

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**ANTONIO CARLOS PACHECO PADILHA**

**EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL IGUALITÁRIA: O ETERNO  
CONFLITO ENTRE A EFICIÊNCIA E O SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS  
NA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS**

**São Leopoldo**

**2013**

**ANTONIO CARLOS PACHECO PADILHA**

**EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL IGUALITÁRIA: O ETERNO CONFLITO  
ENTRE A EFICIÊNCIA E O SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS NA  
PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -  
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

2013

P232b Padilha, Antonio Carlos Pacheco

Em busca de uma política criminal igualitária: o eterno conflito entre a eficiência e o sistema de direitos e garantias na persecução penal dos delitos econômicos. / por Antonio Carlos Pacheco Padilha -- 2013.

147 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

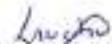
1. Política criminal - Igualitária. 2. Sistema - Direito e garantia - Eficiência. 3. Persecução penal - Criminalidade econômica I. Título. II. Callegari, André Luís.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL IGUALITÁRIA: o eterno conflito entre a eficiência e o sistema de direitos e garantias na persecução penal dos delitos econômicos", elaborado pelo mestrando Antonio Carlos Pacheco Padilha, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de maio de 2013.

  
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís Callegari

Membro: Dra. Marcia Dometila Lima de Carvalho

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira


*Dedico este trabalho à minha família, em especial para minha filha, Isabella, e minha esposa,  
Jane, pela compreensão nas horas de ausências.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço,

ao meu orientador, Professor Doutor André Luís Callegari, pela sua orientação paciente durante toda a realização deste trabalho e por ter acreditado, desde o início, nesta ideia,

ao Professor Doutor Anderson Vichinkeski Teixeira pelas valorosas contribuições na revisão deste trabalho,

à Professora Doutora Márcia Dometila Lima de Carvalho, pela honra em aceitar o convite para participação de minha banca,

aos Professore(a)s Doutore(a)s do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Taysa Schiocchet, Jânia Maria Lopes Saldanha, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, José Luis Bolzan de Moraes e Fernanda Frizzo Bragato por terem possibilitado o aprofundamento das discussões que culminaram no desenvolvimento desta dissertação,

ao Professor Doutor Bruno Heringer Júnior, pelas suas opiniões críticas e indicações de literatura ao longo deste trabalho e de minha formação acadêmica, e

ao colega e Professor Fábio Motta Lopes, pelo incentivo e por me fazer acreditar que este sonho seria possível.

## RESUMO

A presente dissertação, desenvolvida no âmbito da Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos (Linha 1), apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, objetiva, com suporte na Hermenêutica, buscar alternativas para o alcance de uma política criminal igualitária, em especial diante do eterno conflito entre a eficiência e o sistema de direitos e garantias na persecução penal dos delitos econômicos. No primeiro capítulo da pesquisa foram abordados, criticamente, os argumentos utilizados para a renovada legitimação da prisão e a consequente explosão da população carcerária, a partir da seletividade da persecução penal, da formação do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira e do abandono do ideal ressocializador. A análise de questões sociológicas e fenomenológicas relativas ao populismo punitivo - perpassando pela abordagem da sociedade de risco, do papel dos meios de comunicação e da proteção dos bens jurídicos – foram os temas analisados no segundo capítulo. No terceiro capítulo da pesquisa, foi desenvolvida uma reflexão crítica do Direito Penal Econômico, como subproduto do fenômeno da globalização, apresentando-se caminhos para a intervenção penal no enfrentamento da criminalidade econômica, em busca de uma política criminal igualitária.

Palavras-chave: Política criminal igualitária. Eficiência. Sistema de direitos e garantias. Persecução penal da criminalidade econômica.

## **ABSTRACT**

This dissertation was developed within the framework of the line of research Hermeneutics, Constitution and Implementation of Rights (line 1) and presented as a requirement for obtaining the master's degree of the Post-graduate Program in Law of the Academic Unit for Research and Graduate Studies at the University of Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. With the support of Hermeneutics, it sought alternatives to reach an egalitarian criminal policy, in particular, on the eternal conflict between efficiency and the system of rights and guarantees in criminal prosecution of economic crimes. In the first chapter of this research the arguments used for the legitimation of imprisonment and the consequent increase of the prison population were critically discussed from the selectivity of criminal prosecution, formation of the quali(quantitative) profile of the Brazilian prison population and the abandonment of the ideal resocialization agent. Sociological and phenomenological issues related to punitive populism – bypassing the approach of risk society, the role of the media and the protection of legal goods – were the topics analyzed in the second chapter. In the third chapter of the research, a critical reflection of Economic Criminal Law, as a sub-product of the globalization phenomenon presenting paths for criminal intervention in the fight against economic crime and in the search of an egalitarian criminal policy, was developed.

keywords: Egalitarian criminal policy. Efficiency. System of rights and guarantees. Prosecution of economic crime.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 A RENOVADA LEGITIMAÇÃO DA PRISÃO E A CONSEQUENTE EXPLOÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Sistema de Justiça Criminal: a persecução penal como processo de seleção progressiva .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 A realidade indesejável: a inefetividade da aplicação dos princípios dos direitos humanos e da dignidade humana e os reflexos na formação do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 O ocaso do modelo prisional: a ruptura com o ideal ressocializador.....</b>	<b>43</b>
<b>3 O DISCURSO DA MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA DA POPULAÇÃO COMO JUSTIFICATIVA PARA A EXPANSÃO E O POPULISMO PENAL .....</b>	<b>55</b>
<b>3.1 A discussão sobre a sociedade de risco e o vínculo com a expansão do Direito Penal .....</b>	<b>55</b>
<b>3.2 O populismo punitivo e o papel dos meios de comunicação .....</b>	<b>64</b>
<b>3.3 Os novos modelos de intervenção penal e a proteção de bens jurídicos.....</b>	<b>75</b>
<b>4 EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL IGUALITÁRIA: O ETERNO CONFLITO ENTRE A EFICIÊNCIA E O SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS NA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS.....</b>	<b>88</b>
<b>4.1 O Direito Penal Econômico: considerações críticas e proibição da proteção insuficiente .....</b>	<b>88</b>
<b>4.2 Economia supranacional: os fatores estruturais (econômicos e sociais) da criminalidade na era da globalização e o <i>blanqueo del capital</i>.....</b>	<b>108</b>
<b>4.3 Intervenção necessária e política criminal .....</b>	<b>120</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>136</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Apresentar uma pesquisa que demonstrasse os equívocos da política criminal brasileira - seletiva e populista - e aprofundasse a discussão sobre os seus reflexos no sistema de justiça penal, foi o objetivo perseguido durante o desenvolvimento desta dissertação. Foi realizada uma análise crítica do tema proposto, apresentando sugestões para a melhoria do controle social, em especial quanto à observância da proibição da proteção deficiente, em face da criminalidade econômica.

O método de abordagem do tema foi desenvolvido no âmbito da Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, na medida em que se buscou uma reflexão crítica para a compreensão adequada do problema, a partir da depuração de preconceitos e da análise exaustiva dos argumentos pertinentes, sempre desde a perspectiva do conhecimento prático, sem se olvidar da consideração da temporalidade histórica como horizonte limitador do próprio entendimento.

O método da pesquisa foi perspectivado pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico, reconhecendo-se que o sujeito-pesquisador está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades).

A partir destas considerações preliminares, pode-se afirmar que o programa criminalizante vigente no Brasil, como de resto nos Estados ocidentais, tem encontrado sérias dificuldades para manter o necessário e delicado equilíbrio entre a proteção social e o respeito às garantias individuais das pessoas que - transgredindo as normas de conduta a todos impostas - venham a praticar ações caracterizadas e selecionadas como delituosas.

Ao se debruçar sobre o sistema punitivo, o intérprete, por mero consectário lógico, constata que o Direito Penal, em verdade, pode ser considerado "o direito desigual por excelência"<sup>1</sup>, sobretudo pela orientação populista que vem centrando na repressão a função estatal de conformação da comunidade.

De acordo com Streck<sup>2</sup>,

Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos

---

<sup>1</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 162.

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luis; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 91.

conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos supraindividuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade Brasileira.

Nessa linha de raciocínio, Heringer<sup>3</sup> sustenta que o postulado iluminista da igualdade perante a lei, por sua perspectiva formal, vem apresentando um caráter manifestamente ideológico, de justificação artificiosa do sistema repressivo estatal, o qual, de fato, funciona seletivamente, canalizando sua força nos segmentos sociais mais fragilizados<sup>4</sup>. Cuida-se de um modo de controle social formalizado de grupos subintegrados<sup>5</sup>, que a orientação inclusivista contemporânea não tem conseguido contornar.

A ideologia, segundo Chauí,<sup>6</sup>

Não é apenas a representação imaginária do real para servir ao exercício da dominação em uma sociedade fundada na luta de classes, como não é apenas a inversão imaginária do processo histórico na qual as idéias ocupariam o lugar dos agentes históricos reais. A ideologia, forma específica do imaginário social moderno, é a maneira necessária pela qual os agentes sociais representam para si mesmos o aparecer social, econômico e político, de tal sorte que essa aparência (que não devemos simplesmente tomar como sinônimos de ilusão ou falsidade), por ser o modo imediato e abstrato de manifestação do processo histórico, é o ocultamento ou a dissimulação do real. [...] Universalizando o particular pelo apagamento das diferenças e contradições, a ideologia ganha coerência e força porque é um discurso lacunar que não pode ser preenchido.

Assim, torna-se imperioso o repensar do “papel da ideologia”<sup>7</sup> no âmbito da atividade estatal, especialmente a parlamentar, já que se afigura evidente que a regulamentação penal foca sua incidência em seus “clientes preferenciais”.

Conforme veremos no Capítulo I, resta clarividente que a política criminal brasileira é seletiva e populista, com evidentes reflexos no sistema de justiça penal. Ao traçar o perfil do agressor, o indivíduo perigoso, nunca se está diante do político, do banqueiro ou mesmo do

<sup>3</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2012. p. 23.

<sup>4</sup> “O discurso jurídico-penal não pôde nunca enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo, porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito”. (ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 67).

<sup>5</sup> “O Direito Penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e o seu dramático rigor” (FRAGOSO, Heleno. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 3).

<sup>6</sup> CHAUI, Marilena de Sousa. Ideologia e educação. *Educação e Sociedade*, São Paulo, n. 5, p. 3-4, jan. 1980.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. Violência, criminalidade, segurança pública e modernidade tardia no Brasil. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos (Org.). *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 469.

empresário. Basta percorrermos os olhos sobre o perfil quali(quant)itativo da população carcerária brasileira, por exemplo, para nos darmos conta de que a seletividade da repressão penal continua a atingir, quase exclusivamente, os segmentos sociais mais fragilizados, via mecanismos sutis de facilitação do seu controle formal-estatal, bem como de imunização dos estratos mais poderosos. Ademais, a filtragem no Sistema de Justiça Criminal revela-se, antecipadamente aos controles formais, por meio de variáveis centrais de determinação.

De outro norte, insta registrar que a execução da pena privativa de liberdade, com o propósito único de vingança ou retribuição tem pouco significado prático para a coletividade, em face de sua temporalidade. Se não se pretende buscar uma modificação na atitude do apenado, o único efeito de utilidade social de uma pena com esta limitação finalística cinge-se à enganosa e momentânea satisfação aos cidadãos com uma falaciosa sensação de maior proteção frente a futuras intranquilidades. Não poderemos “esconder” ou “afastar” para sempre os transgressores.

Essa circunstância, aliada à falta de medidas concretas que permitam ao apenado escolher outro caminho, assume contorno desalentador, na medida em que se mostram limitadas as possibilidades de desenvolvimento de um novo projeto de vida para aqueles que ingressam no sistema prisional brasileiro, invariavelmente com insuficiência de vagas e raras medidas reabilitadoras. Relevante, desta forma, disponibilizar aos apenados caminhos e alternativas para a reinserção social.

De acordo com o que será exposto ao longo do Capítulo II, não se pode desconsiderar que o aumento da criminalidade, sobretudo nos países industriais avançados, presenciado no último terço do século passado, fundamenta a hipersensibilidade de alarmes sociais específicos, “legitimando” e “respaldando” a adoção de medidas legislativas voltadas ao recrudescimento da atuação estatal em sua função de manter a ordem e a paz social. Políticas (programas) públicas sérias e consistentes, com a garantia permanente de recursos para enfrentar diretamente as causas da criminalidade, no entanto, são raras e de curta duração, pois são acachapadas pelos “projetos eleitorais”.

Importante registrar, ainda, o dizer de Callegari<sup>8</sup>, para quem:

[...] a diferença entre políticas de segurança autoritárias e democráticas radica em que, enquanto estas últimas estão orientadas a lograr a confiança dos cidadãos, as políticas de segurança autoritárias estão dirigidas a conseguir a adesão dos cidadãos, utilizando para isso mecanismos

---

<sup>8</sup> CALLEGARI, André Luís. A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 239-252, 2008.*

populistas, cujo objetivo é canalizar em proveito de determinadas pessoas ou partidos políticos sentimentos, medos ou reações sociais.

Neste contexto, o agir ético dos meios de comunicação de massa adquire significativa relevância, na medida em que a mídia desempenha destacado papel na divulgação dos discursos de legitimação da expansão do direito penal.

Por fim, segundo procurar-se-á desenvolver no Capítulo III, é inegável que as transformações que se operam na sociedade contemporânea produzem reflexos significativos nas estruturas tradicionais da modernidade, em especial, o Direito e o Estado.

Assim, importante gizar o alerta ofertado por Bolzan<sup>9</sup>, quando refere que

No transcurso de sua história, o Estado,<sup>10</sup> erigido como tal no bojo da modernidade, viu-se envolto em um largo processo de consolidação e transformações, passando, nos dias de hoje, para alguns, por uma longa desconstrução/exaustão e, para outros, por uma necessária refundação, diante das várias crises interconectadas a que se vê submetido, podendo significar seu fim, sua transformação, seu recomeço, sua continuidade, etc.

Em apenas um século, entre 1900 e 2000, segundo Poulantzas<sup>11</sup>, a geografia política transformou-se consideravelmente, quando grandes espaços dominados por velhos Impérios foram fracionados em quase duzentos novos Estados. Essas transformações geopolíticas foram potencializadas pelo avanço da tecnologia, fenômeno de grande valia, no entender de CrevelD<sup>12</sup>, para a construção do Estado, mas que, no entanto, não reconhece e nem é limitado pelas barreiras territoriais.

Há quem entenda, como Sørensen<sup>13</sup>, que o excepcional crescimento das inversões de capitais estrangeiros, o rendimento do intercâmbio exterior, as companhias transnacionais, os ingressos de viagens internacionais e as exportações se combinam com uma série de indicadores similares para mostrar a imagem de um mundo dominado por um mercado unificado.

<sup>9</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12. (Coleção Estado e Constituição).

<sup>10</sup> Na nota de rodapé Bolzan de Moraes destaca: “Como dissemos, com Lenio Streck, em nosso *Ciência Política e Teoria do Estado*, não há que se confundir o Estado com outra experiência que não seja aquela da modernidade, sendo suas apresentações anteriores tidas como *formas estatais pré-modernas*”.

<sup>11</sup> POULANTZAS, Nicos (Org.). *O Estado em crise*. Rio de Janeiro: Grall, 1977.

<sup>12</sup> CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Tradução: Jussara Simões. Revisão da tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica: Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 632 p.

<sup>13</sup> SØRENSEN, Georg. *La transformación del Estado*: más allá del mito del repliegue. Traducción: Ramón Cotarelo. Tirant lo blanch: Valencia, 2010. 229 p.

A volatilidade das transferências financeiras anda, como se sabe, de mãos dadas com a lavagem de dinheiro. A análise crítica e a oferta de respostas idôneas e adequadas para este fenômeno criminal, que necessariamente tem como suporte os complexos meandros da delinquência organizada e é facilitado pela globalização, em suas diversas formas, se constitui em um desafio para o Estado e o Direito modernos.

Neste cenário, ganha relevo a reflexão crítica ao Direito Penal Econômico, com suporte na Hermenêutica, buscando-se a compreensão adequada do problema, a partir da depuração de preconceitos e da análise exaustiva dos argumentos pertinentes, mormente pela significativa lesividade social da delinquência econômica. Exige-se e impõe-se, assim, estudo específico sobre a necessidade de valoração e tratamento distintos do fato delitivo. Em que pesem as dificuldades para uma prevenção eficaz, decorrente, dentre outras causas, da elevada cifra obscura, mostra-se possível o enfrentamento da criminalidade econômica por meio de um conjunto de medidas que percorrem a trilha que vai desde a mudança de mentalidade e postura inerte da sociedade frente à aparente licitude do fato até o desvelamento da função do Direito Penal frente à delinquência econômica.

Abordar o conjunto destes temas, objetivando o estabelecimento de uma política criminal igualitária, em face do eterno conflito entre a eficiência e o sistema de direitos e garantias na persecução penal dos delitos econômicos, é o desafio que se impõe nestas despretensiosas linhas.

## 2 A RENOVADA LEGITIMAÇÃO DA PRISÃO E A CONSEQUENTE EXPLOÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

A persecução penal tem se revelado como um processo de seleção progressiva, com uma filtragem de modos de comportamentos sociais desviantes. Esta circunstância, reveladora dos clientes preferenciais do Sistema de Justiça Criminal e potencializada pela ruptura com o ideal ressocializador, tem contribuído para a explosão da população carcerária brasileira.

### 2.1 Sistema de Justiça Criminal: a persecução penal como processo de seleção progressiva

*Ab initio*, revela-se necessário afirmar que o tratamento rigoroso e, portanto, científico, dedicado às diversas formas de apreensão do cotidiano dos sujeitos sociais e de suas instituições, implica o atravessamento dos enunciados do mundo sistêmico - percebido a partir das ciências normativas - e do mundo da vida - imaginário social.

Para Castoriadis<sup>14</sup>, tudo que se apresenta no mundo social-histórico está, de forma indissociável, entrelaçado com o simbólico. As instituições – dentre elas o crime - não se reduzem ao simbólico, mas só podem existir no simbólico e são impossíveis fora de um simbólico em segundo grau, constituindo, cada qual, sua rede simbólica. O mundo social, portanto, é constituído em função de um sistema de significações.

Essa afirmação ganha relevo na medida em que, conforme afirma English<sup>15</sup>,

Somente o jurista que se esforça por atingir o verdadeiro sentido e a correcta compreensão dos preceitos jurídicos torna plausível a afirmação de que a ciência jurídica é uma das ciências do espírito, pois que, segundo as concepções modernas, o sentido e a compreensão são o critério decisivo de tais ciências.

Cumprir registrar, também, que a abordagem adequada de qualquer instituto passa, necessariamente, por sua correta e precisa conceituação, sem se desconsiderar que palavras e conceitos não são instrumentos à disposição de um sujeito cognoscente<sup>16</sup>. A (re)construção de

<sup>14</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 142.

<sup>15</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução J. Baptista Machado diretamente do original alemão intitulado *Einführung In Das Juristische Denken*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 128.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 270, 2008.*

um conceito, frise-se, é fundamental para entender seu alcance, desenvolvendo-se em um processo dinâmico circunscrito por certos limites estruturais, mas também por certas variáveis, culturais e históricas, de caráter contingente. Assim, as decisões acerca da política criminal passaram a ter uma significativa relevância sobre a sociedade.

Sob essa perspectiva, a dogmática penal caracteriza-se como um sistema de conceitos construídos para mostrar o *ser* do direito penal, esse setor do ordenamento jurídico existente como formalização legal de um programa de política criminal determinado que, por sua vez, redefine o *dever ser* do direito penal, segundo a perspectiva oficial de controle do crime. Parece, portanto, não existir contradição entre a *dogmática penal e política criminal*.

A partir dessa linha de raciocínio, desenvolvida com peculiar sabedoria por Santos<sup>17</sup>, constata-se que “a dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar a sua aplicação”.

É claro que aqui surge evidente ponto de tensão entre a legislação penal e a sociedade civil – o domínio do permitido alarga-se tanto mais quanto mais os imperativos se dissolvem – na medida em que emerge a questão crucial da responsabilidade do indivíduo como detentor do livre arbítrio, diante do bem e do mal, sobretudo em decorrência da necessária crítica à ideia do legislador emoldurado na neutralidade e na racionalidade.

Tal tensionamento ganha destaque na leitura de Ferri<sup>18</sup>, quando ele afirma que a notícia de um crime – especialmente se a mídia descrever e amplificar o fato:

Determina sempre no ambiente social uma dupla corrente de emoções e de ações, em graus e limites diversos, dos lugares mais vizinhos aos mais longínquos, nas diferentes classes sociais, segundo a qualidade da vítima e conforme a maior ou menor ferocidade, audácia, extravagância ou habilidade, que o próprio crime revela, tendo em vista o valor das suas conseqüências e da sua repercussão.

Importa destacar também que o Direito Penal não foi – e não é – construído com objetos jurídicos de tutela que lhes fossem próprios ou exclusivos. Ao contrário, a sua formulação sempre esteve condicionada por um processo (ou por uma técnica) de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância informado por outros ramos do Direito.

<sup>17</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 1.

<sup>18</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal. o criminoso e o crime*. Prefácio do Prof. Beza dos Santos. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 27.

De acordo com Toledo,<sup>19</sup> “o direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o fato-crime, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas”.

Sob a perspectiva formal, no mesmo sentido, Roxin<sup>20</sup> afirma que “*el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección*”.

Aspecto relevante diz respeito à expansão do Direito Penal que se tem mostrado um elemento comum nas estruturas contemporâneas de controle do delito, muitas vezes facilitada pelo fenômeno da globalização que converge e aproxima, aceleradamente, os sistemas e as culturas jurídicas.

A nota característica da expansão pode ser extraída da leitura do item cinco da Exposição de Motivos da “Nova” Parte Geral do Código Penal, expendida já no distante julho de 1984, no seguinte texto:

Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século.

A expansão<sup>21</sup> do Direito Penal, registre-se, não constitui fenômeno exclusivo do Brasil, na medida em que parece atender a necessidades estruturais das comunidades contemporâneas, mais complexas e conflituosas. A “virada punitiva”<sup>22</sup> atende a câmbios socioeconômicos e político-culturais específicos, que forjaram um novo consenso conservador, em substituição ao social-democrático em vigência até o início da década de 1970.

E, aqui, cabe destacar que diante da infração criminal nos deparamos, segundo Dias<sup>23</sup>

<sup>19</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1.

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1, p. 41.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 21-61.

<sup>22</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos*. Tradução e Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia. 2008. p. 764. (Pensamento criminológico, 15),

<sup>23</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999. p. 22.

Com um fenômeno de patologia social extremamente diversificado, que se revela não apenas de condicionalismos exógenos (externos, sociais), mas também de substratos endógenos (internos, individuais) componentes da mais complexa de todas as realidades: a realidade humana; que se revela, também se pode dizer assim, do homem total e da sua condição.

Do mesmo modo, mostram-se sempre atuais e singulares as observações de Zaffaroni<sup>24</sup>, quando o mestre argentino pontua que

‘El delito’ sociologicamente no existe si prescindimos de la solución institucional común. En la realidad social existen conductas, acciones, comportamientos, que importam conflictos que se resuelven de un modo común institucionalizado, pero que aisladamente considerados tienen significados sociales completamente diferentes.

A perspectiva oficial, sustentada pelas escolhas do legislador, nem sempre baseadas em critérios passíveis de confissão pública, revela que o controle do crime ocupa uma posição privilegiada, na medida em que não há falta de matéria-prima, pois a oferta de crimes parece inesgotável. Neste particular, Christie<sup>25</sup> ao analisar as consequências da exploração econômica do Direito Penal, afirma, com singular percuciência, que

Também não tem limite a demanda pelo serviço, bem como a disposição de pagar pelo que é entendido como segurança. E não existem os habituais problemas de poluição industrial. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social.

Certo que não é qualquer norma editada pelo legislador que se afigura legítima e consoante à Constituição. Para a legitimidade, deve haver um liame axiológico de seu conteúdo com os valores sociais e democráticos.

Segundo Cohen<sup>26</sup>, para “haver relações entre os seres humanos, é preciso haver regras, e as pessoas precisam ser capazes de supor que, de modo geral, essas regras serão cumpridas”. É consabido que a elaboração e a aplicação do direito necessitam recorrer a juízos de valor<sup>27</sup>.

Neste passo, tem-se, com Juarez Freitas<sup>28</sup>, que o sistema jurídico é

Uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais, de normas restritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1996. p. 21.

<sup>25</sup> CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental* (crime control as industry). Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

<sup>26</sup> COHEN, Albert. *Transgressão e controle (deviance and control)*. Tradução de Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1968. p. 15.

<sup>27</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 744. (Coleção justiça e direito).

<sup>28</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 272.

superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificantes do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Na medida em que a Constituição exerce a função central no sistema vigente, irradiando efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional, pode-se afirmar que seus comandos se traduzem como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores das leis.

Para tanto, Cunha<sup>29</sup> reconhece que a “[...] nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Tal parece-nos reflectir-se, desde logo, na consideração de bens jurídicos de índole social”. Segundo a autora, na linha do pensamento jurídico-penal hodierno, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao princípio do Estado de Direito Material, de consagração constitucional, o Direito Penal é visto como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade.

