, onde as políticas públicas de inclusão social fossem priorizadas pelo poder estatal. O Estado policial surge da crise do Estado social.

Há que se estabelecer um equilíbrio entre o bem jurídico-penal resguardado e a liberdade de que alguém pode ser privado com a aplicação da pena. Tanto se deve atentar para esse balanço ao criminalizar abstratamente uma conduta, como ao aplicar a lei penal ou processual penal ao caso concreto. São destinatários da proporcionalidade, portanto, o legislador e o juiz.

É interessante perceber, todavia, o descompasso entre o Estado de Direito delineado por nossa Constituição: garantista e para cidadãos, e o modelo de Estado punidor muitas vezes desejado por setores sociais. Conforme pesquisa do IBOPE (2014), 83% dos brasileiros são favoráveis à diminuição da maioria penal para 16 anos. Na mesma senda, 46% são a favor da pena de morte.

Tomado em consideração nosso sistema garantista, deveríamos ter uma tendência à redução do nível de encarceramento, mas isso não é o que acontece. Existe um descompasso entre a filosofia da teoria do nosso Direito penal, constitucional e garantista, e a “filosofia” da *práxis* penal. Dados do Ministério da Justiça (MJ, 2014) apontam o rápido crescimento da população carcerária no Brasil. Entre janeiro de 1992 e junho de 2013, enquanto a população cresceu 36%, o número de pessoas presas aumentou 403,5%.

O Brasil detém a quarta maior população carcerária do mundo. São cerca de 581 mil pessoas presas no país, atrás apenas de Estados Unidos (2,2 milhões), da China (1,7 milhão) e Rússia (670 mil) (ICPS, 2014). O Brasil é o 7º país com maior taxa de homicídio por 100 mil habitantes (CEBELA, 2014), taxa esta que vem aumentando. No *Mapa da violência 2014*, vê-se que os homicídios apresentaram um forte crescimento desde o início da série, no ano de 1980, quando a taxa foi de 11,7 homicídios por 100 mil habitantes, até o ano de 2003, quando a taxa chega a 28,9 com um gradiente de 4% de crescimento anual. A partir de 2003, resultante das campanhas de desarmamento e de políticas pontuais em algumas Unidades da Federação de grande peso demográfico, as taxas de homicídio tendem a cair até 2007, ponto de reinício da escalada de violência (CEBELA, 2014). Hoje, a taxa é de 29 a cada 100 mil. E a curva é ascendente.

De acordo com as estatísticas do sistema carcerário, 95% dos presos são pobres ou muito pobres; 65% são negros e pardos; e 65% cometeram crimes que não envolveram violência (CARREIRA, 2009). Nesse ponto, percebe-se que os dados sobre a quantidade de presos e de vítimas de homicídio tem algo em comum: negros e pobres são mais vítimas de crimes violentos e são também os que compõem a maior parte do sistema carcerário.

Entre os brancos, no conjunto da população, o número de vítimas diminuiu de 19.846 em 2002 para 14.928 em 2012, o que representa uma queda de 24,8%. Entre os negros, as vítimas aumentaram de 29.656 para 41.127 nessas mesmas datas: crescimento de 38,7% (CEBELA, 2014). Ainda conforme o *Mapa da Violência de 2014*, olhando o país como um todo, sem considerar a questão da cor, foi possível constatar que não aconteceram grandes mudanças nas taxas nacionais de homicídio: em 2002, a taxa nacional foi de 28,9 por 100 mil habitantes, e em 2012, de 29,0, quase idêntica. O *Mapa* concluiu, então, que, sem grandes alterações na superfície, no atacado aconteceram profundas transformações na lógica interna da violência que precisa ainda ser trabalhada e aprofundada: a crescente seletividade social dos que vão ser assassinados (CEBELA, 2014).

A violência é maior nas áreas de baixa renda. A maioria dos homicídios se concentra nos bairros localizados na periferia das cidades. Dados como esse se reproduzem em pesquisas realizadas em cidades por todo o Brasil. É o que apuram, a exemplo, o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará e as Secretarias de Segurança Pública da Bahia e de São Paulo (IPECE, 2013; SSPBA, 2012; SSP/SP).

Fica o panorama: a taxa de encarceramento aumenta, e a de homicídios também. O Brasil é um dos países que mais encarcera, como também é um dos que mais mata. E o sistema é seletivo: pretos e pobres são mais vitimados por crimes violentos e também são os mais

encarcerados. Parte-se de uma sociedade desigual, e o sistema penal, sistema de dominação, reproduz e perpetua essas desigualdades.

CONCLUSÃO

Pensar garantismo e funcionalismo é refletir sobre os limites do *ius puniendi*, o que é relevante tanto em função dos drásticos efeitos da sanção penal, como pela intensidade da intervenção estatal nos ditos Estados sociais, cada vez mais e mais presente em toda a sorte de conflitos. Trata-se de uma harmonização, de uma síntese dialética, que deve ser exigida tanto da política criminal, como de toda a política racional. Ao contrário do que pode parecer, não existem opções teóricas que garantem necessariamente melhores resultados político-criminais ou uma determinada orientação política que resolva todos os problemas. Democracia não é um regime político determinado, mas a negociação sem fim de lugares sociais (SANTOS, 2010, p. 55).