Todavia, cabe registrar que o processamento do Sistema de Justiça Criminal, em nível formal, colmatado por um “modelo de funil”, não está limitado no trajeto percorrido entre a percepção oficial - quando instituída a mera suspeita do fato - e a conclusão da criminalização - perfectibilizada com a conseqüente condenação judicial. A origem, a educação, a posição socioestrutural, a formação escolar e profissional são algumas das variáveis centrais de determinação que induzem e orientam a filtragem no Sistema de Justiça Criminal.

De acordo com os ensinamentos de Kant,<sup>30</sup> podemos afirmar que sistema é “la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea”, um “todo del conocimiento ordenado según principios”. Entretanto, para Ferrajoli,<sup>31</sup> o Direito não é mais um sistema orgânico de dogmas sancionados pela lei e confiados à custódia dos juristas, mas um sistema artificial e imperfeito de normas heterogêneas, cuja legitimidade perante os valores políticos incorporados na Constituição está sempre em questão.

O velho paradigma científico da dogmática jurídica e da autonomia do Direito, que no século XIX alcançou sua máxima expressão na codificação, enfraquece-se frente à Constituição, que, por seus parâmetros axiológicos de validade, se põe em permanente tensão e em virtual autonomia com todo o Direito vigente.

<sup>29</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 408.

<sup>30</sup> KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft, edición de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, a cargo de Weischedel*, 1956. t. 2, 696 (=1781, 832); KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, edição de Wissenschaftliche Buchgesellschaft. t. 5, 1957, 11. (=1786, prefacio, p. IV). In: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1, p. 193.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*. 2. ed. Roma, Bari: Laterza, 1999. p. 69.

É consabido que as sociedades modernas caracterizam-se pelo pluralismo<sup>32</sup> – religioso, cultural, político, entre outros. Esta circunstância, muitas vezes traz consigo o problema da justificação e dos limites do comportamento divergente, culminando com o flagrante tensionamento entre a Constituição - que delinea o primado da liberdade e fixa os limites da inovação normativa do Poder Legislativo – e o princípio democrático que torna vinculantes as deliberações dos representantes do povo. A partir de então, até mesmo o legislador encontra-se limitado em sua atividade pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A vinculação do legislador ao texto Constitucional vem a lume na clara dicção de Vieira de Andrade<sup>33</sup>, quando assevera que

O poder legislativo deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante da realidade e juridicamente débil. É um poder constituído, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e acatar proibições, a perseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objectivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.

Não podem restar dúvidas, em um Estado Democrático e Social de Direito, que é na Constituição e em sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela<sup>34</sup>.

Assim sendo, de acordo com Palma<sup>35</sup>, é “[...] a Constituição que define as obrigações do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade figura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”.

Essa preocupação em oferecer limites à atividade do Parlamento tem sua razão de ser, já que o legislador, “apesar de continuar a ser o representante directo da vontade popular, é, também ele, um potencial inimigo das liberdades”<sup>36</sup>. De acordo com esta linha de raciocínio, pode-se afirmar que o controle social é, em perspectiva sociológico-criminal, representado, em sua faceta formal, pelo Sistema de Justiça Criminal. Não se pode perder de vista, neste ponto, que as agências de repressão penal - Polícia Civil, Ministério Público e Poder

<sup>32</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 7-21.

<sup>33</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 212-213.

<sup>34</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 142-147.

<sup>35</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106-107.

<sup>36</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 212-213.

Judiciário, constitutivas do Sistema de Justiça Criminal- concentram suas ações, a grosso modo, na criminalização secundária.

De outro norte, parece meridianamente claro que a criminalização primária – aquela voltada à escolha dos bens jurídicos merecedores de proteção penal e à forma de sua tipificação – também tem contribuído, de modo relevante, para a perpetuação da operatividade discriminatória da repressão penal.

Não é difícil constatar que a legislação penal, considerada abstratamente, contribui decisivamente para o estado de impunidade dos infratores dos estratos sociais mais elevados, revelando significativo “*deficit* de integridade”<sup>37</sup>. Dito de outro modo, a desigualdade não opera apenas “perante a” lei, mas também “na” lei<sup>38</sup>.

Segundo Zaffaroni<sup>39</sup>

Acciones conflictivas de muy diferente gravedad y significado social se resuelven por vía punitiva institucionalizada, pero no todos los que las realizan sufren esa solución, sino únicamente una minoría ínfima de ellos, después de un proceso de selección que casi siempre selecciona a los más pobres.

A incriminação de determinadas condutas, com a imposição da pena de prisão, não pode ser considerada como a solução para todos os problemas da sociedade moderna, sobretudo pela forma simples da “privação da liberdade”<sup>40</sup>. A adoção de uma política criminal oportunista<sup>41</sup> e equivocada, ao longo dos anos, nos releva a tendência de um crescente e consistente aumento das taxas de encarceramento, desde o nascimento da prisão moderna.

O problema lançado neste ensaio de ideias está centrado na flagrante inobservância de que todos devem ser tratados igualmente, sobretudo quando nos deparamos com o perfil dos destinatários do programa criminalizante.

Não é por outra razão que Baratta<sup>42</sup> denuncia o “mito da igualdade” do Direito Penal, que, em verdade, apresentaria como características: a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213-331.

<sup>38</sup> OLLERO, Andrés. Igualdad ante la ley y uso alternante del derecho. In: BETEGÓN, Jerónimo et al. (Coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 493-536.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1996. p. 23.

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 208.

<sup>41</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 61.

<sup>42</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 162.

fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

De acordo com a análise de Baratta, o legislador penal tende "a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos" pertencentes aos grupos dominantes e "a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas". E acrescenta:

Isso ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.<sup>43</sup>

Essa seletividade ganha contornos significativos quando são estabelecidos mecanismos de “gestão diferencial da criminalidade”<sup>44</sup> desde a instância legislativa, apontando-se os “clientes preferenciais”. O legislador penal, ao estabelecer as definições legais de crimes e penas acaba, invariavelmente, focando na criminalidade patrimonial comum, campo de atuação das classes e categorias sociais subalternas.

Mecanismos desse jaez, apenas reforçam o funcionamento discriminatório do sistema repressivo, fortalecendo e aumentando a distância de tratamento dispensado à clientela “tradicional” e aos autores de crimes do “colarinho branco”. Dessa maneira, resta transparente que a diferença de tratamento do sistema penal ganha destaque quando nos lembramos de Ribeiro,<sup>45</sup> na ocasião em que ele afirma que, no Brasil, as classes ricas e as pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos.

---

<sup>43</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 165.

<sup>44</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2012. p. 93-103.

<sup>45</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 210.

Nesta linha de raciocínio, devemos recordar que a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), escancaradamente direcionada à criminalização das classes populares, então havidas como desajustadas e despreparadas para as necessidades da modernidade<sup>46</sup>, inspirada no conceito de culpabilidade de autor, de caráter ou pela conduta de vida, criminalizou “o modo-de-ser da escumalha”<sup>47</sup>, tipificando, entre outras, as infrações de embriaguez, mendicância, vadiagem e perturbação do trabalho ou do sossego alheios.

O problema, no entanto, não está limitado à seletividade imposta pelo legislador, na medida em que a persecução penal se apresenta, em verdade, de acordo com a inteligência de Albrecht<sup>48</sup>, como um “processo de seleção progressiva”. Aqui, destacam-se os processos de “controle social”<sup>49</sup>, tendo em vista que não se pode dispensar a atenção apenas para a reação ao desvio (persecuções penais) e para as dimensões preventivas existentes nesta reação.

Parece evidente que a principal função da família como instância de socialização, ou da escola como instância de formação, não consiste exclusivamente no controle do comportamento, portanto, em produção de conformidade social. À família, à escola, ao círculo de amigos, à empresa, etc. são atribuídos os processos de controle informais, baseados exatamente em normas informais desenvolvidas, não se fundando em determinações legais. Tais normas informais apontam para uma das mais importantes funções, que toda sociedade precisa apresentar, se pretende subsistir, qual seja, a produção de integração social.

Segundo Albrecht<sup>50</sup>,

Com a ajuda do conceito dualístico de integração social e integração sistêmica deixa-se expressar, de modo mais preciso, a relação de problemas de controle estatal e problemas de controle social. A partir de problemas de controle não resolvidos surgem crises, por exemplo, que de novo produzem problemas consequentes que atuam, de modo especial, na consciência dos sujeitos agentes (Habermas, 1979, 11 s.).

Essas normas informais, baseadas em regras de comportamento extrajurídicas, podem ser reconduzidas à prática, ao costume, ao uso, à tradição ou mesmo à moral. Ela pode se

<sup>46</sup> ROLIM, Rivaíl Carvalho. Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX. In: KOERNER Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 192.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 16, p. 141-170, 2008.

<sup>48</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 221.

<sup>49</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 222.

<sup>50</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 225.

servir de meios psíquicos como zombaria, desprezo, perda de *status*, ofensa à honra ou ruptura da relação social, bem como pode utilizar-se de meios físicos, como a violência. Há, ainda, extensas possibilidades de cunho econômico, como a perda do lugar no trabalho e do rendimento. Em relação a elas – normas informais- essas, no entanto, também estão eivadas pela produção da desigualdade e da arbitrariedade. Os transgressores, em razão de suas condutas desviantes, são estigmatizados pela sociedade em geral, estigma esse trazido em referência a um atributo profundamente depreciativo, de acordo com a análise de Goffman<sup>51</sup>.

Parece inegável que o poder que é desencadeado pela ameaça de perda do lugar de trabalho, ou seja, por tendências de crise social estrutural, em relação a determinados grupos dentro da sociedade, é desproporcionalmente maior do que aquele atualizado por alguma ameaça do Direito Penal. A forma de controle social desdobrada em normas informais, entretanto, nos alerta Albrecht<sup>52</sup>, não é de se considerar isolada dos mecanismos de eficácia do controle social formal. Outro aspecto digno de nota, diz respeito à inafastável constatação de que uma grande quantidade de ações delituosas, que seriam, em tese, capazes de criminalização, são filtradas da intervenção do Sistema de Justiça Criminal, já por decisão das vítimas, no curso de processos de controle social informal. Dessa maneira, o jurista penal, vinculado aos preceitos jurídico-constitucionais de aplicação igualitária do Direito, deve saber que o “produto criminalidade” a ser por ele trabalhado – após percorrer o longo percurso do “modelo de funil” - já é o resultado de um altamente seletivo processo social de escolha. Os fatos que, finalmente, aparecerem na sanção (criminalização), são governados por processos os quais frequentemente permanecem ocultos aos aplicadores do Direito.

Dessa forma, parece relevante que o Direito Penal, como nos dizem Bajo e Bacigualupo<sup>53</sup>, deixe de ser mais um instrumento de opressão de uma classe para converter-se em um autêntico meio de liberdade e progresso social, permitindo uma ordem mínima de convivência. Para isto ele deve criar, como primeiro passo, mecanismos suficientemente eficazes para perseguir e punir adequadamente a delinquência das classes dirigentes da comunidade.

Imprescindível destacar também, com Hassemer<sup>54</sup>, que o pensamento hermenêutico é como uma fita que mantém unidas as áreas separadas da ciência, como também a ciência e a

<sup>51</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara/Koogan, 1988. p. 13.

<sup>52</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 229.

<sup>53</sup> BAJO, Miguel; BACIGUALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

<sup>54</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

prática, e que consegue, em princípio, a unidade. A partir de uma hermenêutica jurídica que parte dos valores e dos bens garantidos constitucionalmente, assim como da força irradiante dos direitos fundamentais, impõe-se destacar a importância da liberdade na ordem jurídico-constitucional brasileira, verdadeiro freio à atuação do Poder Legislativo.

De outra parte, insta registrar, pela pertinência da observação cunhada por Ferrajoli<sup>55</sup>, que “*los derechos de libertad, al igual que el resto de los derechos fundamentales, son la base de la igualdad jurídica*”.

Sem desconhecer o conteúdo do “paradoxo da igualdade”<sup>56</sup> (nenhuma pessoa é igual a outra), exsurge, com clareza solar, a necessidade de que todos merecem ser tratados igualmente. O ideal da igualdade jamais será inteiramente alcançado e mesmo sua gradual implementação é sempre aproximativa, dependente que se encontra da adequada compreensão dos fenômenos sociais, das lutas por reconhecimento, dos limites políticos à ação e da compatibilização histórica com outros valores-guia também relevantes, como é o caso da liberdade. Essas situações problemáticas do Sistema de Justiça Criminal, para Albrecht, podem ser enfrentadas de modo adequado mediante um alívio normativo, ao se contrapor algo construtivo ao abuso e à ameaçadora destruição do Direito Penal e do Estado de Direito e de seus sistemas de imposição.

Borowski<sup>57</sup> é enfático ao destacar que, diante do Princípio da Igualdade, o legislador está ordenado a outorgar um trato igual quando não existe uma razão suficientemente razoável para permitir um trato desigual. Não se pode continuar a permitir, de modo silente, que a seletividade da repressão penal continue a atingir, quase exclusivamente, os segmentos sociais mais fragilizados, via mecanismos sutis de facilitação do seu controle formal-estatal, bem como de imunização dos estratos mais poderosos. O processo de seletividade é tão marcante que nem mesmo os autores dos delitos de colarinho branco, por força das medidas imunizadoras, sequer reconhecem o desvio de conduta.

Nesse sentido, as conclusões de Sanchis Mir e Garrido Genovés<sup>58</sup> ao reconhecerem que

Mediante este trato diferencial, los delincuentes de cuello blanco no son considerados delincuentes por el público, ni por ellos mismos ni por los criminólogos [como regra também nem pelo legislador ordinário, nem pela

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 311.

<sup>56</sup> FROSINI, Vittorio. Paradosso dell'eguaglianza. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, v. 4, n. 68, p. 541-543, 1976,

<sup>57</sup> BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 191.

<sup>58</sup> SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'cuello blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987. p. 109.

grande maioria dos aplicadores do Direito] con lo que aumenta la probabilidad de que estos delitos se repitan y aumenten en el futuro (Sutherland, 1940).

Impedir a ilegítima gestão diferencial da criminalidade no marco do estado democrático e social de direito não é tarefa fácil, mas deve ser perseguida incessantemente, na medida em que a Constituição Federal, referencial adequado e necessário para o controle de validade da produção legislativa, possibilita-nos a efetiva implementação do princípio político-jurídico da igualdade e das garantias processuais.

Importante registrar, por fim, que o objeto do Direito Penal é fazer reconhecível o injusto nas lesões interpessoais do Direito. Albrecht<sup>59</sup> enfatiza, com singular percuciência, que o “[...] **Direito Penal não é nenhum remédio sociopolítico universal** para o conserto do Estado, da sociedade e dos destinos isolados das vítimas” (grifo no original). Como bem destaca o mestre alemão, é preciso tomar distância do desafio contínuo de que o Direito Penal seja o remédio para todos os males, oferecendo segurança social total.

## **2.2 A realidade indesejável: a inefetividade da aplicação dos princípios dos direitos humanos e da dignidade humana e os reflexos na formação do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira**

As linhas seguintes têm pretensão modesta, embora relevante para a correta compreensão do conjunto do trabalho. Nelas, e com elas, será abordada a inefetividade da aplicação dos princípios dos direitos humanos e da dignidade humana e os consequentes reflexos na formação do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira.

As transformações que se operam na sociedade contemporânea produzem reflexos profundos no agir humano e nos institutos que o circundam. Assim, insta realizar análise sobre os princípios dos direitos humanos e da dignidade humana, em especial, quanto à inefetividade deles nos dias atuais. A inefetividade, em especial com a exclusão dos direitos de ordem econômica e social da pauta de reivindicações, afasta-se do ideal de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, contribuindo para a constituição do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira.

Os temas dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana encontram-se no cerne das discussões contemporâneas, mormente pela circunstância de que se compreende, na comunidade internacional, a necessidade de se evitar atos e fatos que degradem a

---

<sup>59</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 595.

natureza humana. Todavia, segundo o pensamento de Ost<sup>60</sup> parece inegável que o “nosso universo é o dos programas curtos, das mudanças perpétuas de normas e dos estímulos a experimentar sem esperar qualquer nova sugestão”, o que acaba por afetar os direitos humanos em função da constante preocupação com o imediato, com o agora, com o consumo fácil e difundido.

De outra parte, impende compreender que as denominações direitos humanos e dignidade humana foram se transformando, ao longo dos anos, em face da evolução do conceito de proteção de certos direitos básicos do indivíduo. É claro que uma compreensão racional da realidade justifica e impõe uma investigação mais ordenada dos fenômenos que nela ocorrem. Devemos precisar significados e construir conceitos que, nascendo da observação mesma da realidade, possam servir para interpretá-la e compreendê-la.

A consagração dos institutos, todavia, deve ser acompanhada pela imperiosa reflexão sobre os seus fundamentos ético-filosóficos, evitando-se, com isso, sua utilização indiscriminada. Insta reiterar que a correta aproximação de qualquer instituto passa, necessariamente, por sua correta e precisa conceituação, sem se desconsiderar que palavras e conceitos não são instrumentos à disposição de um sujeito cognoscente<sup>61</sup>.

Devemos entender que a (re)construção de um conceito é fundamental para entender seu alcance, desenvolvendo-se em um processo dinâmico circunscrito por certos limites estruturais, mas também por certas variáveis, culturais e históricas, de caráter contingente. Em face disso, mostra-se relevante estabelecer, de início, a diferença – nem sempre bem compreendida – existente entre dignidade humana e direitos humanos. Examinando-os por meio das lentes da filosofia dos direitos humanos e da filosofia da dignidade humana – como condição metodológica preliminar, Barreto<sup>62</sup> afirma, com rara clareza, que a dignidade humana designa “[...] não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos”. Enquanto os direitos humanos - prossegue o filósofo brasileiro - representaram, ao longo do século XX, “[...] a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie”.

<sup>60</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo*, n. 5, p. 270, 2008.

<sup>62</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 59-60.

Além disso, Barreto<sup>63</sup> explica, por exemplo, que a ideia de que a pessoa apresenta uma dignidade que lhe é própria deita as suas raízes na história da filosofia Ocidental. O tema, lembra o arguto mestre, já era descortinado nas obras de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, indicando como - através dos tempos - agregaram-se valores à ideia de pessoa, que terminaram por objetivar o tema da dignidade humana. Direitos naturais<sup>64</sup>, direitos individuais<sup>65</sup>, liberdades públicas<sup>66</sup>, direitos públicos subjetivos<sup>67</sup> e direitos fundamentais da pessoa humana são algumas das expressões tradicionalmente ligadas aos temas.

De acordo com Fonseca<sup>68</sup>, o termo “que mais se adequaria para a designação dessa categoria especial de direitos subjetivos seria direitos fundamentais da pessoa ou direitos essenciais à personalidade”. O direito, é bem verdade, significa uma boa justificativa. Neste sentido, ressalta Vieira<sup>69</sup>, amparado nos ensinamentos de Raz<sup>70</sup>, que o direito é como

[...] uma razão suficiente para que outras pessoas estejam obrigadas, e, portanto, tenham deveres, em relação àquela pessoa que tem um direito. Os direitos não geram obrigações diretas nas outras pessoas, mas razões para que as outras pessoas se encontrem obrigadas.

Neste contexto, ganha relevância o encurtamento da distância que medeia entre o estabelecimento dos direitos, no mundo teórico das leis, e a sua efetiva proteção, no mundo real. O desafio, atualmente, não é tanto em prosseguir na enunciação dos direitos humanos, mas sim em efetivá-los.

Bobbio<sup>71</sup>, nesta esteira, afirma:

Uma coisa é falar dos direitos emergentes, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é

<sup>63</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 58.

<sup>64</sup> Jusnaturalismo.

<sup>65</sup> Compreendendo apenas os direitos de 1ª geração: vida, igualdade, liberdade e propriedade.

<sup>66</sup> Denominação criticada por Jorge Miranda pois não engloba os direitos econômicos e sociais. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4, p. 50.

<sup>67</sup> Conceito sob a ótica e na condição de direitos de defesa, objetivando a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 167.

<sup>68</sup> FONSECA, José Roberto Franco da. Dimensão internacional dos direitos fundamentais da pessoa. 88 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 487-496, 1993.

<sup>69</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos. *Revista do Ilanud*, São Paulo, n. 17, p. 27, 2001.

<sup>70</sup> RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Clarendon Press, Oxford, 1986.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

garantir-lhes uma proteção efetiva [...] Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

Nesse sentido, ao afirmarmos que temos um direito, estamos noticiando que somos beneficiários de deveres de outras pessoas ou do Estado.

Irrefutável a afirmação de Lopes,<sup>72</sup> para quem os denominados direitos humanos

[...] constituem um patrimônio do homem haurido não sem raro sacrifício e luta no envolver da civilização. Este trabalho lento e contínuo de conquistas é um caminhar sem retorno ou voltas. Esclareça-se, porém, que a dicção direitos humanos encerra um conteúdo variável no tempo e no espaço e que hoje tem a pretensão de alcançar, além de declarações formais de direitos, a conquista e fruição efetiva desses direitos.

De outro norte, mostra-se evidente que a concretização dos direitos, por meio de suas inserções em Constituições e Declarações, trouxe consigo o perigo da limitação dos direitos - ao menos no que diz respeito aos direitos humanos. Isto porque há, de acordo com alguns entendimentos, uma simultaneidade da obtenção dos direitos humanos para toda a humanidade, impulsionada pelas sucessivas convenções e declarações internacionais tratando do tema.

Segundo Ramos<sup>73</sup> - para quem a limitação imposta pelos textos legais estaria superada, em parte, por meio da universalidade do tema com a internacionalização dos direitos fundamentais - a proteção dos direitos humanos

[...] torna-se fator-chave para a convivência dos povos na comunidade internacional. Essa convivência é passível de ser alcançada graças à afirmação dos direitos humanos como agenda comum mundial, levando os Estados a estabelecerem projetos comuns, superando animosidades geradas pelas crises políticas e econômicas.

Aqui, uma vez mais, para a diferenciação das perspectivas dos institutos examinados, estamos com os ensinamentos de Barreto<sup>74</sup>, na medida em que a dignidade humana, em sua acepção jurídica, “[...] encontra-se fora da esfera conceitual onde se encontram definidos os direitos humanos [...]”, não podendo ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo,

<sup>72</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 1997. p. 179-180.

<sup>73</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 38.

<sup>74</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 59.

“[...] mas pressupõe para sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado”.

O princípio da dignidade humana resta caracterizado como primeiro princípio, fonte de todos os demais, sendo que a sua utilização – subsidiária, apenas - deverá ficar restrita àqueles temas em que nenhum outro princípio ou conceito jurídico possa ser utilizado. Tudo, diz Barreto<sup>75</sup>, “[...] passa a ser então questão de dignidade e com isto o sistema jurídico esvazia-se de qualquer sentido normativo”, independentemente da sociedade ou da época em que vive uma pessoa, acrescente-se, na medida em que esta deve possuir certos direitos somente pelo fato de ser pessoa.

Apesar disso, importante registrar que as sempre festejadas declarações americanas e francesas representaram, em verdade, segundo advertência de Arendt<sup>76</sup>, movimentos de recuperação e defesa dos direitos de propriedade, mormente pelo fato de que foram liderados por proprietários desprovidos de poder político. Some-se a tudo isso o entendimento de Marx<sup>77</sup> para quem o direito humano à propriedade privada, por exemplo, “[...] é o direito de desfrutar o seu patrimônio e dele desfrutar arbitrariamente, sem atender aos demais homens, independentemente da sociedade”. Aqui, ganha destaque o conceito de segurança, sendo que o mesmo “[...] não faz com que a sociedade burguesa se sobreponha a seu egoísmo. A segurança, pelo contrário, é a preservação deste”.

Não se pode desconsiderar que há um discurso hegemônico dos direitos humanos, articulado em torno das bases teóricas do liberalismo clássico, que limita, no entanto, a sua validade para além das fronteiras do mundo ocidental.

Lançando críticas, por meio de um significativo esforço hermenêutico no sentido de identificar e suspender pré-juízos na busca da compreensão, Bragato<sup>78</sup> nos ensina, com clareza solar, que essa concepção individualista ocidental “[...] é vista aos olhos de muitos povos como criadora de homens autossuficientes, que leva à atrofia do senso de pertencimento e a um grau maior de conflito social, enfraquecendo a solidariedade social e aumentando a ameaça de violência”.

Ao percorrermos os acontecimentos ao longo da história recente da humanidade, prossegue a perspicaz doutrinadora, nos deparamos com a inegável realidade de que os

<sup>75</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 62.

<sup>76</sup> ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 145.

<sup>77</sup> MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, 1970. p. 43-44.

<sup>78</sup> BRAGATO, F. F. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo*, n. 6, p. 110, 2010.

atributos escolhidos pelos europeus para definir a pertença à humanidade sempre foram negados ao outro não europeu. Bragato<sup>79</sup>, com apoio na obra de Rorty, refere-se, aqui, aos mulçulmanos, nas cruzadas, aos povos indígenas, nas Américas, aos negros, na África.

Hodiernamente vivemos em um mundo constituído pela exacerbação das ideias de autossuficiência e de independência, em uma sociedade individualista, atomizada e egoísta que originou um mundo extremamente desigual e fragmentado. Parte-se da premissa – equivocada – de que a única racionalidade possível é a ocidental moderna que tem a produção e o consumo como pressuposto, norte e fins últimos da existência humana. São raras as vozes que se lançam ao pensamento sério sobre a sustentabilidade de nossa sociedade alimentada pelo consumo e pelo crédito.

Criticando essa visão deliberadamente míope, segundo Bauman,<sup>80</sup> o que ficou alegremente (e loucamente) esquecido é que a natureza do sofrimento humano é determinada pelo modo de vida dos homens. “As raízes da dor da qual nos lamentamos hoje, assim como as raízes de todos os males sociais, estão profundamente entranhadas no modo como nos ensinam a viver”. Ao contrário da era da construção das nações, “[...] a cultura líquido-moderna não tem ‘pessoas’ a cultivar, mas clientes a seduzir”.

Para o sociólogo polonês<sup>81</sup>, o mundo atual “[...] lembra cada vez mais Leônia, a ‘cidade invisível’ de Ítalo Calvino<sup>82</sup>, onde ‘mais do que pelas coisas que todos os dias são fabricadas, vendidas, compradas, a opulência se mede pelas coisas que todos os dias são jogadas fora para dar lugar a novas’”.

Salienta Bragato<sup>83</sup> que essa condição não foi, porém, assumida por todos, pois:

A centralidade do indivíduo não se universalizou senão na imposição do domínio da cultura europeia sobre outros povos. De fato, atingir a condição de indivíduo livre, autocentrado, autônomo, que é o resultado final de toda a construção histórica do pensamento moderno sobre o homem, não é universal e inerente a toda humanidade, como se poderia concluir numa primeira análise. Alcançar essa condição acabou sendo privilégio de poucos: apenas homens

<sup>79</sup> BRAGATO, F. F. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 6, p. 110, 2010.

<sup>80</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 24-36.

<sup>81</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 41.

<sup>82</sup> CALVINO, Ítalo. *Le città invisibili*. Turim: Einaudi, 1972. p. 119.

<sup>83</sup> BRAGATO, F. F. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 6, p. 110, 2010.

brancos ocidentais que preenchem plenamente os requisitos necessários para isso, sendo o resto da humanidade objeto e meio para alcançar esse objetivo.

A grande dificuldade hoje apresentada na esfera dos direitos humanos é, no entanto, superar o discurso construído pelos países centrais e inclusive por muitos de seus intelectuais e organismos da sociedade civil, que excluem da pauta de reivindicações os direitos de ordem econômica e social. Sem que se atinjam padrões mínimos de dignidade, e, para isso, uma adequada distribuição de recursos entre e nas nações, os direitos de ordem civil e política, por mais importantes que sejam, dificilmente conseguirão ser preservados<sup>84</sup>.

Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, textualmente, em seu artigo 38, que “Todos têm direito a uma ordem social e internacional em que direitos e liberdades estabelecidos na presente declaração possam ser realizados”.

A inobservância de padrões mínimos de dignidade provoca, sobretudo em países emergentes, como destaca Zafaroni<sup>85</sup>, a formação de uma massa de excluídos que não corresponde à alternativa explorador-explorado, mas a uma não relação entre excluído-incluído. De acordo com o mestre argentino, o explorado era contado, estava dentro do sistema como explorado, mas dentro; o excluído não é contado, não existe mais, é um descartável que não serve para nada, apenas molesta.

Buscando a conceituação dos direitos humanos no real e no concreto, – e não apenas nos textos normativos – Karam<sup>86</sup> afirma que as necessidades reais fundamentais não se manifestam de uma forma idealista, sendo determinadas historicamente de acordo com as mudanças e o progresso da civilização e pensamento.

A autora fluminense, com base nos ensinamentos de Baratta<sup>87</sup>, afirma que os direitos humanos restam atendidos quando observados os bens indispensáveis à espécie humana, como entidade biológica, espiritual e cultural, assim sistematizados: 1) metabolismo (alimentação, nutrição, acesso aos recursos naturais); 2) reprodução (identidade familiar e nacional); 3) bem-estar corporal (abrigo e meio ambiente); 4) crescimento (proteção à infância e à velhice; educação e informação); 5) saúde (tratamento e assistência); 6) movimento (trabalho, liberdade física e mental) e 7) segurança (conservação da vida e da integridade pessoal).

<sup>84</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos. *Revista do Ilanud*, São Paulo, v. 17, p. 46, 2001.

<sup>85</sup> ZAFARONI, Eugenio-Raúl. *Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, p. 22, 1997.

<sup>86</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 143.

<sup>87</sup> BARATTA, Alessandro. *Requisitos mínimos del respecto de los derechos humanos em la ley penal*. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, n. 31, 1987.

Some-se a isso o dizer de Engelmann,<sup>88</sup> para quem o tema dos direitos humanos insere-se em um processo sucessivo de sedimentação de fatos do passado, fazendo parte da tradição local e internacional, fruto de um processo histórico. É fundamental registrar também que os direitos humanos, sob a perspectiva e com o reconhecimento da finitude da existência humana, “[...] procuram conjugar e encontrar o ponto de equilíbrio entre a ‘emancipação dos homens com o estabelecimento da lei’”<sup>89</sup>.

Na medida em que aquele catálogo está muito longe de ser proporcionado à grande parcela da população brasileira, Karam sustenta, com singular objetividade:

A observação e a compreensão do real desvendam as múltiplas faces da violência no Brasil, a trágica e contínua história de uma formação social excludente e discriminadora, o reiterado descompromisso do Estado brasileiro com os direitos humanos, desnudando, ao mesmo tempo, o discurso mistificador e perverso, que pretende, através de mais violência e maiores violações aos direitos humanos, fazer da punição e do castigo a cruel panaceia para o mal entendido sentimento de medo e insegurança, por esse mesmo discurso alimentado.

Resta evidente, assim, que a proteção de valores e interesses indispensáveis à realização de condição de todas as pessoas não pode ficar limitada a um pequeno grupo de privilegiados. Tais discrepâncias, aliás, refletem-se, significativamente, na formação do perfil quali(quant)itativo da população carcerária brasileira, na medida em que o programa criminalizante está centrado em público-alvo definido claramente, qual seja, exatamente aquela significativa parcela da população esquecida pelo Estado no atendimento daquelas necessidades reais fundamentais que compõem o conceito de direitos humanos. Nunca é demais recordar que os humanos precisam confiar nas promessas públicas, em especial, quanto ao respeito e proteção de seus direitos fundamentais.

Os direitos humanos, conforme Engelmann<sup>90</sup>, “[...] podem ser considerados promessas, originadas na tradição de cada povo, que projetam possibilidades para a manutenção e o

---

<sup>88</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 72, 2008.

<sup>89</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 75, 2008.

<sup>90</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 76, 2008.

desenvolvimento dos diversos grupos sociais”.

Engelmann,<sup>91</sup> no entanto, sentencia com percuciência:

Promover o respeito aos Direitos Humanos acaba sendo uma obrigação pública ou um componente da atuação do Estado, posto em sintonia com a ideia de bem-comum e de justiça. Vale destacar que esse respeito não pressupõe a previsão legal, eis que ‘os direitos humanos ou naturais são os direitos morais fundamentais e gerais’ (FINNIS, 2007, p. 195). Portanto, esses direitos são algo mais profundo que um comando estatal; são, na verdade, um conteúdo essencial que justifica a própria estrutura de um Estado Democrático de Direito.

Nesse raciocínio lógico, as dificuldades se instalam quando nos damos conta de que o atual contexto social - recheado de novos sentimentos de insegurança e conseqüente expansão do Direito Penal - coincide com o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, cenário em que as desigualdades sociais se aprofundam.

De acordo com o percuciente Callegari<sup>92</sup>, “[...] a capacidade de consumir converte-se em um critério de integração ou exclusão social, gerando polarização e assimetrias”, sendo que os “[...] marginados perdem progressivamente as condições materiais para o exercício dos direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos de segunda e terceiras gerações”.

Callegari<sup>93</sup>, com apoio na obra de Faria<sup>94</sup>, acrescenta:

Eles se tornam ‘descartáveis’, vivendo sem leis protetoras garantidas efetivamente e, condenados à marginalidade socioeconômica e a condições hobbesianas de existência, não mais parecem como detentores de direitos públicos subjetivos. Mas isso não significa que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais. Nesse contexto, as instituições judiciais do Estado assumem funções eminentemente punitivo-repressivas, em detrimento da proteção dos direitos civis e políticos e da garantia da eficácia dos direitos sociais.

<sup>91</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 79, 2008.

<sup>92</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezorzi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25-26.

<sup>93</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezorzi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

<sup>94</sup> FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, v. 11, n. 30, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

Para constatar a afirmação, basta correr os olhos sobre o perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira, por exemplo, para nos darmos conta de que a seletividade da repressão penal continua a atingir, quase exclusivamente, os segmentos sociais mais fragilizados, via mecanismos sutis de facilitação do seu controle formal-estatal, bem como de imunização dos estratos mais poderosos. Há, sem qualquer dúvida, um processo de seleção progressiva da persecução penal, com uma filtragem de modos de comportamentos sociais desviantes.

O inegável caráter conservador e ideológico do Direito Penal revela que a política criminal, em especial, a brasileira, é seletiva e populista, em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade. Igualmente, o processamento do Sistema de Justiça Criminal, colmatado por um “modelo de funil”, não está limitado ao trajeto percorrido entre a percepção oficial - quando instituída a mera suspeita do fato - e a conclusão da criminalização - perfectibilizada com a consequente condenação judicial. A origem, a educação, a posição socioestrutural, a formação escolar e profissional são algumas das variáveis centrais de determinação que induzem e orientam a filtragem no Sistema de Justiça Criminal. Resta clarividente, em face disso, que esta seletividade ganha contornos significativos quando são estabelecidos mecanismos de gestão diferencial da criminalidade desde a instância legislativa, apontando-se os “clientes preferenciais”, com evidentes reflexos nas precárias condições dos estabelecimentos prisionais onde são executadas as penas, com evidente inobservância dos institutos dos direitos humanos e da dignidade humana. Ao longo da história recente da humanidade, de acordo com Nietzsche<sup>95</sup>, houve muitas tentativas de se sacralizar a *vingança* sob o nome de *justiça*.

A resposta punitiva do Estado, diante da transgressão das normas de conduta, apresenta-se - para Garland<sup>96</sup> - como um artefato complexo, profundo e multifacetado. É consabido que o instituto da prisão sofreu diversas alterações desde o seu surgimento, antes mesmo de sua utilização sistemática pelas leis penais.

Segundo Foucault<sup>97</sup>, em sua singular obra sobre o nascimento do cárcere, a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes mesmo que a lei a definisse como instrumento de execução da pena por excelência.

---

<sup>95</sup> NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *A genealogia da moral: um escrito polêmico*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 26.

<sup>96</sup> GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estudo de teoria social*. 2. ed. México: Siglo Veintiuno, 2006. p. 37

<sup>97</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 207.

É certo que abandonadas as práticas medievais de punição aos infratores, tornou-se necessário o estabelecimento de um novo regime de segregação dos indivíduos perturbadores da paz social, através de um sistema que acarretasse um mínimo de inconvenientes aos homens preocupados em ganhar dinheiro, mormente a partir da instituição do período Mercantilista, por volta do século XVI. Naquele período da história da humanidade, a escassez da mão de obra e a extensão dos mercados representaram um duro golpe para os proprietários dos meios de produção.

Parece clarividente que aquelas mudanças na prática aflitiva e sancionadora não resultaram apenas de considerações humanitárias, mas, sobretudo, de certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades<sup>98</sup>: os presos. A passagem para a penalidade de detenção deu-se no fim do século XVIII e início do século XIX, transformando essa peça essencial no conjunto das punições, a prisão, em marca importante na história da justiça penal.

Resta claro, hodiernamente, que a visão da violência, da dor e do sofrimento físico, extraídos das prisões, mostra-se perturbador, tendo sido a punição – antes exposta ao público – redirecionada para a parte de trás do cenário<sup>99</sup>.

Ao abordar tal virada no trato da punição, Campos<sup>100</sup>, referindo-se à prisão, às suas consequências e à falsa ilusão de que trará mais segurança, sentenciou com singular precisão:

A característica principal desse tipo de punição é de trazer pronto alívio. Seus efeitos posteriores, todavia, são muito piores. Como sucede com o ópio, a cadeia, no primeiro instante, produz uma sensação de euforia coletiva. O delinqüente desaparece de circulação e esse fato cria nas comunidades uma sensação de segurança. O problema humano, porém, continua em crise. Privada do chefe, a família do delinqüente se decompõe.

Foucault<sup>101</sup> cunhou frases de singular efeito ao se referir sobre “essa região mais sombria do aparelho de justiça”; concluiu, contudo, ser esta uma “detestável solução, de que não se pode abrir mão”<sup>102</sup> – ao menos, enquanto não forem desenvolvidos instrumentos que

<sup>98</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004. p. 43. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 3).

<sup>99</sup> GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estudo de teoria social*. 2. ed. México: Siglo Veintiuno, 2006. p. 160-161.

<sup>100</sup> CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 75.

<sup>101</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 208-227.

<sup>102</sup> Ver crítica à expressão formulada por Foucault. CARVALHO, Salo, *Substitutivos penais na era do grande encarceramento*. 2010. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) -- Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

apresentem respostas minimamente satisfatórias, sobretudo à criminalidade violenta e à macrocriminalidade.

Já foi dito não se poder imaginar que a prisão seja a solução para todos os problemas da sociedade moderna, sobretudo pela forma simples da “privação da liberdade”<sup>103</sup>. Essa solução, a prisão, aliás, tem sido utilizada de modo exponencial pelo sistema de justiça penal brasileiro, bastando observar que, em dezembro de 2000, nosso país contava com 232.755 presos, com uma taxa de 137 presos para cada 100.000 habitantes<sup>104</sup>. Na metade de 2012 – menos de 12 anos depois – a população carcerária já somava 549.577 presos, então apresentando a significativa taxa de 288 presos<sup>105</sup>. Enquanto a população brasileira teve um crescimento, em dez anos, de aproximadamente 11%, a população carcerária nominal, em período aproximado, cresceu quase 58%. Impressiona, ademais, que a taxa da população carcerária, levando-se em consideração o crescimento da população brasileira, cresceu, portanto, mais de 110%.

O Brasil, que muitas vezes adota como parâmetro para suas decisões e destinos os ideais estabelecidos pelos Estados Unidos da América do Norte – EUA –, não tem do que se orgulhar nesse campo. O país norte-americano apresentou o maior e mais consistente aumento das taxas de encarceramento observado desde o nascimento da prisão moderna, no século XIX. O número de pessoas presas entre os anos de 1973 a 1997 superou um acréscimo de mais de 500%. Atualmente, os EUA contam com cerca de 25% <sup>106</sup> da população carcerária mundial. Esse dado mostra-se assustador quando constatamos que aquele país representa menos de 5% da população do mundo; este exemplo, sem dúvida alguma, não pode e não deve ser seguido.

Somem-se a esses dados, limitados aos reclusos, aqueles outros três milhões de pessoas que “[...] *se hallan sometidas a medidas de intervención penal extrapenitenciaria*”<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 208.

<sup>104</sup> A população do Brasil, em 2000, era de 169.872.856. Em 2010, era de 190.755.799. Dados obtidos junto ao INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

<sup>105</sup> Dados obtidos junto ao Departamento Penitenciário Nacional, Órgão do Ministério da Justiça – DEPEN/MJ, por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN). BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

<sup>106</sup> HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 231.

<sup>107</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 54.

Tais dados, acrescidos às cifras do mercado do controle do crime, denunciado por Christie<sup>108</sup>, mostram bem o perigoso caminho que estamos trilhando.

Faz-se o alerta na medida em que somos pródigos em canibalizar as novidades e adaptá-las à nossa realidade<sup>109</sup>. Essa lógica nos leva a confirmar a sentença de Silva Sánchez<sup>110</sup> quando - abordando o tema da Política Criminal frente à delinquência da globalização - afirma que “[...] *los Derechos nacionales sólo en ocasiones muestran similitudes, de modo que en muchos casos expresan más bien importantes divergências culturales o de tradiciones jurídicas*”. Sendo assim, as influências de políticas criminais excludentes, autoritárias, de redescobrimto da neutralização e de banalização da função da pena que vem de fora nos atingem sem nem sequer termos implantado, de modo minimamente satisfatório, a inclusão democrática ou a recuperação social.

De outro norte, em razão dos significativos efeitos da prisão sobre o apenado<sup>111</sup>, não podem ser desconsideradas as críticas quanto ao paradoxo na tentativa de ressocialização ao mesmo tempo em que se afasta o infrator do convívio social. Neste ponto, Carvalho<sup>112</sup> refere, com precisão:

A prisão degrada o homem e o dessocializa. A enorme cifra negra da criminalidade, o emprego abusivo da detenção preventiva, os longos prazos da instrução criminal e do julgamento, o fato de o sistema penal se aplicar quase exclusivamente às camadas mais pobres da população, todos esses fatos põem em cheque as noções de igualdade de todos perante a lei, a certeza do direito, a presunção da inocência, o direito à segurança, prerrogativas conhecidas aos cidadãos pelas cartas constitucionais e internacionais.

A partir da constatação da maneira como os presos estão sendo *depositados* em nossos presídios, não restam dúvidas de que grande parte deles tem saído pior do que quando ingressou para o cumprimento de suas penas. É claro que este não tem sido um privilégio – negativo, por evidente – da realidade brasileira.

<sup>108</sup> CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental*. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>109</sup> RAUTER, Cristina. Para além dos limites. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Org.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 47.

<sup>110</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 71.

<sup>111</sup> Tema abordado, com maior profundidade, no artigo “*Desligar o passado como forma de superação da ruptura com o ideal ressocializador*”, desenvolvido para a conclusão da disciplina “Teoria do Direito”, ministrada pelo Professor Doutor Leonel Severo Rocha, no primeiro semestre de 2011, no Mestrado em Direito, realizado no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – PPGD-UNISINOS (ingresso em 2011/1), área de concentração em Direito Público, linha de pesquisa Constituição, Hermenêutica e Concretização de Direitos.

<sup>112</sup> CARVALHO, Paulo Pinto de. Prefácio. SILVEIRA, José Francisco Oliosí da. *Violência: Causa e Extinção*. Canoas: Vendramim, 1989. p. 20.

Na sétima arte, que muitas vezes retrata uma realidade existente, e não somente uma situação desejada, foi lançado em França, no ano de 2009, o filme “O Profeta”. Condenado a seis anos de prisão, Malik El Djebena, meio árabe, meio córsico, é analfabeto. Ao chegar à prisão, totalmente sozinho, ele parece mais jovem e mais frágil do que os outros presos. Ele está com 19 anos. O líder da facção dos córsicos dá a Malik uma série de “missões” a serem cumpridas, dentre elas a morte de um inimigo. Ele aprende rápido e se fortalece, ganhando a confiança do chefe da facção. Ao sair da prisão, estamos diante de outro homem. A ficção revela e imita a realidade.

Partindo de outra perspectiva, Rusche e Kirchheimer<sup>113</sup>, em obra que demonstra a íntima ligação das penas aos valores culturais do Estado que as emprega, asseveram que a “futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita”.

Nessa linha de raciocínio, enquanto não se puder implantar um Sistema de Justiça Criminal de legalidade penal, conforme sustentado por Albrecht,<sup>114</sup> estamos com Hassemer<sup>115</sup> ao asseverar:

Es ingênuo deducir de todo esto que el Derecho Penal debe ser abolido, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto del control social en el que está situado. Con sus elementos estructurales – norma, sanción y proceso -, el sistema del Derecho penal refleja casos y experiencias que están profundamente enraizadas en nuestra vida cotidiana y en nuestra cultura. El control social no puede ser abolido.

Na realidade, o problema está centrado na flagrante inobservância dos princípios da igualdade, dos direitos humanos e da dignidade humana, quando nos deparamos com o perfil dos destinatários do programa criminalizante. Ganha força, aqui, o "mito da igualdade" do Direito Penal criticado por Baratta, crítica esta que ganha corpo e força quando são analisados os dados estatísticos consolidados pelo Ministério da Justiça, por meio dos quais se verifica que quase metade dos presos estão encarcerados pela prática de crimes contra o patrimônio (48,85%). Mais ainda, quando se verifica que entre os detidos apenas 0,42% têm o curso superior completo. Se somarmos os detentos que estão classificados entre analfabetos,

<sup>113</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004. p. 282. (Coleção Pensamento Criminológico, 3).

<sup>114</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 598.

<sup>115</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1984. p. 399.

alfabetizados, e com ensino fundamental - completo e incompleto - atingiremos a impressionante marca de 75% dos presos, sendo que a taxa de negros e pardos<sup>116</sup> representa mais de 57% dos reclusos.<sup>117</sup> Em resumo, os “clientes preferenciais” do Direito Penal - ao menos aqueles que são encaminhados ao cárcere - são negros e pardos, pobres e parcamente instruídos, autores de crimes patrimoniais.

Tal seletividade ganha contornos significativos quando são estabelecidos mecanismos de gestão diferencial da criminalidade desde a instância legislativa. Exemplo claro disso encontra-se na análise de leis que estabelecem causas que extinguem a punibilidade nos crimes (gravíssimos) de sonegação de tributos. Mecanismos desse jaez apenas reforçam o funcionamento discriminatório do sistema repressivo, fortalecendo e aumentando a distância de tratamento dispensado à clientela “tradicional” e aos autores de crimes do “colarinho branco”.

É certo que, a partir de 1988, com a Constituição democrática, foram editadas leis focadas na criminalização de condutas das elites. Tais condutas, no entanto, em seguida, foram circundadas e acompanhadas por diversas medidas imunizadoras, esvaziando seu conteúdo penal, tais como: a conciliação cível, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídas pelas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, a vedação da conversão da pena de multa impaga em privação de liberdade, sufragada pela Lei nº 9.268/96, e o alargamento das hipóteses de cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, veiculado pela Lei nº 9.714/98.

Essas medidas explicam, em parte, a dificuldade para se encontrar, no cárcere, autores de delitos de “colarinho branco”. E, neste ponto, ganha significativo relevo o conteúdo material das normas estabelecidas nos artigos 67, 68 e 69 da recente Lei nº 11.941/2009 que permite a suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação de tributos, mediante a simples devolução dos objetos da prática do crime.

Mostra-se insofismável que os dispositivos protecionistas dos sonegadores de tributos, declinados anteriormente, estão maculados pelo vício da inconstitucionalidade por violação material dos princípios da Justiça, da Equidade e da Proporcionalidade, sob a perspectiva da Proibição da Proteção Deficiente.

---

<sup>116</sup> De acordo com o Censo de 2010, 50,7% da população brasileira era composta de negros e pardos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 03 jan. 2013).

<sup>117</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

Segundo alerta feito por Sørensen<sup>118</sup>, é importante destacar que a parte correspondente aos 20% mais pobre da população do mundo recebe 1,4% da renda mundial, enquanto que a parcela 20% mais rica recebe 82,7%. Ademais, há uma crescente distância entre os países ricos e os países pobres e entre os grupos pobres e os ricos no interior dos países. O ritmo geral da globalização aumentou a desigualdade e o risco na ordem intraestatal e interestatal.

A propósito disso, em nosso país, passam-se os anos e, apesar da queda da desigualdade, o Comunicado da Presidência nº 30, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA<sup>119</sup>, sobre a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2008 – PNAD 2008 - aponta para a constatação inafastável de que o Brasil ainda está na metade mais desigual da região mais desigual do mundo, faltando muito para chegarmos a uma distribuição de renda minimamente aceitável. Esses dados, agregados ao fato de que a capacidade de encarceramento, segundo os dados oficiais, está limitada a 309.074 vagas, explicam, por si só, as razões pelas quais os presos – e quais presos - estão apenas sendo *depositados* nos estabelecimentos, “[...] amontoados como lixo na cela”<sup>120</sup>.

Não se espera, evidentemente, que os presos tenham condições similares às aquelas disponíveis aos presos noruegueses em cujo país foram investidos, por exemplo, 252 milhões de dólares<sup>121</sup> para a construção de apenas um estabelecimento. Nem tampouco que o Estado tenha que prover, obrigatoriamente, “creme hidratante, em embalagem plástica e transparente”<sup>122</sup> para os presos, como propõe o Projeto de Lei nº 2.230/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados. Todavia, não se pode permitir que continue a vigor no país o denominado “inferno carcerário”, conforme as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito, da Câmara dos Deputados, instituída com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos; a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena; a violência dentro das instituições do sistema carcerário; a corrupção, o crime organizado e suas ramificações nos presídios; e, a busca por soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP.

---

<sup>118</sup> SØRENSEN, Georg. *La transformación del Estado: más allá del mito del repliegue*. Traducción: Ramón Cotarelo. Tirant lo blanc: Valencia, 2010. p. 214.