Contrapor Direito e processo penal como um sistema funcional de comunicação e garantia ao cidadão-réu é um falso problema. Como lembra Roxin (2002, p. 90), a tensão entre o interesse da persecução e o da liberdade é inerente ao conceito de política criminal. Nas ciências jurídicas, é utopia pensar construções dogmáticas definitivas. O Direito penal, instrumento de força e de controle estatal da sociedade, é marcado pela máxima coerção. Nesse passo, em sendo a sociedade dinâmica, em processo de contínua mutação dos valores sociais e culturais, é natural que o Direito penal esteja em constante evolução.

Há que se harmonizar funcionalismo e garantismo. O entendimento do processo como instrumento de proteção de expectativas sociais e de bens jurídicos não se contrapõe necessariamente a uma compreensão garantista do processo. Trata-se de uma síntese dialética.

O funcionalismo penal, tema do ensaio, é, ao final, uma tentativa de aproximação dos valores político-criminais vigentes (obtidos através dos influxos comunicativos travados no meio social) de aplicação da norma. Embora tenha o mérito de bem sistematizar a teoria do delito, peca por não alertar para os demais valores que compõem a vida em sociedade. No atual estágio de evolução das ciências humanas, em especial do Direito penal, nada mais justifica o apego seguro do intérprete à letra da lei, em detrimento dos valores e princípios constitucionais que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo é realidade. No pós-positivismo, são paradigmas o reconhecimento de força normativa à Constituição, o respeito aos direitos fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova

interpretação constitucional, todos eles compatíveis com a visão funcional de delito. Não se olvida, contudo, que tal tarefa não se revela fácil, mormente no âmbito do Direito penal, onde a associação legalidade-garantismo inviabiliza, muitas vezes, a aplicação direta dos princípios vetores das garantias previstas pela Constituição Federal. Todavia, superado o positivismo, talvez seja possível, num futuro próximo, avançar além do discurso de viés repressivo, trazendo a lume sua verdadeira face obscura e permeada por interesses econômicos.

Na elaboração de políticas criminais, deve-se buscar o que há de melhor nas teorias funcionalistas e garantistas, e conciliá-las. Em verdade, talvez, o real problema do processo penal não seja sua ideologia, mas sua prática. Segurança pública não é uma questão apenas de política, mas também de *práxis* criminal. A judicialização da vida privada caminha *pari passu* à gestão policial da vida. Zaffaroni (2007) nos lembra da necessidade de parar de pensar a pena como algo abstrato para pensá-la concretamente, na realidade dos sistemas penais.

Refém da *práxis*, o aperfeiçoamento do processo penal muitas vezes acaba numa agenda de futuros. A dogmática penal, subsidiada por teorias constitucionalistas e garantistas, centraliza a construção do sistema penal na conduta. No Direito penal constitucional, pune-se pelo ato delituoso, não de acordo com o autor. E, aliás, dever-se-ia punir preferencialmente sem o recolhimento a prisão, através de medidas sancionadoras que evitassem o encarceramento. Não é o que ocorre.

Existe um descompasso entre a filosofia que subsidia o sistema penal, sua prática e as expectativas sociais em torno do tema. Nosso modelo penal é garantista, almeja o encarceramento mínimo e o máximo de garantias a todos, indiscriminadamente. Na Constituição, todos são iguais e o Direito penal é *ultima ratio*. Não é o que se vê nas estatísticas do sistema carcerário nacional, tampouco em pesquisas de opinião sobre o tema. As pesquisas em torno do sistema penal mostram a aplicação prática de um Direito penal do inimigo, aparentemente atendendo a expectativas sociais de punição, mas não de efetividade.

É interessante questionar em que momento do processo penal se sai do papel, da lei garantista, e se involui a uma prática penal excludente, cruel e seletiva. Quando nos tornamos adeptos da doutrina da lei e da ordem? Ao que parece, a análise da questão se mostra mais afeita a temas da sociologia ou de direitos humanos. O sistema penal é superestrutura, apenas reflexo de uma estrutura desigual. Partindo de injustiças sociais o complexo penal as reproduz dentro do processo penal.

Percebe-se na prática uma política de segurança pública focada na prisão, no que parece atender a um anseio social de mais punição-cadeia. Na definição da clientela do sistema carcerário entram variáveis relativas à pessoa do autor, como renda, escolaridade e

cor da pele, que, exorcizadas pela dogmática pela porta da frente, ingressam pela porta dos fundos e frequentemente preponderam nas decisões policiais e judiciais. Por vezes, o exercício do poder penal torna a dogmática prisioneira da própria fantasia que cria, definindo seus próprios limites e possibilidades.