<sup>119</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Comunicado da Presidência nº 30*, set. 2009. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

<sup>120</sup> RAMNGEL, Carolina; SPERANDIO, Marcelo. A um passo da liberdade... mas isso é irreal. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2.303, ano 46, n. 2, p. 60-61, 09 jan. 2013.

<sup>121</sup> RAMNGEL, Carolina; SPERANDIO, Marcelo. A um passo da liberdade... mas isso é irreal. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2.303, ano 46, n. 2, p. 61, 09 jan. 2013.

<sup>122</sup> Artigo 17, V, do Projeto de Lei nº 2.230/2011.

Aquele relatório foi concluído contendo o diagnóstico do sistema carcerário, sendo ilustrado com “[...] fotografias reveladoras do caos do sistema carcerário e um documentário com as imagens dramáticas da desumana situação dos presos no país”<sup>123</sup>, em evidente inobservância dos institutos dos direitos humanos e da dignidade humana.

Em face desse cenário, resta oportuna a manifestação do mestre Ferrajoli<sup>124</sup>, quando afirma:

Não existe paz, diz a Declaração Universal de 48, sem a garantia do direito. Visto que a violação dos direitos fundamentais gera inevitavelmente violência, gera e se manifesta na violência e gera também, revolta. Não simplesmente desacordo, mas desobediência, resistência, violência. A fronteira entre o desacordo e a resistência é marcada pelo respeito aos direitos fundamentais. A esfera do desacordo, da dialética política, a esfera do que é passível de decisão, a esfera dos direitos fundamentais é a esfera cuja lição por vezes se manifesta e gera violência, porque em questões de vida e de sobrevivência as minorias não são aceitas.

Os temas dos direitos humanos e da dignidade humana, a toda evidência, não podem ser invocados apenas e tão-somente quando nos deparamos com a violação de direitos vinculados à vida, como o genocídio ou a tortura, por exemplo. Os institutos *sub examen*, parece meridianamente claro, não ocupam apenas os espaços para que se possa falar de tragédias. Na esteira do pensamento de Silveira<sup>125</sup>, ao analisarmos os “[...] discursos dos principais movimentos sociais, verifica-se que dificilmente é buscado nos direitos humanos a fundamentação para suas reivindicações”.

Não se pode admitir outra conclusão senão a de que todos devem ser tratados igualmente, com reais oportunidades de acesso, na medida em que o ideal da igualdade jamais será inteiramente alcançado. Todavia, como já referido alhures, com base em Bobbio, o desafio não é prosseguir na importante, mas insuficiente, enunciação dos direitos, e sim efetivá-los.

Tendo como ponto de partida os valores e os bens garantidos constitucionalmente, consubstanciados em uma hermenêutica jurídica, além da força irradiante dos direitos fundamentais, impõe-se destacar a importância dos direitos sociais, em especial, a educação e

<sup>123</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 29. (Série ação parlamentar, n. 384). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>124</sup> FERRAJOLI, Luigi. O garantismo penal: perspectivas para o século XXI. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP*, Porto Alegre, n. 1, p. 183, 2007.

<sup>125</sup> SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Instrumentos e desafios para a efetivação dos direitos humanos. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. (Org.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998. p. 10.

a saúde, na ordem jurídico-constitucional brasileira. Não se pode mais permitir, por exemplo, que se continue a descumprir, sem qualquer consequência, a obrigatoriedade do emprego de percentual mínimo de impostos em educação, conforme exigido pela Carta Magna<sup>126</sup>, iniciativa básica para a implementação dos demais direitos sociais. Aquelas estruturas estatais<sup>127</sup> que não empregassem, efetivamente, os percentuais mínimos, deveriam ser impedidas, por exemplo, de contratar servidores por meio de cargos em comissão<sup>128</sup>. Vivemos em mundo onde há profusão de valores e interesses, onde apenas alguns são reconhecidos como direitos, mesmo aqueles protegidos como direitos, muitas vezes, são preteridos por outros nem tão relevantes.

Segundo Vieira<sup>129</sup>, quando a expressão “humanos” é associada “[...] à ideia de ‘direitos’, a presunção de superioridade, inerente aos direitos em geral, torna-se ainda mais peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas”.

Devemos, portanto, encontrar alternativas para superar discursos que excluem da pauta de reivindicações os direitos de ordem econômica e social. Somente dessa maneira todos, sem distinção, poderão atingir padrões mínimos de dignidade e oportunidades. A letra morta e fria da lei é - e sempre deve ser - preenchida com vida social.

A valorização do passado no presente<sup>130</sup> mostra-se como medida primordial para se construir uma sociedade global e multicultural em condições de respeitar a todos e a cada um com as suas características. Dessa maneira, segundo Engelman,<sup>131</sup> será viável, projetar um futuro no presente com capacidade para a prática da proteção efetiva dos Direitos Humanos.

É certo que, se quisermos levar os direitos a sério - segundo os ensinamentos de Dworkin<sup>132</sup> -, os juízos a respeito de direitos e políticas deverão basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de

<sup>126</sup> Artigo 212 da Constituição Federal de 1988. BRASIL. (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

<sup>127</sup> União, Estados e Municípios.

<sup>128</sup> Muitas vezes de duvidosa necessidade e/ou capacidade.

<sup>129</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos. *Revista do Ilanud*, São Paulo, v. 17, p. 46, 2001.

<sup>130</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.

<sup>131</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, 2008.

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2010. 568 p. (Biblioteca jurídica).

vida, e devem ser tratados em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano com igual consideração e respeito.

Ademais, cabe registrar com Ost<sup>133</sup> que

[...] não bastará ao Estado ser redistribuidor para honrar a promessa do bem-estar social; ele precisa resolutamente conduzir a mudança social; intervir em todas as frentes em que um impulso se prova necessário: criar emprego e não somente repartir lucros, estimular a economia e não somente arbitrar os jogos, desenvolver o ensino, a cultura, a habitação, a saúde pública ... em breve substituir a mão invisível do mercado, muitas vezes em falta, pela mão visível da Providência estatal. O Estado se torna, então, 'propulsivo'.

A principal face desse desafio – já se disse - não está na positivação dos direitos, tendo em vista que a preocupação é teleológica (proteção), mas na

[...] explicitação de interesse político para que os Direitos Humanos efetivamente sejam respeitados, concretizados e colocados como justificativas éticas para a tomada das decisões que impliquem consequências humanas, consideradas em todas as suas dimensões (sociais, políticas, culturais, ecológicas, etc.)<sup>134</sup>.

Somente dessa maneira os institutos dos direitos humanos e da dignidade humana estarão aptos a proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas, conforme reconhecido e estabelecido como dever do Estado, com fundamento nas disposições inscritas nas disposições constitucionais.<sup>135</sup> Desse modo, a seletividade da repressão penal será apenas uma lembrança distante. Espera-se, pois, que os ventos que sopraram no julgamento da Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal

<sup>133</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Elcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005. p. 319.

<sup>134</sup> ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *i*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 81, 2008.

<sup>135</sup> Art. 1º, III: dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Art. 4º, II: a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que rege o Brasil nas suas relações internacionais. Art. 109, V-A: atribui aos juízes federais a competência para processar e julgar as causas relativas aos direitos humanos. Art. 109, §5º: atribuição ao Procurador Geral da República, em qualquer fase do inquérito ou processo, para suscitar, perante o Supremo Tribunal Federal, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. Art. 5º, §3º: que assegura aos tratados e convenções sobre direitos humanos a equivalência de emendas constitucionais, quando aprovados com quorum ali especificado (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros).

Federal, em especial, para apurar a prática dos crimes de corrupção, passiva e ativa, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha,<sup>136</sup> ganhem força e deixem de ser exceção.

### 2.3 O ocaso do modelo prisional: a ruptura com o ideal ressocializador

O modelo penal da ressocialização iniciou seu desenvolvimento em momentos distintos nos diversos sistemas jurídicos, tendo sido implantado especialmente nos Estados Unidos, no Reino Unido e em alguns países escandinavos. A configuração desse modelo de intervenção penal partia de uma série de definições significativas, dentre as quais se destacam, segundo Ripollés<sup>137</sup>: a) a pauta de atuação está baseada na busca da reintegração do delinquente à sociedade; b) a especial atenção às condições pessoais e sociais do autor no momento da prática do ilícito (deixando-se de lado certas cautelas do Direito Penal clássico); c) o reconhecimento de que a pena de prisão é objeto de uma valoração ambivalente, pois ao mesmo tempo em que facilita a aproximação reeducadora gera consequências negativas inerentes a todo internamento; d) a abordagem do tema da delinquência se consolidou como uma tarefa de *experts*.

Segundo Díez Ripollés, a pena<sup>138</sup>

Debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea esta que se configura como un derecho de todo ciudadano y se nutre tanto de una visión incluyente del orden social como del reconocimiento de la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

É certo que após o abandono das práticas medievais de punição aos infratores, tornou-se necessário o estabelecimento de um novo regime de segregação dos indivíduos perturbadores da paz social e infratores das normas de conduta, através de um sistema que acarretasse um mínimo de inconvenientes aos homens preocupados em ganhar dinheiro, mormente a partir da instituição do período Mercantilista, por volta do século XVI.

Reitere-se pela importância de que a pena de prisão não pode ser considerada como a solução para todos os problemas da sociedade moderna, pois a singela e simplista adoção de uma “política criminal” oportunista<sup>139</sup> e equivocada, ao longo dos anos, apenas revela a tendência de um crescente e consistente aumento das taxas de encarceramento. Ademais, não

<sup>136</sup> Ação Penal nº 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>137</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 65-67.

<sup>138</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 64.

<sup>139</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 61.

se pode desconhecer que o apenado, após anos de cumprimento da pena, retorna ao convívio social e, em tal circunstância, conforme relato de Campos<sup>140</sup>, “Em vez de voltar arrependido, reaparece carregado de ódios. Cessado o efeito do ópio, não há senão aplicar-se outra dose, até que o organismo social se torne insensível”. A revolta e o ódio são potencializados a partir da fácil constatação de que, ao se definir o perfil do agressor - o indivíduo perigoso - o sistema de justiça penal nunca aponta para o empresário, o banqueiro ou o político<sup>141</sup>.

Indiscutível que o vertiginoso aumento da população carcerária - agregado ao abandono do ideal da ressocialização - desnuda um cenário desolador. Garland,<sup>142</sup> ao discorrer sobre o declínio do ideal da reabilitação, apresenta uma descrição cuidadosa quando sintetiza com clareza sobre

O desaparecimento gradual da *ratio* correcional e previdenciária da intervenção do sistema penal; da reduzida ênfase na reabilitação como objetivo das instituições-penais; e da modificação nas regras de elaboração das sentenças, que olvida a participação em programas de tratamento pelo tempo de cumprimento da pena.

Evidentemente não podem ser desconsideradas vozes contrárias ao pensamento da ressocialização - com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir – pois, segundo Karam<sup>143</sup>, ela - a ressocialização- “[...] é absolutamente incompatível com o fato da segregação”. Segundo a autora, “[...] um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela”.

Ripollés<sup>144</sup>, por seu turno, fala de uma *valoración ambivalente*, pois, se de um lado se considera que a pena proporciona um marco espacial e regimental que facilita a aproximação reeducadora; de outro, percebe-se que resulta difícil evitar as consequências negativas inerentes a todo internamento. O autor *español* brinda-nos com uma breve exposição acerca das razões que levaram ao *desmoronamiento* do modelo ressocializador, ao longo do século XX, nos países<sup>145</sup> que mais se debruçaram sobre o tema. São elas, as razões:

<sup>140</sup> CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 76.

<sup>141</sup> ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

<sup>142</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade*. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 50. (Pensamento criminológico, 16).

<sup>143</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 177.

<sup>144</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 67-68.

<sup>145</sup> *Un documento europeo especialmente ilustrativo en su momento, fue el elaborado a mediados de los años 70, y publicado en 1978 por el Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito, titulado, en su traducción española, “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 67-68.

- a) Cunde el desánimo entre buena parte de sus defensores respecto de la eficacia de las técnicas de tratamiento. Se extiende la idea de que se ha estructurado todo un sistema que, en último término, ofrece escasos frutos.
- b) Se asienta la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituía, objetivamente, una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores sociales más favorecidos de ella, y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o, incluso, en la definición de lo que podía considerarse como tal. Los movimientos propios de la criminología crítica juegan un importante papel al respecto, desde fuera y desde dentro del modelo resocializador.
- c) Se reavivan los argumentos propios del modelo garantista que cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama, por un lado, el restablecimiento de las garantías individuales vinculadas a que la responsabilidad derive exclusivamente del hecho concreto realizado, a penas de duración determinada y a la reducción del arbitrio judicial y penitenciario. Se cuestionan, por otro lado, las pretensiones resocializadoras en la medida en que, con frecuencia, no se limitan a asegurar el futuro acatamiento externo de la norma por parte del delincuente, sino que aspiran a modificar profundamente la personalidad de éste.
- d) Otros efectos sociopersonales de la pena, como la intimidación al conjunto de la sociedad, o la intimidación o inocuización del delincuente, recuperan su prestigio. La eficacia de lo primero exige catálogos de penas que guarden proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno.

Para Palazzo,<sup>146</sup> a ideologia da ressocialização – por múltiplas razões – viu desaparecer as suas certezas e esfumar-se o seu entusiasmo, tanto no terreno dos princípios, quanto no da aplicação prática.

De acordo com o pensamento do eminente jurista italiano<sup>147</sup>,

O juízo em que o pensamento de ressocialização dominou a reforma sancionatória se compagina com uma séria preocupação em que não se deu uma ‘euforia da ressocialização’ ou um infundado otimismo de tratamento, como se verificou, algures, nos anos Setenta. Realisticamente, tem-se concentrado a influência da ideologia ressocializadora no setor da execução penitenciária e da medida de segurança, mas não se deixou de trabalhar um bem articulado debuxo de política criminal, no qual, posto o princípio fundamental da pena detentiva como *ultima ratio*, o instrumental sancionatório se mostrou, pouco a pouco, enriquecido e diversificado com institutos probatórios e substitutivos para a busca de uma maior ‘eficiência’ e racionalidade total, em que convergem instâncias de ressocialização e em que a marca predominante tem sido a ‘seriedade’ do sistema e da tutela da sociedade.

<sup>146</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 61.

<sup>147</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 74.

Não se pode olvidar que o ocaso do modelo penal ressocializador foi justificado por muitos em razão da máxima de Robert Martinson de que “nada funciona”. E, além dele, também para Anitua,<sup>148</sup> o êxito da penalidade do Estado do bem-estar não se traduzia em evitar a reincidência, ou em ressocializar os detentos, ou ainda em reduzir o número de delitos, mas sim na aceitação social de uma forma distinta da política de tratar determinados conflitos tecnicamente e de forma oculta da discussão pública.

No Brasil, faltam vagas no sistema penitenciário, sendo que os estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena de prisão, salvo raríssimas exceções, não possuem as mínimas condições de higiene e salubridade. Os presos simplesmente são encarcerados e esquecidos no interior dos estabelecimentos. Isto sem falar nos presos que cumprem suas penas em Delegacias de Polícia. Há, no Brasil, ainda, 21 (78%) Estados da Federação (de um total de 27) em que presos estão encarcerados em Delegacias de Polícia<sup>149</sup>.

Apesar da inexistência de pesquisas científicas confiáveis acerca dos índices de reincidência, o conhecimento empírico nos revela que grande parte dos presos, após conquistarem a liberdade, volta à transgressão das normas de conduta. Em muitos casos, aliás, a prática de crimes ocorre – sob o manto protetor do Estado – dentro dos próprios estabelecimentos prisionais<sup>150</sup>.

Livres, após o acerto de contas, quando há o retorno ao convívio social, mostram-se insofismáveis as dificuldades impostas pela sociedade moderna, caracterizadamente excludente<sup>151</sup>, formando-se um círculo vicioso da prática criminal. Nesta senda, os apenados, pela sua própria condição de transgressores, são estigmatizados pela sociedade em geral, dificultando, sobremaneira, a reaproximação com a comunidade.

Importante destacar também que, ao assumir o papel demandado pelos órgãos penais, o indivíduo converte-se, na dicção de Zaffaroni<sup>152</sup>, em importante colaborador para a manutenção do sistema penal, pois há extrema dificuldade em conseguir trabalho. A partir do momento em que o véu que encobre sua condição de liberto é rompido, todos o evitam ou fogem dele.

---

<sup>148</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 762. (Pensamento criminológico, 15).

<sup>149</sup> BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP. *Pesquisa perfil das instituições de segurança pública*. Brasília, 2013. p. 99.

<sup>150</sup> Aqui, nos referimos não só às práticas delituosas – muitas delas gravíssimas, como o homicídio e o tráfico de substâncias entorpecentes – perpetradas dentro dos estabelecimentos prisionais, mas organizadas e comandadas de dentro deles, com a utilização de comunicações telefônicas e a participação, ou no mínimo convivência, de agentes públicos.

<sup>151</sup> YOUNG, Jock. *A Sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 22 e seguintes.

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 134.

Ninguém – ou raramente alguém - quer conceder oportunidade e trabalho para o egresso do sistema prisional. Esta marca indelével provavelmente o acompanhará para sempre.

Para Perrot,<sup>153</sup> esta nada mais é do que uma história dramática e profundamente contraditória. “Feita para punir, mas também para reintegrar os delinquentes à sociedade, corrigir os costumes dos detentos, a fim de que seu retorno à liberdade não seja uma desgraça nem para a sociedade, nem para eles mesmos, a prisão acaba por excluí-los”.

A prisão, em verdade, mata o homem, senão fisicamente, sem dúvida alguma, espiritualmente. Essa afirmação talvez explique, mas não justifica - ao nos utilizarmos de um adágio popular - a fala de José Eduardo Cardozo, Ministro de Estado da Justiça no Brasil, quando, participando de um encontro com empresários, no dia 13 de novembro de 2012, no Estado de São Paulo, e abordando a situação das prisões brasileiras, afirmou “se fosse para cumprir muitos anos em uma prisão, em algumas prisões nossas, eu preferiria morrer”<sup>154</sup>. Não é demasiado pontuar, aqui, que o Ministério da Justiça, sob a responsabilidade e condução do Ministro Cardozo, tem por atribuição, dentre outras, exatamente planejar e coordenar a política penitenciária nacional.

Em entrevista concedida a J. J. Brochier, Foucault<sup>155</sup> afirmou “[...] a partir do momento em que alguém entra na prisão, aciona-se um mecanismo que o torna infame, e quando sai, não pode fazer nada senão voltar a ser delincente”. Entretanto, lembrando Rusche e Kirchheimer<sup>156</sup>, enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita.

Em sendo assim, em que pesem respeitáveis e consistentes posicionamentos em contrário, mostra-se indispensável – apesar do pessimismo que se instala em torno do tema; pessimismo este baseado em fatos e constatações reais – que encontremos formas de melhoria para a situação vigente, em especial, na efetiva e real implementação de medidas voltadas para a ressocialização dos apenados, e não apenas nos discursos ou textos de lei. Da maneira como estão sendo *depositados* em nossos presídios – não é demasiado lembrar – os presos têm saído piores do que quando ingressaram.

---

<sup>153</sup> PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 2. ed. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 236.

<sup>154</sup> Vide em: 'PREFERIA morrer', diz ministro da Justiça sobre ir para prisões no país. *Jornal Nacional*, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/11/preferia-morrer-diz-ministro-da-justica-sobre-ir-para-prisoas-no-pais.html>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

<sup>155</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, tradução e revisão técnica de Roberto Machado, 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 133.

<sup>156</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia 2004. p. 282. (Coleção Pensamento Criminológico, 3).

A análise dessa realidade necessariamente deve lançar luzes para o fortalecimento e a institucionalização de iniciativas - muitas vezes isoladas – que procuram resgatar os direitos daqueles que tiveram a liberdade cerceada, não se podendo olvidar que se deve a eles garantir a efetivação do princípio da *dignidade da pessoa humana*, valor-fonte que inspira e conforma todo o ordenamento jurídico pátrio.

Também sob o enfoque dessa linha de pensamento, Díez Ripollés<sup>157</sup> afirma: “*Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno ellos es el de la humanidad de las sanciones, [...]*”.

Neste ponto, a par de todas as discussões que se mantêm sobre o tema, cumpre revelar as conclusões de Figueiredo Dias<sup>158</sup> a partir da análise do fundamento, sentido e finalidades da pena criminal, quando o professor da Universidade de Coimbra revela-nos que a “medida da *necessidade de socialização* do agente é, pois, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial”.

Os méritos teóricos e práticos da teoria preventivo-especial, que segue o princípio da ressocialização, resultam evidentes.

Neste sentido, a dicção de Roxin<sup>159</sup>:

Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. supra § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución.

Mostra-se insofismável que a controvérsia sobre a ressocialização, conforme destacou acertadamente Rodrigues,<sup>160</sup> longe de suscitar uma polêmica vazia, levanta, todavia, problemas cruciais do direito, obrigando-nos a abordar, definir e tomar posição sobre a concepção do homem, da sociedade e das relações que estabelecem entre si, bem como relativamente à própria função do direito penal.

<sup>157</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 64.

<sup>158</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999. p. 133.

<sup>159</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1, 87.

<sup>160</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 2000. p. 100.

A execução da pena privativa de liberdade, com o propósito único de vingança ou retribuição, tem pouco significado prático para a coletividade, em face de sua temporalidade. Se não se pretende buscar uma modificação na atitude do apenado, o único efeito de utilidade social de uma pena com esta limitação finalística cinge-se à enganosa e momentânea satisfação aos cidadãos com uma sensação de maior proteção frente a futuras intranquilidades.

Embora não possamos “esconder” ou “afastar” para sempre os transgressores, igualmente, mostra-se no mínimo temerário – para não dizer irresponsável – o abandono de medidas de ressocialização, tendo em vista que estas, verdadeiramente, salvo raríssimas exceções que se prestam exatamente para confirmar a regra, jamais foram empregadas no sistema prisional brasileiro. Basta observar que o Estado brasileiro sequer consegue superar a demanda por vagas, mesmo que a preocupação primeira seja com a segurança. Assim sendo, se continuarmos a implementar políticas que reduzam os funcionários dos estabelecimentos prisionais ao desempenho do papel de meros “guardas,” estaremos apenas aplicando medidas repressivas.

Observe-se que dos 82.286 servidores penitenciários atuando nos estabelecimentos prisionais do Brasil, apenas 18% estão distribuídos entre médicos, psicólogos, enfermeiros, dentistas, assistentes sociais, advogados e professores. O restante - a esmagadora maioria - é composto por agentes penitenciários<sup>161</sup>, responsáveis pela segurança. O número de agentes penitenciários também se explica pelas precárias condições de segurança dos estabelecimentos. A aplicação de medidas voltadas à reintegração social depende, necessariamente, de meios e de pessoal capacitado e adequado, o que está longe de ser uma realidade, infelizmente.

Aqui, uma vez mais, cabe o registro de Ripollés<sup>162</sup> o qual, apesar de estar se referindo à realidade espanhola, parece estar falando do Brasil:

Sin embargo, una cosa es la plasmación en el Código Penal de este relativo distanciamiento de la pena de prisión, y otra cosa su real puesta en práctica. La mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión, nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo. Las razones por las que un legislador, genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal, pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender: junto a la defectuosa técnica legislativa usual en nuestro país, en la que los preceptivos estudios sobre la futura implementación de las leyes no trascienden su cualidad de mero trámite del expediente administrativo, hay que pensar en el escaso hábito de operar con medidas propias del Estado del bienestar [...] descuidando la dotación de

---

<sup>161</sup> Dados obtidos junto ao Departamento Penitenciário Nacional, Órgão do Ministério da Justiça – DEPEN/MJ, por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN). BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2010.

<sup>162</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 87-88.

medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario.

Importa também destacar que a insuficiência da participação da sociedade na tarefa da reinserção social do indivíduo é um dos fatores que, em grande parte, contribui para que os resultados não sejam minimamente satisfatórios. E este aspecto ganha relevância na medida em que a própria ideia de ressocialização implica reconciliação. Faz-se necessário, assim, perdoar, desligando o passado.

Carnelutti<sup>163</sup>, ao discorrer sobre o dia da liberdade para o encarcerado, concluiu ser difícil ao homem perdoar verdadeiramente:

Nem aqui seja dito, ainda uma vez, contra a realidade que se quer de fato protestar. Basta conhecê-la. A conclusão de havê-la conhecido é esta: as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.

Ao abordar o tempo do processo, Ost<sup>164</sup>, um dos maiores expoentes da nova geração de juristas europeus, brinda-nos na apresentação de sua conhecida obra “O Tempo do Direito”, com a seguinte afirmação:

Tempo separado da vida real, estritamente regulamentado pelas prescrições do ritual, ele permite ao julgamento desenvolver seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (o apaziguamento do conflito pelo mecanismo da catarse).

Segundo o jurista belga, o perdão é entendido como uma segunda chance do passado. Neste contexto do passado, deixar o crime sem resposta adequada seria uma verdadeira injustiça.

Assim, é incontestável que a vingança e a Lei de Talião traduzem uma pretensão mínima à justiça. O problema é que essa justiça muito rápida e de algum modo demasiadamente imediata não dispõe de “metaprincípio” que lhe permitiria elevar-se acima do cara a cara das reivindicações opostas.

<sup>163</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução da edição de 1957. Edizioni Radio Italiana. Tradutor Professor José Antonio Cardinalli. Campinas, São Paulo: Conan, 1995. p. 77.

<sup>164</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. p. 14.

Discorrendo sobre a invenção da Justiça - ambiente criado pelo homem para eliminar a resolução dos conflitos com as próprias mãos - Ost questiona: “Como desligar o passado sem aboli-lo? Como superar a ofensa sem esquecê-la? Como ultrapassar a vingança sem afundar na injustiça e na desonra?”. A justiça, enfim, substitui a vingança, a deliberação ultrapassa a violência, enquanto o tempo da memória é substituído pelo perdão.

Importa também gizar que o tempo diferido do processo substituirá o impulso mortífero imediato. No processo, cada uma das partes poderá verbalizar suas pretensões e com o benefício desta distância mínima poderá surgir a questão do “metacritério” do justo, sugerido por Ost. Ao contrário da vingança privada, que opõe sem distância a vítima e o culpado, o processo tenta estabelecer a justa distância entre delito e sanção, sendo, antes de tudo, um recuo, uma separação, uma mediatidade.

Abandonar o ideal ressocializador, etapa integrante, insiste-se, do cumprimento da pena privativa da liberdade, é voltar à simples vingança. Vingança institucionalizada e oficial; o Estado apenas substitui a vítima.

Sustenta-se a necessidade de aplicação de medidas reabilitadoras na medida em que à privação da liberdade imposta se somam

[...] a privação de ar, de sol e de espaço, os alojamentos superpovoados e promíscuos, as condições sanitárias precárias e humilhantes, a falta de higiene, a alimentação muitas vezes deteriorada, a violência das torturas, dos espancamentos e enclausuramentos ‘em celas de castigo’, das agressões, atentados sexuais e homicídios brutais.<sup>165</sup>

Não se pode aceitar, passivamente, o movimento - despreocupado com as consequências que advirão desta inércia - de consolidação da incapacidade e da abdicação da função estatal em reabilitar:

A autoridade penitenciária confessa publicamente que a classificação dos condenados à pena de prisão é hoje feita tendo-se em conta o que se denomina ‘facções criminosas’. [...] Todo o criminoso hoje pertenceria a alguma facção incluindo o ladrão furtivo de celular, os ladrões de comida em supermercado, os que saem correndo na rua com a bolsa da velhinha... Mas atenção: o mais incrível é que a própria autoridade é quem classifica segundo facções criminosas! Tudo em nome da vontade cristã de evitar mortes no presídio. Talvez este seja, uma vez mais, nosso modo bizarro de implantação das novidades pós-modernas no campo

---

<sup>165</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 181-182.

penal. O sistema penal [...] pratica o endurecimento penal e a pena de morte sem sujar as próprias mãos, de modo econômico.<sup>166</sup>

Na medida em que a memória é sabidamente seletiva, não se pode, neste terreno, permitir a prevalência do esquecimento-recalque, face obscura do direito. O esquecimento deve ser revisitado, selecionado, ultrapassado, superado. Com esta perspectiva estaremos aptos ao perdão, ato de memória e aposta no futuro. É claro que o “[...] esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; ele responde à natureza descontínua do tempo, cujo prosseguimento, como vimos, é entrecortado de pausas e intervalos, atravessado de rupturas e surpresas [...]”<sup>167</sup>.

Aliás, os condenados podem, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento. Ao cumprir a pena imposta - dívida contraída com a sociedade - estarão livres para a tentativa de reconciliação. Não restam dúvidas de que o efetivo perdão (esquecimento) abre o caminho para a – tentativa de – reinserção.

E neste ponto primordial, não se pode desconsiderar que uma parte do passado sempre estará acusando o infrator, ou, no mínimo, lembrando-o da dívida contraída. E esta lembrança sempre é reforçada pela impossibilidade de esquecimento da máquina de deteriorar aludida por Zaffaroni<sup>168</sup>.

No que toca ao presente ensaio, nada impede pensar que o ideal de reabilitação implicado pelo perdão, movimentado pelo processo, “[...] não seria aquilo que, na prática de reconhecimento recíproco dos querelantes, inspira muitas instituições penais, mesmo que estas continuem amplamente matizadas de cálculo de interesses, de relações de força e de compromissos políticos”<sup>169</sup>.

O perdão, sob este ponto de vista, é simultaneamente tanto um ato de memória quanto de remissão: o pagamento de uma ofensa bastante real. A falta tolerada traduz a complacência da indulgência, a falta esquecida revela a atonia da consciência moral e da demissão do direito, ao passo que a falta perdoada inaugura uma nova história (que rompe o eterno retorno da pulsão de morte que está na base do ciclo crime-vingança).

---

<sup>166</sup> RAUTER, Cristina. Para além dos limites. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Org.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48-9.

<sup>167</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. p. 153.

<sup>168</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991. p. 135.

<sup>169</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. p. 146.

O apenado, ao ser perdoado, afasta-se da lógica do pior e se compromete a restaurar a relação comprometida. Somente assim o homem do remorso (o culpado) se liberta e se torna disponível para um futuro novamente promissor: o perdão é uma espécie de cura da memória. Liberado do peso da dívida, a memória é libertada para grandes projetos.

No entanto, conforme salienta Ost:

Da justiça penal ao perdão há, entretanto, uma distância que seria inútil minimizar; só ao preço de várias mediações é que sua relação pode ser pensada. No caso em que ela tem sucesso, é a instituição do processo que garante a articulação; por seu intermédio são introduzidas sucessivamente as ideias de intervenção de terceiro no litígio, de reconhecimento recíproco do queixoso e do acusado, e, enfim, de reabilitação possível do condenado.

A sanção honra o culpado: infligindo-a, a sociedade declara que ele é responsável por seus atos, e, portanto, capaz de outra coisa. Qualquer que seja a gravidade de seu delito, ele não se reduz a isso; e deste ponto de vista a sanção surge como o primeiro passo em direção de um outro futuro, além da simples repetição de um passado culpável.

Da ideia de reconhecimento, passa-se, assim, à terceira mediação que nos aproxima, desta vez de maneira decisiva, do perdão: a reabilitação do condenado. O final do percurso penal (instrução dos autos, processos, pronunciamento e execução da pena) é, de fato, a reabilitação do culpado. Reabilitar quer dizer apagar as incapacidades, restaurar a capacidade humana fundamental do cidadão portador dos direitos e obrigações. Reabilitar quer dizer reduzir progressivamente a exclusão social do condenado, a distância à qual era mantido, e da qual a detenção carcerária continua sendo o arquétipo, facilitar, enfim, sua reinserção no seio da sociedade. Esta reabilitação que intervém depois da sanção, não é, sem dúvida, o perdão puro e simples, mas é, em todo caso, muito mais que a retorsão. Tanto que, pensando bem, este horizonte de reabilitação opera ao revés, em todos os estágios do processo e da execução da pena. Longe de constituir sua etapa final, ele informa virtualmente todos os seus desenvolvimentos, mesmo se a maneira fenomenológica do processo, que estamos vendo, represente a descrição abstrata de um ‘ideal tipo’ de justiça, cuja realidade, repetimos, é sempre mesclada de considerações menos nobres.

Neste passo, nos parece correta a abordagem de Perrot,<sup>170</sup> ao afirmar que num mundo hostil, a grande massa dos reclusos enterra-se no silêncio: quando libertados, só têm uma obsessão: fazer esquecer o passado, para serem “aceitos”. Assim, importante que se institua, nos ordenamentos jurídicos, uma cláusula de sociabilidade, por meios e modos diversos, que objetive a reforma do sistema sancionatório e da execução penitenciária, visando, como meta, a ressocialização do réu.

---

<sup>170</sup> PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 2. ed. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 239.

Para Palazzo,<sup>171</sup> o papel atribuído ao princípio de humanização da pena, de conteúdo, conceitualmente, talvez menos preciso do que os demais, mas, historicamente, reconduzível com a maior expressividade, àquele elevado e constante (ainda que não necessariamente contínuo) processo de atenuação da resposta sancionatória, expressão, quiçá, da mais profunda tendência – “constitucional” – capaz de conter, tanto quanto possível, a instrumentalização do homem, fatalmente implicada na tutela da sociedade.

Enquanto não tivermos maturidade suficiente e responsabilidade necessária para o enfrentamento deste sério problema que atinge a humanidade, sobretudo nos tempos modernos, estará sempre à nossa espreita o risco da destruição dos últimos restos de liberdade.

Não encontrando para já no domínio científico qualquer argumento convincente que leve ao abandono do pensamento ressocializador – se por considerações utilitárias nos devêssemos bastar – o que importa é traçar com clareza os princípios a que obedece a mudança de enfoque da prisão na reforma do direito penal<sup>172</sup>. Significativo destacar que as medidas voltadas à ressocialização são um direito do apenado, e não um dever que lhe possa ser imposto coativamente.

Assim, deve predominar uma aproximação mais realista e menos ideologizada a respeito dos resultados que podem ser obtidos frente à grande diversidade de técnicas existentes. Neste estado atual de coisas, para Ripollés<sup>173</sup>, resulta “[...] *injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena, como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales*”.

Instigar a busca por uma alternativa para o cenário vigente é o propósito deste ensaio. Quem sobreviver à evidência irrecusável do transcurso do tempo físico ou à viragem do tempo jurídico poderá testemunhar o acerto ou o erro destas proposições.

---

<sup>171</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 66.

<sup>172</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 2000. p. 146.

<sup>173</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 83-84.

### 3 O DISCURSO DA MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA DA POPULAÇÃO COMO JUSTIFICATIVA PARA A EXPANSÃO E O POPULISMO PENAL

Na contemporaneidade, a simples ilação de que vivenciamos uma sociedade de risco revela-se como argumento necessário e suficiente para justificar a expansão do Direito Penal, além de fertilizar o terreno para a prática do populismo punitivo. Aqui, ainda, merece especial atenção o necessário agir ético dos meios de comunicação na divulgação dos fatos e o fato de que o Direito Penal deva voltar-se – sempre com a influência das diretrizes constitucionais – para uma tendência mais racional de sua intervenção, alcançando situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade.

#### 3.1 A discussão sobre a sociedade de risco e o vínculo com a expansão do Direito Penal

Como se disse alhures, as transformações que se operam na sociedade contemporânea produzem reflexos significativos nas estruturas tradicionais da modernidade, em especial o Direito e o Estado.

Segundo Rocha<sup>174</sup>, a sociedade inserida em um contexto “[...] de alta complexidade e na transição entre paradigmas demonstra um modelo multifacetado e pluralista, podendo ser descrita a partir de inúmeros pontos teóricos de observação, proporcionando diferentes visões de um mesmo fenômeno”. Essas transfigurações, potencializadas pelo avanço das ciências e da tecnologia (modernidade reflexiva<sup>175</sup>), ganharam significativo impulso com a evolução das relações comerciais entre os povos – globalização - desconsiderando-se as limitações das barreiras territoriais impostas pelo patriotismo<sup>176</sup>. Importante ressaltar, ademais disso, que nos dias atuais vivemos, de acordo com a expressão de Zizek<sup>177</sup>, em uma *sociedade atomizada*, em que temos contato com os outros, mas sem estabelecer com eles relações propriamente ditas.

<sup>174</sup> ROCHA, Leonel Severo da. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 154, 2008.

<sup>175</sup> A modernidade reflexiva deve ser entendida como o período no qual a sociedade se encontra em risco devido à constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples). CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

<sup>176</sup> O patriotismo, de acordo com os ensinamentos de DIAMOND explica, em parte, o triunfo dos Estados sobre as entidades mais simples (tribos, aldeias, bandos, etc.). DIAMOND, Jared M. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Nota Assessoria, Silvia de Souza Costa. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 281-282

<sup>177</sup> ZIZEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 54.

Vale lembrar que estamos em constante preocupação com o imediato, com o agora, com o consumo fácil, onde o presente - infinitamente dilatado - ocupa qualquer espaço disponível, não deixando lugar para a duração, para a expectativa, senão para o curto prazo, para o imediato. Nosso universo, ensina Ost<sup>178</sup>, é o “[...] dos programas curtos” – “era do efêmero eterno”.

Sob outra perspectiva, mas também tratando das evoluções contemporâneas, Beck<sup>179</sup> argumenta que somos “[...] testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura no *interior*<sup>180</sup> da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume uma nova forma”, a denominada “sociedade (industrial) de risco”.

Para o sociólogo alemão, a ideia condutora de uma modernização reflexiva da sociedade industrial proporciona uma inversão de perspectiva. Enquanto na sociedade industrial a “lógica” da produção de riqueza domina a “lógica” da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte. Saímos de uma lógica da distribuição de riquezas – predominante na sociedade industrial clássica – para a distribuição dos riscos.

Além disso, à modernização – responsável pela dissolução da sociedade agrária, predominante no século XIX, e pela elaboração da sociedade industrial - deve ser tributada, também, a responsabilidade pelo surgimento da sociedade de risco, impulsionada pela riqueza, pelo crescimento econômico e pelo desenvolvimento técnico-científico. Na modernidade, há, de modo evidente, uma estreita relação do risco com as decisões humanas. Neste passo, Beck ensina:

Los dramas humanos – las plagas, enfermedades y desastres naturales, el poder de los dioses y demonios al acecho – puede equivaler cuantificablemente, o no, al peligro del potencial destructivo de las modernas megatecnologías. Difiere esencialmente de los ‘riesgos’ en el sentido que yo les doy en que no se basan en decisiones o más específicamente, en decisiones que se centran en las ventajas y oportunidades tecnoeconómicas y aceptan los peligros como el simple lado oscuro del progreso. Ése es el primer punto que resalta: los riesgos presumen decisiones y consideraciones de utilidad industrial es decir, tecnoeconómica.

Os riscos, evidentemente, não são uma invenção moderna. Sempre estiveram presentes com a humanidade. Na atualidade, no entanto, estes riscos da modernização caracterizam-se

---

<sup>178</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. p. 330.

<sup>179</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. Inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 12.

<sup>180</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. Inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 12. Grifo do autor.

por ameaças e debilidades que projetam para um futuro incerto e pela globalidade de sua ameaça. Os riscos, que surgiram, inicialmente, sob uma perspectiva de normalidade, assumiram um viés de ameaça à humanidade<sup>181</sup>. Neste sentido, segundo Callegari<sup>182</sup>, resta claro que o desenvolvimento tecnológico, científico e econômico propiciou “[...] um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém, também traz aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança.

De acordo com Beck, diferentemente de todas as demais culturas e fases de desenvolvimento social anteriores, atualmente a sociedade, ao lidar com os riscos, se vê confrontada consigo mesma.

Riscos, diz Beck,<sup>183</sup>:

São um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para a autotransformação, para a autoconfiguração e para a autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta.

Os riscos com origem decorrente de ações humanas – argumenta Callegari<sup>184</sup> – são “[...] indeterminados espacial (globalização) e temporalmente e, ademais, muitas vezes, podem possuir dimensões e potenciais destrutivos maiores do que aqueles provenientes da natureza”.

Beck<sup>185</sup>, com singular capacidade de síntese, antecipando a argumentação abordada ao longo da obra em comento, apresenta cinco teses para demonstrar a arquitetura social e a dinâmica política dos riscos: 1) os riscos da modernização diferenciam-se das riquezas, na medida em que desencadeiam danos sistematicamente definidos – por vezes *irreversíveis* – e permanecem *invisíveis*; 2) os riscos contêm um efeito bumerangue, que implode o esquema de

<sup>181</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 31.

<sup>182</sup> CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15.

<sup>183</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. Inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 275.

<sup>184</sup> CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 19.

<sup>185</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. Inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 12. p. 27-28.

classes, na medida em que eles mesmos, cedo ou tarde, acabam por alcançar aqueles que os produziram ou que lucram com eles; 3) os riscos, ao invés de romper com a lógica capitalista de desenvolvimento, colocam-na em um novo patamar, na medida em que aumentam as necessidades da população; 4) o conhecimento adquire uma nova relevância política, pois nas situações relativas à classe ou camada social, a consciência é determinada pela existência, enquanto, nas situações de risco, a consciência determina a existência; 5) os riscos da modernização possuem um conteúdo político explosivo, pois o que até então se considerava apolítico transforma-se em político.

Ainda quanto ao conceito de risco, importante destacar o entendimento de Blasco<sup>186</sup>, ao asseverar que:

El nuevo concepto de riesgo sirve ahora de soporte ideal, en el diálogo cultural sobre qué decisiones políticas tomar y cuáles rechazar en una sociedad, para invadir, rechazar la emigración, para conceder o negar autorizaciones, decisiones todas ellas que responden a demandas que necesitan el soporte de instituciones legales y judiciales. [...] En ese contexto, el concepto de riesgo es el nuevo estigma; al igual que en las antiguas culturas, los pobres, los marginados, los leprosos (los que estaban, por ejemplo, más expuestos al riesgo de contraer enfermedades contagiosas), terminaban por ser culpados de los daños que sufrían los que no estaban expuestos a ellos (el pobre contrae el cólera y contagia al rico, luego el pobre es el culpable del daño para el rico), ahora, en esta cultura individualista que vivimos, los ‘nuevos’ débiles (los peligrosos por satisfacer perfiles de riesgo) van a ser, otra vez, culpados de por su situación que, a su vez, se convierte en un factor de riesgo para nosotros.

Diante das afirmações, ganha relevo o tema da globalização<sup>187</sup>, instituto que não é linear, na medida em que se caracteriza como um fenômeno multidimensional, dotado de alto grau de complexidade, que envolve diversos domínios da atividade e da interação humanas. Essa sociedade mundial coletiva tem como uma de suas dimensões aquela que estabelece o destino comum da Humanidade, consistente em uma “comunidade de violência” multifacetada, na medida em que a criminalidade já transpôs as fronteiras nacionais, organizando-se inclusive na forma de empresas internacionais, perpetrando suas ações, por exemplo, por meio do terrorismo, do tráfico de substâncias entorpecentes, armas e pessoas, e da lavagem de dinheiro.

<sup>186</sup> ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-08 p. 28, 2009. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 02 ago. 2010.

<sup>187</sup> Ver mais sobre globalização no item 8 desta dissertação: “Economia supranacional: os fatores estruturais (econômicos e sociais) da criminalidade na era da globalização e o *blanqueo del capital*”.

Por outro lado, a ausência da regularidade em um mundo sem fronteiras – regularidade essa considerada essencial para ideia de risco, pois possibilita que os mesmos sejam calculados – permitiu que Bauman<sup>188</sup> propusesse, com percuciência, que a expressão “sociedade de risco”, cunhada por Beck, fosse substituída por “sociedade da incerteza”, pois o que torna nosso mundo vulnerável são, sobretudo, os perigos da probabilidade não calculável. Assim, a incerteza, elemento que gera dúvida e hesitação, traz consigo o medo<sup>189</sup> ou mesmo uma ansiedade neurótica<sup>190</sup>, quando o perigo ainda tem que ser descoberto.

Para Bauman<sup>191</sup>, os medos, por sua vez, podem

[...] vaziar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos ‘natureza’ (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos).

No dizer de Callegari<sup>192</sup> e Wermuth, a globalização e a “[...] a consequente sociedade de risco que se configura na contemporaneidade propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança<sup>193</sup> diante da imprevisibilidade e da liquidez<sup>194</sup> das relações sociais”. Na sociedade industrial, havia certa previsibilidade das consequências decorrentes dos processos produtivos. Na sociedade (industrial) de risco, potencializada pelo desenvolvimento tecnológico e científico, há um significativo incremento na incerteza quanto às consequências advindas das atividades, na medida em que esta nova forma social apresenta riscos transtemporais (efeitos

<sup>188</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 129.

<sup>189</sup> Quando há um objeto definido.

<sup>190</sup> FREUD, Sigmund. *Um estudo autobiográfico: inibições, sintomas e ansiedade: a questão da análise leiga e outros trabalhos*. Traduzido do Alemão e do Inglês sob a Direção-Geral e Revisão Técnica de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. 20, p. 190.

<sup>191</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 11.

<sup>192</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel; DEZORZI, Ângelo *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

<sup>193</sup> Ansiedade neurótica.

<sup>194</sup> O conceito de liquidez, de acordo com os autores, é cunhado por BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, para retratar a fluidez da vida moderna e da flexibilidade das relações na pós-modernidade, bem como a insegurança a que essas situações conduzem diante da falta de vínculos e de valores sólidos que se verifica na sociedade globalizada.

ilimitados temporalmente), de alcance global e potencialidade catastrófica<sup>195</sup>. E aqui ganha destaque a prevalência do sentimento coletivo de insegurança, mormente pelo fato de que, como adverte Ripollés<sup>196</sup>, “[...] *el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en si mismo*”.

Ao responder à indagação no que consiste o “medo do delito”, Medina<sup>197</sup>, com base nos ensinamento de Ferraro<sup>198</sup>, afirma:

Define el miedo al delito como: ‘una respuesta emocional de nerviosismo o ansiedad al delito o símbolos que la persona asocia con el delito’. Este autor destaca que implícito en su definición se encuentra el reconocimiento de algún peligro potencial. Ferraro, adoptando una posición simbólico interaccionista, entiende que el miedo al delito es una de las posibles respuestas a la percepción de un riesgo.

Tal medo, não se pode olvidar, decorre, de certo modo, da sensação da sociedade de que as coisas estão cada vez piores no que diz respeito ao tema da prevenção da delinquência, “[...] *sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema*”<sup>199</sup>.

Entretanto, merece especial destaque a singular advertência de Ripollés<sup>200</sup>:

Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta unicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos.

A partir desse enfoque, parece fundamental desenvolver-se uma linha argumentativa - como nos alerta Ripollés<sup>201</sup> - que preste a devida atenção “[...] *a un plus de legitimidad dialéctica del que se han beneficiado, al menos en principio, las propuestas securitarias*”.

<sup>195</sup> ROCHA, Leonel Severo da. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 156, 2008.

<sup>196</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 76.

<sup>197</sup> MEDINA, Juanjo. Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 05-03, p. 2, 2003. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

<sup>198</sup> FERRARO, Nenneth F. *Fear of crime: interpreting victimization risk*. Albano, NY: State University of New York Press, 1995. p. 8.

<sup>199</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 75.

<sup>200</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 151-152.

<sup>201</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 131.

As propostas voltadas para a construção de um paradigma da “segurança cidadã” têm obtido êxito em suas iniciativas como um dos aspectos da expansão do direito penal vinculada à moderna sociedade de “riscos” ou de “incertezas”. Ripollés afirma que o debate político criminal sobre o Direito Penal, na sociedade contemporânea, está assentado na generalização dos novos riscos – artificiais – e nas crescentes dificuldades para se atribuir responsabilidade pelos mesmos, bem como pela difusão de um exagerado sentimento de insegurança. Programas de intervenção penal são desenhados e desenvolvidos não tanto para reduzir, efetivamente, os delitos, mas para diminuir as generalizadas inquietudes sociais – quase que uma ansiedade neurótica coletiva – sobre a delinquência.

O mestre espanhol destaca que esses novos riscos decorrem de novas atividades humanas com a utilização de novas tecnologias em diversos âmbitos sociais, resultando de difícil antecipação e se baseiam em falhas no conhecimento ou no manejo das novas capacidades técnicas. Esse conjunto de fatores ativa e impulsiona as demandas por intervenções estatais voltadas para a redução destes riscos e para a minimização dos temores, dentre eles, a política criminal.

Para o mestre espanhol, a política criminal que pretenda dar essa resposta à sociedade, nestas circunstâncias, possui as seguintes características: a) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais, objeto da intervenção penal; b) uma significativa transformação dos objetivos e do campo de incidência da política criminal, que passa a se preocupar com a macrocriminalidade; c) a preferência outorgada à intervenção penal, em detrimento de outros instrumentos de controle social, tornando o princípio da subsidiariedade penal seriamente questionado e d) a necessidade de se “adequar” os conteúdos do Direito Penal e processual Penal às dificuldades inerentes à persecução às novas formas assumidas pela criminalidade.

O Direito Penal resultante dessa política criminal tem como notas essenciais o incremento da criminalização de comportamentos mediante a proliferação de novos bens jurídicos de natureza coletiva, o predomínio das estruturas típicas de simples atividade<sup>202</sup>, a antecipação<sup>203</sup> do momento em que se procede à intervenção penal e as significativas modificações do sistema de imputação da responsabilidade<sup>204</sup> e no conjunto de garantias penais e processuais penais.

---

<sup>202</sup> Aproximação do *Derecho Administrativo Sancionador*, com base no princípio da precaução.

<sup>203</sup> Se criminaliza atos anteriormente submetidos aos controles administrativo, civil ou mercantil.

<sup>204</sup> Por exemplo, a frequente utilização de técnica das leis penais em branco.