Na era da globalização, em virtude da incontrolada força que conquistou a linha político-criminal punitivista, os domínios penais passam por descontrolada expansão. É possível, nos tempos de grande encarceramento, ter o abolicionismo como meta e o garantismo como estratégia? Cadeias são moinhos de gastar gente. Males do processo penal. O bom e velho Direito penal liberal parece estar só nos livros. Para construir coerência em torno do Direito e processo penal e do modelo de Estado adotado (constitucional e humanitário de Direito), só há um caminho a percorrer: observar os limites decorrentes da Constituição vigente. O sistema penal minimalista garantista é paradigma reitor da função jurisdicional. Nesse passo, a Constituição delimita os fins legitimadores do Direito penal. Estes condicionam as normas penais, e estas condicionam a teoria do delito.

REFERÊNCIAS

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

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

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. São Paulo: Ed. Jorge Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

CARREIRA, Denise. **Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação**: Educação nas Prisões Brasileiras / Denise Carreira e Suelaine Carneiro – São Paulo: Plataforma DhESCA Brasil, 2009.

CEBELA - Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos . **Mapa da Violência 2013**. Mortes Matadas por Armas de Fogo. Coordenação: WASELFISZ, Julio Jacobo. FLACSO Brasil. Área de Estudos sobre a Violência / Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos. São Paulo: FLACSO/CEBELA, 2013. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf>, acesso em 10.12.2013.

CEBELA - Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos . **Mapa da Violência 2014**. Os jovens do Brasil. Coordenação: WASELFISZ, Julio Jacobo. FLACSO Brasil. Área de Estudos sobre a Violência / Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos. Rio de Janeiro: FLACSO/CEBELA, 2014. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf>, acesso em 30.03.2015.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal** – Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade, Jurisprudência Constitucional Penal, Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II** [recurso eletrônico] / Ruth Maria Chittó Gauer (Org.) ; Aury Lopes Jr. ... [et al.]. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>, acesso em 10.12.2013.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Hipertrofia irracional do Direito Penal. In: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

IBOPE. **Pesquisa CNI – IBOPE: retratos da sociedade brasileira: inflação volta a ser um dos principais problemas do brasileiro – (janeiro 2015)** – Brasília: CNI, 2015. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/RSB%2022%20-%20Problemas%20e%20prioridades.pdf>>, acesso em 05.03.2015.

IBOPE. **Pesquisa do IBOPE Inteligência para a TV Globo e O Estado de S. Paulo**. Brasília: CNI, 2015. Notícia disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>, acesso em 30.03.2015.

ICPS - International Centre for Prison Studies. [Centro Internacional de Estudos Penitenciários]. **World Prison Population List (10th Edition)**. Reino Unido: 2014, Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wpp1_10.pdf>, acesso em 30.03.2015.

IPECE. INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ. Estado do Ceará. **Informe - nº 66** – Novembro de 2013, Elaboração: Cleyber Nascimento Medeiros Victor Hugo de Oliveira Silva, Vitor Hugo Miro Couto Silva. Revisão: Laura Carolina Gonçalves. Ceará: 2014. Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/>>

default/files/ipece_informe_66_caracterizacao_espacial_dos_homicidios_dolosos_em_fortaleza.pdf>, acesso em 30.03.2015.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

LUHMANN, Nikolas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MASI, Carlo Velho. As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro. Desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B364AC56A%2DDE92%2D4046%2DB46C%2D6B9CC447B586%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>, acesso em 10.12.2013.

PASSET, René. **A Ilusão Neoliberal**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

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

RODRIGUES, Emanuele Abreu. Transgressão na cultura jurídica: uma leitura de Günther Jakobs. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** (UFSM). V. 6., n. 1., 2011. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7065/0>>, acesso em 10.12.2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Joel Rufino dos. A metamorfose do negro. In: SANTOS, Joel Rufino dos; LOPES, Ney; COSTA, Haroldo. **Nação Quilombo**. Rio de Janeiro: ND Comunicação, 2010.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. SSP/SP. Coordenadoria de Análise e Planejamento. **Estatística de Criminalidade**. Manual de Interpretação. São Paulo – 1 de fevereiro /2005. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Estatisticas%20Criminais%20no%20%20Estado%20de%20S%3A3o%20Paulo.pdf>>, acesso em 30.02.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 12, v. 47, mar-abr 2004.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político** / Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUZA JR., Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. **Sistema penal & Violência**. Faculdade de Direito PUCRS. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Vol. 3, No 1 (2011). Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/viewArticle/7865>>, acesso em 10.12.2013.

BAHIA. Secretaria de Segurança Pública da Bahia - SSP/BA. **Principais delitos - capital**. Período: 01/01/2014 à 30/09/2014. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/wp-content/estatistica/2014/CAPITAL/03_CAPITAL_2014.pdf>, acesso em 30.03.2015.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZEIDAN, Rogério. **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**. São Paulo: Saraiva, 2013.