Nesse contexto, os defensores da expansão do Direito Penal, muitas vezes, utilizam-se do argumento de que vivemos em *sociedades de risco*<sup>205</sup> ou de incertezas, em ambientes saturados de perigos criados pelo próprio homem, que impõem a disponibilização de mecanismos preventivos, inclusive penais. É com fundamento nestes argumentos que setores como o financeiro, o ambiental, o viário, o sanitário, entre outros, exigiriam uma atuação estatal antecipada para evitar os severos danos que poderiam advir dos riscos gerados pela modernidade.

O percuciente Silva Sánchez,<sup>206</sup> acerca do tema da expansão do direito penal, afirma :

Creación de nuevos «bienes jurídico penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión».

Dito de outro modo, o Direito Penal, mecanismo mágico de diferimento e transferência de crises – utilizado com significativa facilidade e velocidade para responder às demandas sociais por prevenção – revela-se como a solução para todos os males, sobrecarregando o sistema de justiça penal que não consegue dar respostas adequadas ao cenário vigente.

Silva Sánchez<sup>207</sup>, ainda sobre a expansão do Direito Penal, sentencia:

[...] nos hallamos aquí ante causas más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se há ido configurando durante, al menos, los últimos decênios y en el consiguiente cambio de papel del Derecho en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales. Subrayar esto último me parece esencial. En efecto, difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentarse las bases de la mejor solución posible a los problemas que suscita, si se desconoce la existencia en nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de más protección. A partir de ahí, cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión en términos irracionales como demanda de punición. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores.

Mostra-se correto sinalar que a expansão do Direito Penal apresenta-se como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que muitas vezes se utiliza do recurso da

<sup>205</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-92.

<sup>206</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 17-18.

<sup>207</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 20.

legislação penal para uma aparente solução fácil dos problemas sociais, inclusive em razão do crescente desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades<sup>208</sup>, os presos.

Cabe, aqui, também tecer considerações, mesmo que perfunctórias<sup>209</sup>, sobre o populismo penal<sup>210</sup>, fenômeno caracterizado pela excessiva preocupação com a atratividade eleitoreira da opção político-criminal. Aproveitando-se da cultura do medo instalada nas sociedades modernas, simplesmente são “importadas” e defendidas medidas repressivas que se popularizaram por meio de expressões tais como *law and order*, *prison works*, *surveillance*, *tough on crime*, *zero tolerance*<sup>211</sup>. As leis penais tornaram-se um dos meios preferidos dos *showman* políticos, já que são um meio barato e de propaganda fácil. E a defesa dessas medidas dá-se pela intencional ou negligente desconsideração das evidências dos efeitos das ações escolhidas e pela tendência a assumir conclusões simplistas acerca da natureza da opinião pública, com base em métodos inapropriados<sup>212</sup>.

“A própria política tornou-se infinitamente ligeira, quase frívola”<sup>213</sup>, sendo que os políticos - não raras vezes – estão mais preocupados em satisfazer a “opinião pública,” para conseguirem manter seus cargos eletivos e os benefícios deles decorrentes, do que realmente se preocuparem com as grandes mobilizações políticas. O discurso político acaba permeando todos os temas relacionados ao controle do crime, de modo que as decisões, infelizmente, são tomadas, na maioria das vezes, sob as luzes dos holofotes e das disputas políticas – populismo.

Segundo Bruce Shapiro<sup>214</sup>:

O policiamento da tolerância zero vai inquestionavelmente na linha retórica da operação efetiva, e a hipótese ‘janela quebrada’ original, de Wilson e Kelling, é fácil de vender para qualquer sociedade apavorada por uma criminalidade aparentemente incontrolável. Em seu aspecto mais profundo,

<sup>208</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004. p. 43. (Coleção Pensamento Criminológico, 3).

<sup>209</sup> O tema será abordado, com maior abrangência, no item 3.2 deste trabalho: O populismo punitivo e o papel dos meios de comunicação.

<sup>210</sup> SALAS, Denis. *La volonté de punir: essai sur le populisme penal*. França: Hachette Littératures, 2005. p. 53-62.

<sup>211</sup> ZYSMAN QUIRÓS, Diego. La crisis del ‘welfare’ y sus repercusiones en la cultura política anglosajona. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2005. p. 255-286.

<sup>212</sup> ROBERTS, Julian V. et al. *Penal populism and public opinion: lessons from five countries*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 8.

<sup>213</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. p. 330.

<sup>214</sup> SHAPIRO, Bruce. *Zero-tolerance gospel*. Disponível em: <<http://www.oneworld.org.indexoc/issue497/shapiro.html>>. Acesso em: 10 out. 2012.

contudo, não é absolutamente de criminalidade que se trata, mas de uma visão da ordem social se desintegrando sob o olhar indiferente da negligência liberal.

A adoção de uma política criminal expansionista, populista, oportunista e equivocada, ao longo dos anos, nos releva a tendência de um crescente e consistente aumento das taxas de encarceramento, desde o nascimento da prisão moderna. O exagerado – e injustificado – sentimento de insegurança não guarda exclusiva correspondência com os riscos, mas se mostra, de acordo com Ripollés<sup>215</sup>:

[...] potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.

Essa especial vinculação dos meios de comunicação com o populismo punitivo constitui, por si mesma, uma significativa característica dos sistemas penais vigentes em países de modernidade tardia. Esse é, pois, o tema a ser abordado no próximo tópico.

### 3.2 O populismo punitivo e o papel dos meios de comunicação

Nas sociedades modernas, a apreensão da realidade se faz por intermédio dos meios de comunicação. Para Karam<sup>216</sup>,

[...] o aumento do espaço dado à divulgação de crimes acontecidos e sua dramatização, bem como a publicidade excessiva e concentrada em casos de maior crueldade, aproximam tais fatos das pessoas, que passam a vê-los como acontecendo em intensidade maior do que a efetivamente existente na realidade.

Dessa forma, parece insofismável que o agir ético dos meios de comunicação de massa assume significativa relevância, na medida em que a mídia desempenha destacado papel na divulgação dos discursos de legitimação da expansão do Direito Penal.

Navarro<sup>217</sup> brinda-nos com interessante perspectiva do início da credibilidade e crescimento dos meios de comunicação:

<sup>215</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 133.

<sup>216</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 200.

<sup>217</sup> NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios en la percepción social de la delinquencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-09, p. 2, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

La credibilidad de que gozan los medios de comunicación se convirtió en evidencia la noche de Halloween de 1938 en Estados Unidos, cuando un joven de veintitrés años, George Orson Welles, desde un pequeño estudio de Nueva York, radió una adaptación de la novela *La guerra de los mundos*. Una hora de actuación fue suficiente para que millones de radioyentes creyeran que el país estaba sufriendo una invasión marciana y cundió el pánico. El bucle de la ironía es que, según coinciden los sociólogos que estudiaron el fenómeno, no fue tanto el pánico: por más que algunos ciudadanos intentaron huir del supuesto ataque con gas, lo cierto es que la propia radio consiguió hacer creer al público que el miedo se extendía y con una intensidad mucho mayor de la que realmente alcanzó.

Na visão de Zizek<sup>218</sup>, a exibição pública de obscenidades privadas, confissões indecentes em programas de TV, mistura descarada de política com interesses particulares, tudo isso cria, aos poucos, um perigoso vácuo moral.

A expansão do Direito Penal tem-se mostrado um elemento comum nas estruturas contemporâneas de controle do delito, muitas vezes facilitada pelo fenômeno da globalização que converge e aproxima, aceleradamente, os sistemas e as culturas jurídicas. É certo que a convergência reflete a interdependência econômica. No entanto, em um mundo unido pela televisão, pelos satélites e pelos meios de transporte, produz-se certa fusão das culturas mundiais; e a cultura jurídica dificilmente pode, ou mesmo consegue permanecer imune.

A realidade imposta pelo mundo globalizado – modelo, nos parece, sem volta - reflete um tempo contemporâneo cada vez mais fragmentado. Basta comparar com o que afirma Ost<sup>219</sup> “[...] o tempo estagnante de centenas de milhões de seres humanos vivendo abaixo do limite de pobreza, com o tempo das trocas comerciais entre os países industrializados e, sobretudo, o tempo das trocas financeiras operando em ‘tempo real’”.

Apesar de ser reconhecida a dificuldade em se modificar este cenário, não se pode deixar de denunciar, como temerária – sobretudo no Brasil, país de reconhecida democracia tardia - a atitude simplista de “importar” modelos de controle da criminalidade, sem maiores preocupações com as realidades locais e sem uma clara definição de um modelo de política criminal a ser perseguido. Se é que se pode falar, verdadeiramente, em controle da criminalidade, na medida em que se trata de fenômeno que sempre acompanhou, e continuará acompanhando, a humanidade.

O ponto crucial, nesta questão, resta configurado no fato de que a influência dos valores constitucionais sobre o direito penal sofre fatal e assaz, evidentemente, o

<sup>218</sup> ZIZEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 63.

<sup>219</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005. p. 35.

condicionamento dos lineamentos da cultura própria de cada ordenamento, não se podendo simplesmente acreditar que tudo se resolverá com a simples “importação” de institutos jurídicos.

Na clara dicção de Heringer Júnior<sup>220</sup>, no âmbito estritamente penal, o controle social na América Latina, condicionado pelo perfil político-cultural dominante, vem implicando a sua operacionalização cada vez mais seletiva e criminalizante, a impunidade de setores sociais importantes, a burocratização judicial, a aplicação de legislações retardatárias, o desacoplamento funcional entre as instituições do sistema penal, a passagem fluída da violência institucional à operatividade ilegal ou clandestina, a privatização do controle como decorrência da insegurança generalizada, sistemas penitenciários crescentemente deficientes, o destacado papel informativo e ideológico dos meios de comunicação de massa.<sup>221</sup>

Aqui, significativa e altamente esclarecedora – diante da complexidade do tema - a contribuição de Young<sup>222</sup>, ao dizer que:

Na verdade, o mundo social é uma entidade interativa complexa em que toda intervenção social particular só pode ter um efeito limitado em outros eventos sociais, e o cálculo deste efeito é sempre difícil. Assim, a taxa de criminalidade é afetada por um grande número de coisas: pelo nível de dissuasão exercido pelo sistema de justiça criminal, com certeza, mas também pelos níveis de controle informal da comunidade, por padrões de emprego, tipos de educação infantil, o clima cultural, moral e político, o nível do crime organizado, os padrões de uso de drogas ilícitas, etc., etc. Apenas juntar todos estes fatores é bastante complicado, mas insuficiente, pois não permite a avaliação e a reflexividade humanas – a injustiça *percebida* do desemprego, por exemplo, ou as injustiças *sentidas* do mau policiamento ou encarceramento. Pois o social não é apenas complexo, como o mundo natural (quem jamais pensaria que somente um fator pudesse explicitar o clima?). É mais intrincado, pois cada fator pode ser transformado no tempo pela interpretação humana.

Sendo assim, as influências de políticas criminais expansivas, populistas, excludentes, autoritárias, de redescobrimto da neutralização e de banalização da função da pena, que vêm de fora, nos atingem sem nem sequer termos implantado, de forma minimamente generalizada, a inclusão democrática, ou mesmo a recuperação social – esta última, em muitos

<sup>220</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2012.

<sup>221</sup> ELBERT, Carlos Alberto. ¿Es necesaria una criminología para el tercer milenio? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 468-472, 2003.

<sup>222</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 192.

lugares, simplesmente abandonada sem nem ao menos terem sido adotadas medidas concretas para sua efetiva implantação<sup>223</sup>.

Assim, não é difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante na legislação penal visando à introdução de novos tipos penais, bem como o recrudescimento das penas daqueles já existentes. Com o advento da Constituição cidadã de 1988, sob o alarde da “democratização” da legislação penal – absoluto contrassenso, pois não é por meio do sistema penal, e muito menos pelo penitenciário, que se democratiza um país - inúmeras tipificações penais foram aprovadas pelo Congresso Nacional, abarcando a imputação a agentes de “colarinho branco”.

Destacam-se, entre elas, Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo), Lei nº 8.176/90 (crimes contra a ordem econômica), Lei nº 8.666/93 (crimes em licitações e contratos do Poder Público), Lei nº 9.279/96 (crimes contra a propriedade industrial), Lei nº 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente), Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), Lei nº 11.101/2005 (crimes falimentares).

Parece, todavia, insofismável que o efeito daquela profusão legislativa penal tem sido meramente simbólico. O programa penal demasiadamente elasticado tem esbarrado na incapacidade operacional das agências de repressão – realidade esta que se espera seja modificada - normalmente preparadas e capacitadas para lidar com a criminalidade comum.

Nesta linha de raciocínio, por exemplo, significativamente elucidativos alguns trechos da recente entrevista fornecida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Joaquim Barbosa<sup>224</sup>, ao referir que:

A Justiça solta porque, muitas vezes, a decisão de prender não está muito bem fundamentada. Os elementos que levaram à prisão não são consistentes. A Polícia trabalha mal, o Ministério Público trabalha mal. Na maioria dos casos que resultam em impunidade, é isso que ocorre. Por outro lado, o sistema penal brasileiro pune – e muito ... principalmente os negros, os pobres, as minorias em geral. Às vezes, de maneira cruel, mediante defesa puramente formal ou absolutamente ineficiente. [...]. Político na cadeia? Vai demorar muito ainda para que se veja um caso.

Esta afirmação, lançada quase como uma denúncia, exige que recordemos o que foi dito em linhas anteriores no sentido de que a maioria dos presos, no Brasil, constitui-se de

<sup>223</sup> Sobre o abandono do ideal ressocializador ver o item 3 deste ensaio: O ocaso do modelo prisional: a ruptura com o ideal ressocializador.

<sup>224</sup> POLÍTICO não pega cadeia, entrevista do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, concedida à Hugo Marques. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2.221, ano 44, n. 24, p. 20, 2011.

condenados pela prática de crimes contra o patrimônio e por tráfico de drogas (73,99%). Entre os detidos, apenas 0,84% têm o curso superior completo, sendo que a taxa de negros e pardos<sup>225</sup> atinge mais de 59% dos reclusos.<sup>226</sup>

É inegável que uma das características mais significativas das sociedades modernas, sobretudo após a era industrial, é a sensação geral de insegurança. Essa sensação social de insegurança mantém, sem dúvida, uma relação estreita com o modo de proceder dos meios de comunicação.

Diante da indagação formulada por Singer<sup>227</sup>, “Por que agir moralmente?”, nos damos conta de que ver as coisas eticamente é uma maneira de transcender as nossas preocupações subjetivas e de nos identificar com o ponto de vista mais objetivo possível, ou seja, com a universalidade.

Assim, de acordo com o filósofo australiano:

Se estamos atrás de um objetivo mais amplo do que os nossos interesses pessoais, alguma coisa que nos permita ver as nossas vidas como existências dotadas de uma importância que extrapola os estreitos limites dos nossos estados conscientes, uma solução óbvia é adotar o ponto de vista ético.

Segundo Marc Auge,<sup>228</sup> a supermodernidade caracteriza-se pelos excessos, pela multiplicação de acontecimentos no que se costuma denominar sistema-mundo, gerando um tempo sobrecarregado de acontecimentos e uma inédita ampliação dos espaços, conduzindo, por conseqüência lógica, a uma superabundância da informação. Neste contexto, grandes agências internacionais de comunicação atuam como selecionadoras e hierarquizadoras da informação, divulgando, para o mundo todo, os aspectos que consideram relevantes, fixando-os, inclusive, em determinadas imagens que percorrem o mundo em segundos como *realias*, comprovações da veracidade dos relatos.

A partir dessa realidade, Bourdieu<sup>229</sup> acentua que a informação acaba por se tornar desinformação, na medida em que há muito mais obscurecido do que iluminado neste processo. As agências de informação, defrontando-se cotidiana e diretamente com os critérios

<sup>225</sup> De acordo com o Censo de 2000, 44,6% da população brasileira era composta de negros e pardos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 26 maio 2010).

<sup>226</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

<sup>227</sup> SINGER, Peter. *Ética Prática*. 3. ed. Tradução: Jéferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 406 p.

<sup>228</sup> AUGÉ, Marc. *Por uma antropologia dos mundos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

<sup>229</sup> BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

explicitados e não explicitados – mas magnificamente orquestrados, como diria Durkheim – colocam alguns dos acontecimentos em evidência, deixando outros à sombra.

Alguns autores defendem que as notícias são um produto social resultante de vários fatores. Stuart Hall<sup>230</sup> e outros consideram as notícias um “produto final de um processo complexo que se inicia numa escolha e seleção sistemática de acontecimentos e tópicos de acordo com um conjunto de categorias socialmente construídas”.

Ao produzir e reproduzir a representação da violência urbana e da criminalidade como um problema social, contribuindo para dar ao tema maior visibilidade social, as agências de comunicação colocam o tema da segurança pública, destacadamente, na agenda dos problemas do Estado. Os holofotes lançados sobre o tema contribuem para a sua crucial importância social e política, elevando-o, muitas vezes, ao mesmo patamar (e não raras vezes superior) das questões da saúde e da educação. De acordo com Silva, “transformada de problema social em objeto sociológico, a violência urbana foi recentemente alçada, no Brasil, à destacada condição de problemática obrigatória”<sup>231</sup>.

Neste cenário, os meios de comunicação de massa desempenham importante papel<sup>232</sup>, pois não se limitam a veicular notícias sobre crimes, sugerindo, além disso, sem preparo teórico-empírico suficiente, como entender e responder a tal problema<sup>233</sup>. Com um toque de ironia, fala-se até em *serial journalists*, para indicar aqueles profissionais que se ocupam sempre das mesmas notícias, criando ondas artificiais de criminalidade<sup>234</sup>.

Para a melhor compreensão do que se propõe no presente ensaio, sobretudo pelo alcance e relevância do papel da mídia no mundo moderno, insta destacar os ensinamentos de Silva<sup>235</sup> ao referir :

Se é possível afirmar que em tempos pretéritos a imprensa desempenhou um importante papel quanto à organização social da vida cotidiana, no que diz respeito ao presente, o seu impacto interacional é não só evidente como verdadeiramente indiscutível. À medida que se dá o desenvolvimento gradual de novas formas de recepção e apropriação (tais como a leitura

<sup>230</sup> HALL, Stuart et al. A produção social das notícias: o mugging nos media. In: TRAQUINA, Nelson. *Jornalismo: questões, teorias e "estórias"*. Lisboa: Veja, 1993. p. 224.

<sup>231</sup> SILVA, Edilson Márcio Almeida da. *Notícias da “violência urbana”*: um estudo antropológico. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2010. p. 27.

<sup>232</sup> NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 56-58.

<sup>233</sup> ROBERTS, Julian V. et al. *Penal populism and public opinion: lessons from five countries*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 76.

<sup>234</sup> BARATA, Francesc. "Los mass media y el pensamiento criminológico". In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 506.

<sup>235</sup> SILVA, Edilson Márcio Almeida da. *Notícias da “violência urbana”*: um estudo antropológico. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2010. p. 39-40.

silenciosa, a prática solitária, etc.), a vida social experimenta uma mudança na sua mistura interativa, cujos efeitos se fazem notar, sobretudo, no fato de que ‘os indivíduos preferem buscar informação e conteúdo simbólico em outras fontes do que nas pessoas com quem interagem diretamente no dia a dia’ (THOMPSON, 2002, p. 82). Como corolário dessa mudança, estabelece-se, pois, o que Thompson (2002) chama de *mundanidade mediada*, uma vez que ‘nossa compreensão do mundo fora do alcance de nossa experiência pessoal, e de nosso lugar dentro dele, está sendo modelada cada vez mais pela mediação de formas simbólicas.

Dessa maneira, passamos a reconhecer, de um modo geral, apenas aquilo que nos é transmitido, sendo que grande parte dessa transmissão é realizada pelos meios de comunicação. Assim, a mídia assume relevante papel, envolvendo-se, cada vez mais, na própria construção e reconstrução do mundo social.

Não é por outra razão que muitos indivíduos planejam suas atividades, em parte, baseados nas imagens e informações recebidas por meio da mídia. Isso significa que muitas decisões são tomadas, diariamente, tendo em vista aquilo que é noticiado no rádio, na televisão ou mesmo publicado em jornais e revistas, evidenciando a presença constante da mídia no cotidiano, mas também o alcance de suas representações acerca dos problemas sociais diversos.

Umberto Eco,<sup>236</sup> ao analisar os elementos oferecidos ao público pela cultura de massa, nos afirma com clareza:

‘Cultura de massa’ torna-se, então, uma definição de ordem antropológica (do mesmo tipo de definições como ‘cultura alorense’ e ‘cultura banto’), válida para indicar um preciso contexto histórico (aquele em que vivemos), onde todos os fenômenos comunicacionais – desde as propostas para o divertimento evasivo até os apelos à interiorização – surgem dialeticamente conexos, cada um deles recebendo do contexto uma qualificação que não mais permite reduzi-los a fenômenos análogos surgidos em outros períodos históricos.

A cultura de massa, importante salientar, não é só impulsionada do real para o imaginário, mas também do imaginário para o real. Segundo Morin<sup>237</sup>, a partir da década de 30 do século passado, a cultura de massa ganha o setor informativo, sendo que

[...] a dramatização tende a preponderar sobre a informação propriamente dita. A imprensa se apropria da espera de Chessman para poder fazer um suspense com a morte; o homem que vive os dias de sua morte é seguido de hora em hora pelo voyeurismo coletivo; uma montagem paralela faz alternar a corrida da morte (o mecanismo implacável do sistema judiciário) e a corrida

<sup>236</sup> ECO, Humberto. *Apocalípticos e integrados*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1993. p. 15-16.

<sup>237</sup> MORIN, Edgar. *Cultura de massa no século XX: neurose*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 98-99.

contra a morte (recursos dos advogados, petições, intervenções da opinião internacional). O *human touch*, o *human interest* tendem a transformar em vedete os personagens mais comoventes, como o casal morto na véspera de seu casamento pela catástrofe de Fréjus.

Ademais, em razão da dimensão adquirida pelos programas espetacularizados no contexto social, a inserção de tais programas nas grades das emissoras de televisão, por exemplo, tornou-se item obrigatório. Na acirrada disputa pelos espaços da audiência, o espetáculo não pode ficar de fora. De acordo com Pinto<sup>238</sup>

As luzes da TV recebem o nome que era dado às luzes do teatro: as luzes da TV são mágicas. Têm o poder de parar o trânsito, de modificar emoções arrancando lágrimas, quando não era para tanto, e seduzindo aquele que era para ser apenas um figurante. O direito aos 15 minutos de fama (ou segundos, para a televisão) a que o artista plástico norte-americano Andy Warhol se referia são buscados com fúria pelos anônimos.

Para Young<sup>239</sup> a chave para o interesse e a qualidade de uma notícia é o atípico, ou seja, aquilo que surpreende, que está em contraste com a presumida “normalidade” cotidiana. A constante busca por maiores índices de audiência, representativos da valorização dos espaços comerciais - gerando mais recursos financeiros por meio de anunciantes/patrocinadores - impulsiona a busca desenfreada pela prioridade da notícia, mas nem sempre se observando os preceitos éticos.

A maneira conforme a mídia aborda temas como o da criminalidade, de modo majoritário, pode ser sintetizada na frase que se viu em recente entrevista concedida a um jornal de grande circulação na Região Sul do País. Na ocasião, experiente e percuciente, o jornalista/repórter Ernesto Paglia, perguntado sobre o seu jeito de ver o jornalismo, sentenciou: *Infelizmente, somos pautados pela tragédia*<sup>240</sup>.

A afirmação de Paglia, de reveladora espontaneidade, leva-nos a concordar com Rocha<sup>241</sup>, ao apontar a complexidade da descrição da dinâmica social na qual se dá a interação entre os campos jurídico-jornalísticos, sendo que sua apreensão é facilmente levada à argumentação de senso comum e, mais gravemente ainda, para o senso comum conduzido pelas

<sup>238</sup> PINTO, Ivonete. *A dramatização no telejornalismo: caras e bocas fazendo a notícia*. 1998. f. 64. Dissertação (Mestrado) -- Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 1998.

<sup>239</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 189.

<sup>240</sup> PAGLIA, Ernesto. Entrevista. *Zero Hora*, Porto Alegre, p. 6-7, 02 out. 2010.

<sup>241</sup> ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 43. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

categorias midiáticas de pensamento e classificação (a visão de mundo midiática). E aqui está o grande risco se a mídia inobservar os preceitos éticos - sobretudo no âmbito penal: na medida em que a conservação dos agentes políticos em suas posições (reeleição) depende da legitimação externa (a aprovação do público eleitor), o que acontece em grande medida é o fato de ser a decisão (manutenção dos agentes políticos) influenciada pelo campo jornalístico.

Para Ost<sup>242</sup>, a pressão da mídia prova-se determinante, intimando os políticos a agir imediatamente, com o risco, certamente, de privilegiar o efeito de anúncio em detrimento da ação com profundidade. O político age e incide “[...] principalmente na urgência da emoção da mídia para as grandes causas humanitárias que ocupam a boca de cena. Mas, ainda aqui, o comprometimento é mínimo [...]”, pois o engajamento ocorre somente por um tempo, se possível, num modo lúdico e principalmente sem filiação considerada alienante.

Demonstração clara desta influência é revelada, no Brasil, pela edição da denominada Lei dos Crimes Hediondos. Com previsão originária na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLIII), a publicação da Lei nº 8.072, em julho de 1990, com célere tramitação – para os padrões do Congresso Nacional brasileiro - teve vinculação direta com a prática de crimes em que as vítimas eram pessoas influentes<sup>243</sup>.

A influência dos meios de comunicação, para a aprovação da legislação supramencionada pode ser constatada, com razoável simplicidade, a partir da leitura do depoimento do Deputado Federal Plínio de Arruda Sampaio, do Partido dos Trabalhadores – PT:

Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. [...] Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo (sic) sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação<sup>244</sup>.

A influência da opinião pública provoca também, segundo Ripollés<sup>245</sup>, a “[...] aceleración del tempo legiferante y la irrelevância, cuando no eliminación, del debate parlamentario e, incluso, del gubernamental”.

E aqui se encontra a gravidade do populismo, pois, para o mestre espanhol

<sup>242</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005. p. 333-334.

<sup>243</sup> Extorsão Mediante Seqüestro em que foram vítimas o empresário Abílio Diniz (dezembro de 1989) e o publicitário Roberto Medina (junho de 1990).

<sup>244</sup> INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE - ILANUD. *A lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal*: relatório final de pesquisa. São Paulo: ILANUD/Nações Unidas, jul. 2005. p. 5.

<sup>245</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 80.

Lo que a sobrevenido es um debate uniforme y sin matices, em el que se descalifica cualquier postura que conlleve uma cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer, ante y más que el otro, las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen.

Callegari<sup>246</sup> e Wermuth sintetizam as principais características do populismo punitivo nas seguintes assunções: a) que as penas mais altas podem reduzir o delito; b) que as penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade, e; c) que há ganhos eleitorais que são produto deste uso.

Importante lembrar que em 1990, ano da aprovação da legislação em comento, houve eleições para Presidência da República e para o Congresso Nacional (Deputados Federais e Senadores). Passados quatro anos, adveio a Lei nº 8.930, de setembro de 1994 – novamente ano eleitoral - trazendo alterações para o fim de considerar hediondos os crimes de homicídio praticados em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado. A introdução do crime de homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos teve por base um projeto de lei de iniciativa popular liderado pela novelista Glória Perez, em razão da morte – ampla e insistentemente divulgada pelos meios de comunicação – de sua filha, ocorrida em 1992. Não se desconsidera - e muito menos se menospreza - o drama familiar vivido pela mãe da vítima, mas milhares de pessoas são mortas todos os anos no Brasil, e nem por isso há mobilização das autoridades públicas para a busca de medidas concretas para a minimização dos altos índices.

Em 1998, nova alteração na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 9.695, incluindo como crime hediondo a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais). Além das eleições, ampla e massiva divulgação da imprensa sobre a “pílula de farinha”<sup>247</sup>. Como se vê, a política criminal – na verdade inexistente - é suplantada pela eleitoral, a partir e com o fomento do tema da criminalidade pela mídia, muitas vezes a partir do impulso da busca de maiores índices de audiência. Além disso, reitera-se que os integrantes dos meios de comunicação não possuem preparo para entender e responder às questões relativas ao tema, (pre)ocupando-se em criar ondas artificiais de criminalidade.

Inegável, como já se disse, a forte influência dos meios de comunicação sobre os rumos do sistema legislativo. O campo político é diretamente submetido à pressão midiática, sendo que as pressões são inclusive consideradas “legítimas”, na medida em que

<sup>246</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezorzi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

<sup>247</sup> O Laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda disponibilizou para venda lotes do anticoncepcional Microvlar sem princípio ativo.

representariam, segundo a crença dividida pelos políticos, uma suposta “opinião pública”, que definiria a lógica eleitoral. Esta negativa – e profunda – ingerência – dos meios de comunicação, inclusive na aplicação da justiça, é cirurgicamente criticada por Garapón<sup>248</sup>, quando o magistrado francês afirma:

Los medios descalifican las mediaciones institucionales de dos maneras en apariencia opuestas: con una desconfianza sistemática o, por el contrario, manteniendo con ellas una peligrosa proximidad. Estos dos mecanismos proceden en realidad de una misma disfunción. Se trate de la sospecha o de la fusión, lo que se plantea en cada caso es una perturbación de la distancia.

Assim, faz-se necessário o agir ético dos meios de comunicação, sob pena de se permitir uma profusão de legislações voltadas para a expansão penal e o populismo punitivo, de acordo com a pauta noticiosa. Mostra-se necessária a relegitimação - em bases axiológicas - do Direito Penal, considerada a partir da positivação constitucional de valores morais orientados à dignidade da pessoa humana e ao bem-comum, atravessados ambos pelo ideal da igualdade.

O discurso político não pode permear todos os temas relacionados ao controle do crime, sobretudo em face de que as decisões, infelizmente, são tomadas, na maioria das vezes, sob as luzes dos holofotes e das disputas políticas. De outra parte, por vivermos em uma sociedade acuada pelo medo, como já dito, Callegari afirma<sup>249</sup>:

O discurso do medo é destinado a produzir obediência, ou em outros casos, a estabelecer uma cortina de fumaça ante erros ou desacertos dos poderes públicos em outros âmbitos de sua gestão, quando nem a liberdade nem a segurança, como a paz autêntica, são passíveis desde o medo. O medo, afastado de sua atividade primária, não gera senão ânsia de segurança.

A elaboração de novas leis penais deve estar baseada em absoluta necessidade e em demandas reais, e não em produções artificiais. É por isso que a verdade, no âmbito do Direito, assume uma feição prática, correspondendo às soluções que melhor realizem os ideais juridicizados de vida boa e de justiça.

A edição de leis, sobretudo em relação a temas delicados como os do âmbito penal, não pode ser pautada por abordagens sensacionalistas de veículos de comunicação. A cobertura jornalística de crimes deve ser realizada com ética e profissionalismo, tendo em vista a repercussão social dessa atividade. Mostra-se inegável que o (re)encontro do caminho

<sup>248</sup> GARAPÓN, Antoine. *Juez y democracia*. Espanha: Flor del Viento, 1997. p. 81.

<sup>249</sup> CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 240.

ético, no tema em análise, depende da inversão entre liberdade e necessidade que domina a teoria e a prática da ética e da política contemporâneas.

### 3.3 Os novos modelos de intervenção penal e a proteção de bens jurídicos

Em linha de princípio, cumpre registrar que a Carta Política do Brasil de 1988 instituiu valores e princípios, qualificados como fundamentais, dando sustentação à constituição de um Estado Democrático e Social de Direito e objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, centrada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e na prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Mostra-se, igualmente, insofismável que o Estado brasileiro admita o intervencionismo como forma de realização da justiça social, em especial, por: a) ter os valores sociais do trabalho entre seus fundamentos (art. 1º, IV); b) reconhecer os direitos sociais, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, ao lado dos direitos individuais e coletivos; c) apregoar que a ordem econômica objetiva assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social; d) estabelecer entre os seus princípios a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII); e, e) elencar o bem-estar e a justiça sociais como objetivo da ordem social (art. 193).

Resta claro, desta forma, que o Estado Social, inerente e integrante do Estado Democrático de Direito, está voltado para a garantia da subsistência e para a consecução de uma existência digna para cada cidadão, por meio de prestações e redistribuição de riquezas. A promoção do bem-estar de todos e a preservação da dignidade da pessoa humana, com a consequente redução das desigualdades sociais e regionais, será proporcionada pela erradicação da pobreza e da marginalização, denotando um maior e adequado nível de justiça social (arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal).

Segundo Carvalho<sup>250</sup>, os direitos sociais – integrantes dos direitos fundamentais – revelam-se como prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais possibilitadoras de melhores condições de vida aos mais débeis. Em decorrência disso, relacionam-se com o direito à igualdade, tornando-se, dessa forma, pressupostos para o gozo dos direitos materiais, porquanto propiciam as condições materiais necessárias ao auferimento da igualdade real, sem a qual inexistente liberdade efetiva.

---

<sup>250</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 72.

Nossa Constituição, é consabido, não se limita à função de garantia do Estado de Direito, sendo que o preâmbulo do texto constitucional já revela o compromisso com a promoção de novas condições de vida social e de remoção de obstáculos para um desenvolvimento pleno das personalidades dos indivíduos e grupos sociais.

A partir do momento em que a Carta Política assume em seu conteúdo os princípios máximos da justiça, a proteção penal dos bens jurídicos dependerá, necessariamente, do cotejamento com os princípios constitucionais. Desta maneira, a ofensa aos citados bens, não terá relevância penal se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados.

Despiciendo referir que todo preceito penal deve encerrar um bem jurídico, funcionalmente concebido. Na linha dos ensinamentos de Carvalho<sup>251</sup>, não se trata de um bem do indivíduo, mas, isso sim, de um bem, ao mesmo tempo, individual e social. Será na ordem constitucional que encontraremos a extensão e o conteúdo do bem jurídico, como realidade unitária, devendo o Direito Penal proteger os bens jurídicos fundamentais. Para a Constituição, mostra-se fundamental o desenvolvimento da justiça social, sendo que a proteção exacerbada de bens jurídicos individuais, em detrimento do bem jurídico - justiça social, direito social - foge à nova ordem constitucional.

Os interesses existentes na sociedade – entes concretos – relacionam-se com os bens materiais ou morais que constituem o conjunto da vida social. Concretizados os interesses em bens, passam eles à proteção normativa, na forma de um conjunto de valores, historicamente configurados e correspondendo a uma determinada formação social.

De acordo com Carvalho<sup>252</sup>, “[...] o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se”.

Na medida em que a Constituição expressa os princípios fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico, nela também está inserida a concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente. O conteúdo da Constituição, expressão concentrada do direito existente em uma determinada ordem social, deve ser levado em conta pelas demais normas do sistema jurídico. Diante dessas considerações, não resta a menor dúvida de que o intérprete deverá estar sintonizado com os princípios fundamentais pertinentes à conformação política e jurídica da sociedade contemplada pelo texto constitucional.

---

<sup>251</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 100.

<sup>252</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 34.

De acordo com Dias<sup>253</sup>, “[...] o Direito, e em particular o direito penal, é realização da liberdade. As suas exigências são, é certo, limitadas, referidas como estão à proteção de específicos bens jurídicos”.

Não se pode olvidar que a Constituição representa o ideal de direito de um determinado momento histórico, não estando alheia, pois, aos interesses da estrutura social, nem sobrevivendo fora deles. Há, em verdade, uma relação entre a norma jurídica e o interesse em que ela se alicerça. Assim, toda perquirição do bem jurídico tem, evidentemente, de levar em consideração a investigação da relação social concreta.

De qualquer modo, não é necessário muito esforço para se chegar à conclusão de que a hierarquia dos bens jurídicos, prevalecente no Direito Penal brasileiro vigente, não se coaduna com a hierarquia dos valores constitucionais do instituído Estado Democrático e Social de Direito. O conteúdo do Direito Penal, em especial aquele contido nas normas de incriminação e que tutelam os bens jurídicos, deverá ser revisitado à vista da matriz constitucional. Apenas a infiltração dos valores preconizados pelo texto Constitucional permitirá a adequada mensuração daqueles bens jurídicos que efetivamente necessitam da proteção penal.

Os bens jurídicos tuteláveis devem ter como parâmetro a ordem dos valores constitucionais, fazendo-se necessária a formulação rigorosa de um elenco de bens jurídicos compatibilizados com a Carta Política. A superioridade normativa do Direito Constitucional, desta maneira, delimita aqueles bens jurídicos que merecem tutela da legislação penal.

Além disso, não é demasiado lembrar que na origem e no cerne de toda a fundamentação do Direito Penal, na linha dos preciosos ensinamentos de Albrecht<sup>254</sup>, estão a liberdade, a dignidade da pessoa humana e os direitos universais do homem. Neste sentido, jamais podemos nos afastar da necessária compreensão de que o Direito Penal não é um remédio universal dos interesses de segurança estatais, mas instituto que protege os cidadãos do Direito contra intervenções estatais, na área nuclear da liberdade e da dignidade da pessoa humana – no Estado e além deste.

Apenas a partir dessa compreensão, alerta o preclaro Professor da Universidade de Frankfurt em Main,<sup>255</sup> é que o Direito Penal poderá cumprir, de modo legítimo, “[...] sua tarefa central de indicar as lesões do Direito merecedoras de pena, como injusto nuclear, e de sancioná-las em conformidade com a Justiça”.

---

<sup>253</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 260.

<sup>254</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 167.

<sup>255</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 167.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático e Social de Direito, segundo Carvalho<sup>256</sup>, “[...] é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal”.

É claro que a proteção de bens jurídicos, no dizer de Hassemer<sup>257</sup>:

[...] se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originalmente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó.

Há, sem qualquer dúvida, uma significativa transformação dos modelos jurídico-penais. Parasa melhor compreensão dessa transformação, faz-se necessária uma breve incursão a respeito dos principais modelos existentes. Para tanto, vamos nos valer dos preciosos ensinamentos de Díez Ripollés.

O mestre espanhol, ao analisar o Modelo Penal Garantista – caracterizado por desenvolver uma estrutura de intervenção penal autolimitada – enumera os seguintes princípios que consubstanciam o também denominado Direito Penal Mínimo: a) a atribuição de uma eficácia limitada a seus genuínos instrumentos de intervenção, à norma e à sanção penais; b) a deliberada redução de seu âmbito de atuação à tutela dos pressupostos mais essenciais para a convivência – o direito penal somente deve atuar diante das infrações mais graves aos bens mais importantes; c) a profunda desconfiança de um exercício equilibrado do poder sancionatório por parte dos poderes públicos; d) a existência de limites transcendentais ao emprego de sanções penais – determinadas sanções são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

A insuficiência do Modelo Penal Garantista, argumenta Díez Ripollés<sup>258</sup>, decorre do fato de que o mesmo “[...] *ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales [...]*”, além de carecer de “[...] *una suficiente estructuración conceptual y principal*”.

<sup>256</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 45.

<sup>257</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. p. 47.

<sup>258</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 64-65.

O Modelo Penal Ressocializador – implantado de modo mais significativo em alguns países anglo-saxões - em especial Estados Unidos e Reino Unido - e escandinavos, ao longo dos anos sessenta e setenta do século XX – tem como pressuposto a ideologia do tratamento, consubstanciada na legitimação e capacidade do Direito Penal para ressocializar o delinquente. De acordo com Díez Ripollés<sup>259</sup>, “[...] *todo el instrumental penal debía reconducirse a esa finalidad*”.

Apesar de já ser adotado<sup>260</sup> por espanhóis, italianos, franceses e alemães, a novidade consistiu no fato de que os países anglo-saxões e escandinavos adotaram uma série de decisões significativas voltadas para a configuração de um modelo de intervenção penal focado na ressocialização. Dentre essas decisões, Díez Ripollés<sup>261</sup> destaca: a) a pauta de atuação estava voltada para a busca da reintegração (outros efeitos objetivados tradicionalmente pela pena ficaram em segundo plano ou sofreram descrédito – prevenção geral e específica, por exemplo); b) no momento de se determinar a responsabilidade, a obtenção do objetivo ressocializador exigia que se deixassem de lado algumas cautelas próprias do Direito Penal clássico, prestando-se especial atenção a suas condições pessoais e sociais no momento do delito, em detrimento do fato; c) a pena de prisão é objeto de uma valoração ambivalente, na medida em que proporciona um marco espacial e regimental que facilita as aproximações reeducadoras mas, ao mesmo tempo, não consegue evitar as consequências negativas inerentes a todo internamento – esta circunstância conduz à adoção de penas alternativas à prisão; d) a abordagem da delinquência se consolida como uma tarefa de especialistas (polícia, jurisdição e, sobretudo, profissionais das ciências do comportamento) na busca das vias mais eficazes para a obtenção da ressocialização.

Díez Ripollés<sup>262</sup> descreve com singular poder de síntese aquelas que são consideradas as principais razões que determinaram o “colapso” do modelo ressocializador nos países que mais haviam se envolvido com o instituto: a) dissemina-se a ideia a respeito dos escassos frutos colhidos com as técnicas de tratamento; b) consolida-se a impressão de que a ênfase na ressocialização constituía-se, objetivamente, em cortina de fumaça que encobria as responsabilidades da sociedade em seu conjunto – criminologia

<sup>259</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 65.

<sup>260</sup> De acordo com DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 65, este modelo tinha uma larga tradição, “[...] *desde los correlacionistas españoles o positivistas italianos de la segunda mitad del XIX, pasando por las llamadas ‘escuelas intermedias’ italiana y alemana de los años veinte y treinta y las teorías de la defensa social que florecieron en Italia y Francia en los años cuarenta y cincuenta, todas del último siglo*”.

<sup>261</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 66-67.

<sup>262</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 67-68.

crítica; c) reavivam-se os argumentos próprios do modelo garantista que questionam a legitimidade de levar adiante ingerências consideradas intensas sobre os direitos e a personalidade do indivíduo delinquente; d) outros efeitos da pena recuperam seu prestígio, em especial, a intimidação do conjunto da sociedade e do próprio delinquente.

Com suporte na obra de Garland<sup>263</sup> - para quem as modificações dos modelos de intervenção penal em uso se limitam a refletir uma mudança mais profunda das crenças e forma de vida da sociedade moderna – Díez Ripollés<sup>264</sup> expõe as ideias motoras do que considera um novo Modelo de Intervenção Penal de Segurança Cidadã. Segundo ele, estamos diante da retomada do (1) protagonismo da delinquência clássica<sup>265</sup>, decorrente do “pessimismo” na persecução dos delitos perpetrados por setores socialmente privilegiados. Uma das causas desse pessimismo consiste no fato de que os poderosos – por meio de assessoramento técnico somente acessível a pessoas com considerável nível econômico ou respaldo político – conseguem explorar ao máximo as garantias de direito penal e processual penal, conseguindo evitar, em grande medida, a persecução penal, a condenação ou mesmo o cumprimento das sanções. Outra causa significativa está centrada no fato de que o fenômeno da judicialização da política termina deixando em segundo plano a verificação da realidade e a valoração da gravidade das condutas submetidas à apreciação. Causa adicional ao pessimismo pode ser extraída da atitude contemporizadora - ou mesmo resignada – da doutrina penal diante dos obstáculos impostos à persecução penal dos criminosos de *white collar*. O que começou com uma preocupação – em face das dificuldades conceituais encontradas no momento da subsunção das novas formas de delinquência próprias dos poderosos diante dos modelos de descrição legal e de persecução do direito penal tradicional – acabou dando lugar a propostas que “[...] *conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad*”, tendo como “[...] *primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes afflictivos*”<sup>266</sup>.

A (2) prevalência do sentimento coletivo de insegurança cidadã é outro componente do novo modelo penal de segurança cidadã. É consabido que o medo ou a preocupação com o delito estão entre os assuntos mais relevantes da agenda social, de

<sup>263</sup> GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

<sup>264</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 69-100.

<sup>265</sup> Aquela que gira em torno dos delitos contra interesses individuais, em especial a vida, a integridade, a liberdade e o patrimônio.

<sup>266</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 71-72.

modo que há um bom número de programas de intervenção penal desenhados tanto para reduzir efetivamente o delito quanto para diminuir as generalizadas inquietudes sociais sobre a delinquência. A preocupação geral com a delinquência decorre da sensação da sociedade de que as coisas estão cada vez piores em tema de prevenção da delinquência, sensação essa que se projeta na escassa confiança na capacidade dos poderes públicos em enfrentar o problema.

Outra ideia motora do novo modelo penal de segurança cidadã parte da (3) substantividade dos interesses das vítimas, na medida em que aqueles (os interesses) passaram a guiar o debate político-criminal, não estando mais apenas subsumidos nos interesses públicos. Interessante notar, com Díez Ripollés<sup>267</sup>, que há uma inversão de papéis: “[...] *es ahora la víctima la que subsume, dentro de sus propios intereses, los intereses de la sociedad*”.

O (4) populismo e a politização também surgem como ideias que compõem o novo modelo penal de segurança cidadã. A opinião pública - formada por meios populares de comunicação social - e as vítimas exigem que suas demandas sejam atendidas sem intermediários, com a conseqüente aceleração do tempo legiferante e a irrelevância - quando não eliminação - do debate parlamentar e governamental. Como características desses processos exsurtem o descrédito nos especialistas e a desqualificação de qualquer postura que conduza a certa complexidade argumentativa, sendo que as mais artificiais demandas populares têm submetido os partidos políticos a uma imprudente trajetória em demonstrar firmeza ante a criminalidade.

Também faz parte da estrutura do novo modelo penal (5) a revalorização do componente aflitivo da pena, na medida em que a ressocialização<sup>268</sup> passou a ter reduzido apoio social para poder se constituir em um objetivo da execução penal. Há, de certa maneira, uma prevalência dos sentimentos de vingança, em face do populismo e do atendimento dos interesses das vítimas.

Outro componente do novo modelo é o (6) redescobrimento da pena de prisão, em função da capacidade de seus efeitos intimidatórios, retributivos e inocuidadores. Importante notar que o desenvolvimento de meios alternativos à pena de prisão esbarra na ausência de meios materiais e pessoais para a aplicação dessas medidas. De acordo com

---

<sup>267</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 77-78.

<sup>268</sup> Sobre as justificativas para se manter a ressocialização como um dos objetivos da pena ver o item (3) desta dissertação: O ocaso do modelo prisional: a ruptura com o ideal ressocializador.

Díez Ripollés<sup>269</sup>, “[...] *las razones por las que un legislador, genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal, pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender*”, em especial quando se descuida da “[...] *dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario*”<sup>270</sup>.

A (7) ausência de receio ante o poder sancionatório estatal constitui-se em outro importante componente do novo modelo penal. No marco de sociedades democráticas, com um amplo elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas e efetivamente exercidas, generaliza-se a ideia de renúncia às cautelas existentes para prevenir os abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais, em busca de maior efetividade na persecução do delito. Permitem-se, com isso, reformas até então impensáveis – por exemplo, como a generalização da vigilância de espaços públicos e a simplificação de procedimentos para a adoção de medidas cautelares – e modos de operar em que o devido respeito aos direitos e liberdades individuais fica em segundo plano – a polícia é facilmente desculpada quando suas atuações apressadas incidem sobre objetivos equivocados, e os juízes devem ser capazes de superar os obstáculos de direito material e processual que lhes são impostos a fim de assegurar uma justiça que atenda às demandas populares, sempre urgentes.

O (8) envolvimento da sociedade na luta contra a delinquência compõe, também, o novo modelo penal, principalmente por meio da colaboração com a polícia e do desempenho de funções próprias de órgãos formais de controle social – segurança privada e controle de estabelecimentos penitenciários, por exemplo. Importante registrar que o que antes significava antecipar-se aos órgãos formais de controle – polícia e justiça – mediante o reforço dos vínculos sociais dos delinquentes, atualmente caracteriza-se em como melhorar a colaboração com a polícia na prevenção dos delitos e na identificação e detenção dos infratores.

Por fim, o último elemento a compor o novo modelo penal, de acordo com os ensinamentos de Díez Ripollés, é a (9) transformação do pensamento criminológico. A evolução da abordagem da delinquência e suas causas perpassam por entendimentos como a marginalidade e privação sociais<sup>271</sup>; o etiquetamento<sup>272</sup> - em face de suas tendenciosas e pouco fundamentadas decisões de intervenção que acabavam por decretar quem eram os delinquentes e onde a

<sup>269</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 87.

<sup>270</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 88.

<sup>271</sup> A defeituosa socialização e a escassez de oportunidades, dentre outros fatores, explicavam a criminalidade.

<sup>272</sup> De acordo com a teoria do etiquetamento, os mais amplos enfoques da criminologia crítica, as instituições sociais que tinham por tarefa a integração e o controle social passaram a ser consideradas como fatores diretamente configuradores e geradores da delinquência.

delinquência se encontrava; a ausência de suficiente controle social; a criminologia atuarial<sup>273</sup> - a solução para a criminalidade deve estar centrada nos efeitos reafirmadores da vigência das normas e intimidatórios, bem como no desenvolvimento de políticas de prevenção situacional, focada no delinquente e no delito e que se centram em reduzir as oportunidades; a criminologia feminista<sup>274</sup>, por exemplo, observou a necessidade de se desmontar a sociedade patriarcal.

Indisputável a afirmação do mestre Díez Ripollés<sup>275</sup> quando destaca que

El derecho penal moderno se há ido construyendo, desde hace algo más de dos siglos, dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos.

Neste contexto, sem desconsiderar a importância de qualquer outra afirmação, não se pode perder de vista que numa sociedade autenticamente democrática a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica. A pessoa, assim, resta elevada acima de qualquer outra realidade ou exigência, tornando-se o valor absoluto e determinado de toda a decisão, de modo que não seja degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar.

Diante dessas premissas, Lopes<sup>276</sup> afirma que o crime não pode ser um acontecimento puramente interno do mundo psíquico do agente. Exige-se, de acordo com o jurista:

A indicação do bem jurídico que o crime desrespeita e para completar garantia da esfera de liberdade individual importa que a lesão do bem jurídico seja uma lesão típica, no sentido de que nem toda ação lesiva de um interesse alheio é crime, mas só a que como tal, é descrita pela lei; quanto à pena, deve assentar-se num conceito retributivo, individualizado e humanizado.

Dessa forma, para Palazzo<sup>277</sup>, constituindo a ação delituosa, ao menos em regra, “[...] o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado”, a sanção social – criminal - como reação estatal, representa a sua pronta e forte intervenção no domínio da individualidade do infrator.

<sup>273</sup> Que se abstém de ressaltar o pretendido tratamento desigual da sociedade ou de suas instituições àqueles que transgredirem as normas de conduta. Os delinquentes são pessoas normais que se aproveitam das oportunidades.

<sup>274</sup> Impulsionou o *bienestarismo autoritario*.

<sup>275</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 90.

<sup>276</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 1997. p. 157.

<sup>277</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 16-17.

Neste ponto, ganha relevância o princípio da lesividade do delito, na medida em que o fato não pode constituir-se em ilícito se não for ofensivo (propriamente lesivo ou simplesmente perigoso) ao bem jurídico tutelado, manifesta exigência de delimitação do Direito Penal. Essa limitação, de acordo com Palazzo<sup>278</sup>, dá-se em dois níveis, a saber:

A nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

A noção de bem jurídico guarda estreita relação com as indicações estabelecidas pelo texto constitucional. A Carta Fundamental de um Estado constitui-se em instrumento capaz de ofertar um catálogo daqueles bens jurídicos que são merecedores de tutela, estabelecendo, inclusive, a hierarquização dos mesmos. Assim, segundo Palazzo<sup>279</sup>,

[...] quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente endividados como objetos da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento.

É inafastável que o Direito Penal deve voltar-se – sempre com a influência das diretrizes constitucionais – para uma tendência mais racional de sua intervenção, alcançando situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade.

Assim, as “[...] as específicas valorações da antissocialidade devem precisamente ser feitas à luz dos princípios constitucionais referentes à matéria, apresentando-se estes, primacialmente, quase como elementos de reconciliação entre o pré-jurídico mundo social e a ordem jurídica”.<sup>280</sup>

<sup>278</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 80.

<sup>279</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 84.

<sup>280</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 114.

Nesta mesma linha de raciocínio, Carvalho<sup>281</sup> sustenta que

Se a ameaça aos valores jurídicos constitucionais é que demonstra a necessidade de repressão penal, em detrimento, mesmo, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurados também pelo texto constitucional, a hierarquia dos bens jurídicos, protegidos penalmente, não poderá deixar de guardar íntima relação com a hierarquia dos valores jurídico-constitucionais [...] a sanção penal será precedente e legítima, quando absolutamente necessária para a salvação das bases fundamentais em que se assenta a sociedade justa e livre, que a Constituição visa a construir.

O bem jurídico tutelado, portanto eleito como decisão política, é o componente teleológico que nos aponta o fim da norma penal.

Para tanto, Cunha<sup>282</sup> reconhece que a “[...] nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Tal parece-nos reflectir-se, desde logo, na consideração de bens jurídicos de índole social”. Segundo a autora, na linha do pensamento jurídico-penal hodierno, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao princípio do Estado de Direito Material, de consagração constitucional, o Direito Penal é visto como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade.

É consabido que as sociedades modernas caracterizam-se pelo pluralismo<sup>283</sup> – religioso, cultural, político, entre outros. Tal circunstância, muitas vezes traz consigo o problema da justificação e dos limites do comportamento divergente, culminando com o flagrante tensionamento entre a Constituição - que delineia o primado da liberdade e fixa os limites da inovação normativa do Poder Legislativo – e o princípio democrático que torna vinculantes as deliberações dos representantes do povo. A partir de então, até mesmo o legislador encontra-se limitado em sua atividade pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A vinculação do legislador ao texto Constitucional vem a lume na clara dicção de Vieira de Andrade<sup>284</sup>, quando assevera:

O poder legislativo deixou de corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma

<sup>281</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 24.

<sup>282</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 408.

<sup>283</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 7-21.

<sup>284</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 212-213.

Constituição distante da realidade e juridicamente débil. É um poder constituído, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e acatar proibições, a perseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objectivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.

Não podem restar dúvidas, em um Estado Democrático e Social de Direito, que é na Constituição e em sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela<sup>285</sup>.

Assim sendo, de acordo com Palma<sup>286</sup>, é “[...] a Constituição quem define as obrigações do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade figura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”.

O Direito Penal, ao tutelar os bens jurídicos, assinala limites da legitimidade de sua intervenção, emprestando-lhe dignidade constitucional. O bem jurídico deverá funcionar como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal. O princípio da danosidade social atua como critério para se aferir a lesão dos bens jurídicos e, portanto, da caracterização da ilicitude material.

Para Carvalho<sup>287</sup>, há

[...] bens jurídicos de contornos bem definidos, como a vida, a integridade física, a propriedade, o património, mas há outros como a ordem econômica e financeira, a fé pública, etc., de contornos bem menos visíveis. Na Constituição, encontram-se decisões valorativas, que devem reger a eleição, como tuteláveis, de todos os bens jurídicos, aqueles e estes. É a Constituição quem fornece, aos bens jurídicos, as indispensáveis materialidade e concreção.

O Direito Penal, cumpre registrar, deve dispensar protecção somente àqueles valores eticamente fundamentáveis que, de modo essencial, se prendam com a vida comunitária do homem e com a livre expansão de sua personalidade. Não se pode mais admitir incriminações sem fundamento ético.

A eleição de bens jurídicos dignos de protecção pela lei penal deve guardar relação com os bens jurídicos existentes na Constituição, haja vista ser dela deduzível o conceito de direito, a ideia de justiça que deverá informar todo o ordenamento jurídico, conformando toda a legislação infraconstitucional. Assim, os bens jurídicos a serem tutelados, em *ultima ratio*,

<sup>285</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 142-147.

<sup>286</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.p. 106-107.

<sup>287</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 102.

pelo Direito Penal têm de estar imbuídos dos valores cristalizados na ordem político-constitucional.

A partir desta definição, partindo-se do fato de que a ordem constitucional vigente estabeleceu um modelo econômico capaz de concretizar direitos sociais, possibilitando a implementação da justiça social, parece minimamente razoável que a criminalidade contra ordem econômico-financeira, por solapar a concretização daqueles direitos sociais e a própria concretização da justiça social, merece tratamento atento. É, portanto, o que se procurará demonstrar na terceira parte deste escólio.

## **4 EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL IGUALITÁRIA: O ETERNO CONFLITO ENTRE A EFICIÊNCIA E O SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS NA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS**

O Estado e o Direito modernos, na era da globalização, encontram-se diante do real e concreto desafio imposto pelos complexos meandros da criminalidade organizada. Em face da intervenção necessária diante do fenômeno da criminalidade, a análise crítica e a oferta de respostas idôneas e adequadas contribuem para a busca de uma política criminal igualitária que permita superar o dilema do conflito entre a eficiência e o sistema de direitos e garantias na persecução penal dos delitos econômicos.

### **4.1 O Direito Penal Econômico: considerações críticas e proibição da proteção insuficiente**

A ofensa à ordem econômico-financeira instituída no texto Constitucional, em seus artigos 170 e 192, para serviço da justiça social e dos interesses da coletividade, é causa de desajuste social.

Neste ponto, importante observar a afirmação de Friedman,<sup>288</sup> ao nos relatar as grandes mudanças que estão acontecendo no mundo contemporâneo, à medida que os avanços das tecnologias e da comunicação conectam pessoas e transferem valores incalculáveis com um simples apertar de uma tecla.

Essas transformações da ordem econômica, com suas repercussões nas relações sociais, têm proporcionado a aparição de novas condutas de enriquecimento indevido, baseadas em desvios de conduta que se aproveitam das amplas possibilidades que oferece uma economia fundamentada na intensidade e volatilidade do crédito e na impressionante velocidade do tráfico comercial. A corrupção, a lavagem de dinheiro, o abuso do poder econômico, as fraudes perpetradas por meio de empresas, a concorrência desleal, a utilização de informações privilegiadas são apenas algumas amostras dessas condutas.

As relações comerciais internacionais, por exemplo, potencializadas pela liberdade de circulação de pessoas, capitais, bens e serviços, têm contribuído para o desenvolvimento de comportamentos que afrontam as normas de convívio social a todos impostas. Oferecer a este problema uma resposta idônea e adequada constitui um desafio para o Direito moderno.

---

<sup>288</sup> FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução: Cristina Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. 557 p.

Hodiernamente, a magnitude das questões econômicas implica o estabelecimento de novas relações entre o Direito e a Economia, campos até então complementares.

De acordo com os ensinamentos de Morais da Rosa<sup>289</sup>, o Direito

Foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente ‘pragmática’ de ‘custos e benefícios’ (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.

Importante registrar que a ordem econômica como objeto de proteção penal coincide com o entendimento de ordem econômica e social tutelada pela Constituição Federal, de onde se extrai a expressão “Constituição econômica”. A partir da Constituição de Weimar, de 1919, introduziu-se no âmbito constitucional uma série de disposições relativas à ordem econômica, decorrentes de ajustes políticos entre liberais e socialistas. Conforme salienta Baracho<sup>290</sup>, a relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico contempla pautas fundamentais em matéria econômica, “[...] chegando-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica”.

De acordo com Bajo e Bacigalupo<sup>291</sup>: “por Derecho econômico constitucional se entiende el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”.

Não se pode olvidar que o texto constitucional não nasce desvinculado de uma realidade, mas sim dentro de um determinado contexto social, político e econômico. Este marco jurídico, em âmbito constitucional, mostra-se fundamental na medida em que nada nos leva a crer na regulação espontânea do mercado por intermédio do equilíbrio natural das forças que nele operam.

No caso do Brasil, fundado no marco constitucional de 1988, é constante e permanente a tensão entre a intervenção pública e a economia de mercado. Apesar do texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a

---

<sup>289</sup> ROSA, Alexandre Morais da. The new road of serfdom: law and economics (tradução livre: Estrada Nova da Servidão: Direito e Economia). In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. 292 p.

<sup>290</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 19, 1997.

<sup>291</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento indicativo ao setor privado.

Fundada na valorização do trabalho humano<sup>292</sup> e na livre iniciativa, a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada e sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades – regionais e sociais – com a busca do pleno emprego, além do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e a autorização para o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Compulsando o texto Constitucional, vislumbramos que o tema da ordem econômica exsurge, de modo direto ou indireto, em diversos dispositivos da Norma Fundamental: quando objetiva assegurar o desenvolvimento como valor supremo da sociedade, no Preâmbulo; ao estabelecer como princípios constitucionais fundamentais – refletindo a ideologia inspiradora do constituinte – a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); ao instituir, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos (art. 3º, II, III e IV); ao buscar a integração econômica em suas relações com os demais países da América Latina (art. 4º, parágrafo único); ao garantir a propriedade, exigindo-se que a mesma atenda a sua função social (art. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII); ao garantir a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); ao respaldar o autor das obras e autorizar a fiscalização do aproveitamento econômico das mesmas (art. 5º, XXVII e XXVIII, “b”); ao proteger o autor de inventos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX); ao instituir a promoção da defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, 24, VIII, 150, §5º, e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); ao garantir os direitos sociais aos trabalhadores (arts. 6º e 7º), na medida em que estes são sujeitos que participam da atividade econômica; ao atribuir à União o desenvolvimento de planos de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX); ao atribuir competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para legislar sobre direito econômico (art. 24, I); ao autorizar à União a articulação de ações regionais que visem ao desenvolvimento e à redução das desigualdades (art. 43 e parágrafos);

---

<sup>292</sup> Art. 170, *caput*, seus incisos e parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a ordem econômico-financeira (art. 109, VI); ao atribuir competência à União para instituir contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (arts. 149, *caput* e §2º, 159, III, e 177, §4º, e art. 75 do ADCT); ao vedar à União a instituição de tributo que não seja uniforme em todo o território nacional (art. 151, I); ao fomentar o turismo (art. 180); ao considerar o mercado interno como integrante do patrimônio nacional (art. 219).

É, todavia, no Título VII da Constituição Federal que o tema da ordem econômica ganha destaque e força, de acordo com o viés que está se buscando clarear neste texto, ao estabelecer que a lei reprima o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, além de permitir a responsabilidade da pessoa jurídica (art. 173, §§ 3º e 4º).

O tema objeto deste breve ensaio, o Direito Penal Econômico, é parte integrante do Direito Penal, que se aglutina em torno de um denominador comum, a atividade econômica. Segundo Bajo e Bacigalupo<sup>293</sup>, a definição do Direito Penal Econômico pode ser estabelecida como “*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden econômico*”, ou seja, o cerne da questão está vinculado ao objeto de tutela do Estado, a ordem econômica.

E a proteção do Direito Penal à ordem econômica se dá em sentido estrito – com o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como a regulação jurídica da intervenção estatal na Economia – e em sentido amplo – por meio das normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

É nesta segunda concepção – em sentido amplo – que se estabelecem os limites do Direito Penal Econômico, sobressaindo a ordem econômica como um bem jurídico de segunda ordem em face dos interesses patrimoniais individuais. De modo estrito, a ordem econômica como regulação jurídica normalmente não surge como bem jurídico; concentra-se como interesse do Estado suscetível de concretude em cada figura delitiva em particular. Relevante registrar que o Direito Penal Econômico deve ter como único norte a proteção dos interesses dos protagonistas do sistema econômico.

Em relação ao tema “delinquência econômica, questiona-se:” Mas qual é o sentido e o alcance da expressão “delinquência econômica”? Na literatura criminológica, sustentam Bajo

---

<sup>293</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

e Bacigualupo<sup>294</sup>, são utilizadas várias expressões para se referir a fenômenos similares, embora não idênticos. Neste sentido, apresentam-se as expressões *delincuencia económica*, *delincuencia de cuello blanco*, *delincuencia de caballeros*, e *delincuencia profesional*.

A *delincuencia de cuello blanco*, definida por Sutherland<sup>295</sup> como “la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional” é, reconhecidamente, a mais consagrada e com maior ressonância internacional e uso em diversos idiomas<sup>296</sup>. O mérito da tese cunhada por Sutherland, sem sombra de qualquer dúvida, está no fato de apresentar a “delincuencia como algo no privativo de una clase social, y demostrar la existencia de una delincuencia en las clases superiores y dirigentes de la sociedad”<sup>297</sup>.

Neste ponto, ganha relevo a sentença de Tiedmann<sup>298</sup>, ao afirmar que “la criminalidad económica es un problema político. Esta frase no está pensada para alegría de los progresistas ni irritación de los conservadores” (Tiedemann, «Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland»).

O mestre alemão, com clareza solar, já vislumbrava a tendência, ainda muito comum e defendida equivocadamente nos dias atuais, consistente em reduzir os processos econômicos e a sua proteção jurídico-penal a meros interesses patrimoniais de quem, de modo individual, tomou parte no delito econômico. Do mesmo modo, não se pode dar credibilidade à afirmação de que os tipos penais do Direito Penal Econômico dependam, em grande parte, da configuração do “sistema econômico”.

E aqui surgem questões centrais, de política econômica e criminal, argutamente lançadas por Tiedemann<sup>299</sup>:

¿debe um Estado proteger jurídico-penalmente la economía y a los actores económicos o debe, por el contrario, poner a los empresarios las menores

<sup>294</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

<sup>295</sup> De acordo com Bajo e Bacigualupo, “el 27 de diciembre de 1939 presenta Ed. H. SUTHERLAND su discurso presidencial ante la Sociedad americana de sociología que publicará bajo el título *White-Collar Criminality*, en *ASR*, 5 (1940), 1 a 12. De él se dijo que significó para la Criminología una conmovición similar a la causada con *l’Uomo delinquente de Lombroso en 1876*”.

<sup>296</sup> *White-Collar Criminality*, *Weisse-Kragen-Kriminalität*, *criminalité em col blanc*, *criminalita in colletti bianchi*, crime de colarinho branco.

<sup>297</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

<sup>298</sup> TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 31.

<sup>299</sup> TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

trabas posibles en aras de un presunto crecimiento económico?; ¿debe el legislador penal prever una regulación abierta en el Código Penal o debe relegar la regulación de los delitos económicos a la legislación penal especial y, en ese marco, dejarlos a la potestad sancionadora de la Administración económica?; [...]; finalmente: ¿debe el legislador conformar los tipos penales económicos de modo accesorio al Derecho económico o debe emprender una regulación jurídico-penal autónoma?

Não se pode desconsiderar que uma economia fundamentada na intensidade e volatilidade do crédito, assim como na impressionante velocidade do tráfico comercial, facilite, sobremaneira, o surgimento de novas condutas de enriquecimento indevido, capazes de produzir incalculáveis danos materiais e sociais. Impõe-se, assim, o enfrentamento dos questionamentos formulados por Tiedemann. Antes, porém, insta abordar a etiologia da delinquência econômica, fenômeno delitivo que constitui objeto de análise de amplos setores da criminologia e sociologia, em especial, nos países integrantes do Continente Europeu.

Após discorrer detalhadamente sobre (1) a personalidade do autor como explicação causal (Psicograma de Mergen: Materialismo; Egocentrismo e narcisismo; Dinamismo e audácia; Inteligência; Periculosidade; Hipocrisia; Neuroses e Consciência da culpabilidade), (2) as Teorias de orientação sociológica (Teoria da Associação Diferencial; Teoria da Anomia; Teoria de *Labeling-Approach*), (3) as Explicações marxistas, Bajo e Bacigalupo sustentam que essas explicações, sob a perspectiva da etiologia da delinquência econômica, pecam por uma “*visión parcial del objeto*”<sup>300</sup>.

Há, entretanto, consenso doutrinário quanto à presença como causa da delinquência econômica dos seguintes fatores pessoais: 1) pertencimento a altas camadas sociais; 2) inteligência e astúcia dos autores; 3) especial periculosidade, derivada da enorme lesividade social do delinquente econômico; 4) situação econômica privilegiada dos autores, cuja ausência somente possibilitaria a prática de pequenos ilícitos; 5) os autores não considerarem seus atos ações criminais, embora estejam cientes da ilegalidade dos mesmos.

No entender de Bajo e Bacigalupo, o fato de os delinquentes econômicos não considerarem criminosas as suas ações explica, de certo modo, a manutenção dos desvios de conduta, lastreados em diversas razões. Os autores de delitos econômicos entendem que sua alta posição social – não raras vezes alcançada exatamente por meio da prática reiterada da delinquência econômica – lhes outorga o direito de violar as leis, seja para perseguir um interesse da atividade econômica (aumentar as exportações, por exemplo) ou mesmo por considerá-la injusta ou irracional. De outra parte, há certa habitualidade na prática do ilícito

<sup>300</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

no grupo a que pertencem (fraudes fiscais, por exemplo). Por fim, os delinquentes econômicos constroem um estereótipo do criminoso – associado às classes inferiores – no qual não se enxergam. Este, aliás, é o entendimento da sociedade em geral, pois de acordo com Blasco,<sup>301</sup> ao traçamos o perfil do agressor, o indivíduo perigoso, nunca nos deparamos com o político, o banqueiro ou o empresário.

Indisputável a afirmação de que a criminalidade econômica tem como agente, via de regra, pessoas de considerável posição social e econômico-financeira. Assim, como esses crimes são próprios de indivíduos de elevada posição social, nos vemos diante de uma faceta significativamente mais perigosa em face da tendência reveladora de uma subcultura de elite, o que consiste na aprovação dos infratores bem sucedidos pelos demais integrantes daquele grupo social, ou seja, em verdadeira degeneração ética. O “sucesso” alcançado – meta objetivada – reforça, de certa maneira, o comportamento desviante. A “lei da imitação” se estabelece para nivelar as condutas dos demais indivíduos, “justificando”, assim também objetivamente, o desvio.

De outro norte, concorrem também para a etiologia os denominados fatores sociais; aqui há características próprias do sistema econômico capitalista que são decisivas para a explicação deste fenômeno delitivo. A passagem da economia de produção individual para o estágio que vivenciamos hodiernamente, do legítimo desejo de enriquecimento, do sistema de livre concorrência e os níveis alcançados pelo desenvolvimento econômico atual são algumas explicações. O êxito econômico pessoal, aliás, estabeleceu-se como um signo de diferenciação, submetendo os indivíduos à necessidade de dinheiro e consumo.

Esses são, nesta modesta contribuição, os fatores e as causas pessoais e sociais, explicativos fundamentais da delinquência econômica, mas que não se revelam, contudo, uma característica exclusiva do sistema capitalista. Questão interessante condiz com as dificuldades em se obter uma eficaz prevenção, na medida em que a delinquência econômica carece de um controle social e jurídico minimamente satisfatório, circunstância esta facilmente constatada na medida em que a cifra obscura deste tipo de desvio de conduta tem sido considerada superior àquela relativa ao aborto<sup>302</sup>.

Note-se que a benevolência com que a opinião pública julga esse tipo de comportamento explica, em certa medida, a escassa delação do mesmo. Há também outros

---

<sup>301</sup> ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 11-08, 2009. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/rec.pc>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

<sup>302</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

fatores como o medo da vítima diante da importância social do autor; a ignorância acerca da natureza delituosa do fato; ou mesmo o interesse comercial de manter prestígio ou imagem que podem ser afetados diante da exposição nos Tribunais.

As dificuldades que se impõem ao enfrentamento eficaz da criminalidade econômica decorrem, sobretudo, das características específicas do fato, da especial atitude que mantém a sociedade frente ao delinquente econômico e ao fato em si, bem como pelas dificuldades para a persecução realizada por meio do Sistema de Justiça Penal (Polícias Civil e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário). Como são delitos de difícil detecção, essa delinquência invisível não atrai a valoração coletiva reprobatória – apesar de vulnerar a ordem econômica do país (bem jurídico tutelado), rompendo o equilíbrio dos fatores que integram a estrutura econômica nacional.

Bajo e Bacigualupo<sup>303</sup> sustentam:

A apariencia de licitud del hecho, de su neutralidad a la afectividad del espectador, de la moral de frontera que rige en el mundo económico, de la ausencia de reprobación social y, en fin, de la selección que los mecanismos sociales (legislador, juez, policía) hacen de la delincuencia hasta el punto de marginar del proceso «persecución policial-proceso criminal-prisión» a la delincuencia económica.

Assim, também a criminalidade econômica está alastrada por todos os setores da sociedade, conjugando, de acordo Juarez Cirino dos Santos<sup>304</sup>, “[...] executivos, figuras do submundo, industriais, comerciantes, banqueiros, políticos, etc., com agentes ou intermediários em cargos públicos e empresas privadas, e, finalmente, devido ao sigilo bancário sobre origem e propriedade de fundos”.

Cabe ressaltar que uma das maiores notas características do delito econômico é a sua aparência externa de licitude, muitas vezes resultando difícil afirmar, por exemplo, se determinada operação mercantil é um ato normal próprio de um empresário audacioso ou uma fraude. Consequência imediata disso é certa neutralidade com que o fato se apresenta à sociedade em geral, vez que há uma certa *ausencia de negativa valoración*, ao contrário do que acontece com as figuras clássicas do homicídio, estupro, roubo ou até mesmo o furto,

---

<sup>303</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

<sup>304</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Violência institucional. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 44-45, jul./dez. 1979.

apenas para citar alguns. Para Bajo e Bacigualupo<sup>305</sup>, “*el reproche social va aumentando en la medida en que la lesión deja de afectar intereses públicos para lesionar intereses privados*”.

Outra consequência da aparência de licitude do fato decorre do que se convencionou chamar de *moral de frontera (Grenzmoral)*. De acordo com Bajo e Bacigualupo<sup>306</sup>, “*la elevada cifra negra, la facilidad para ocultar el hecho, su honorable apariencia, etc., debilitan el sentimiento de confianza en el Derecho al advertir que es la causalidad la que distingue entre lo justo y lo injusto*”.

A aparência de licitude traz consigo as dificuldades sobre o problema processual da prova. Nos delitos ditos tradicionais, a comissão do fato revela-se, regra geral, facilmente constatável. Na delinquência econômica, a produção probatória enfrenta significativas e consideráveis barreiras somente pela razão de os atos delituosos serem perpetrados por ações comerciais aparentemente lícitas.

Digna de registro é ainda a *negativa valoración* social sobre a delinquência econômica, consequência do apreço a valores materiais como o êxito econômico ou o lucro, a posição social do autor do fato e a (falsa e míope) consideração de que somente o poder público resta lesionado neste tipo de crime. É, no entanto, verdade que a reprovação social, neste último caso, vai aumentando na medida em que a lesão deixa de afetar apenas interesses públicos para lesionar interesses privados.

Voltemos, agora, aos questionamentos de Tiedemann<sup>307</sup>. A análise das percucientes indagações formuladas pelo arguto jurista não pode perder de vista a ideia da grande dependência sistemática do Direito Penal Econômico. Uma economia de mercado desenvolvida regula juridicamente o marco que limita excessos e abusos, garantindo a proteção social dos participantes mais débeis no mercado. E, aqui, reside a principal diferença em relação ao capitalismo incipiente, que somente favorece a poucos, mas que prevalece em grande quantidade de países em vias de desenvolvimento.

Quanto a tais aspectos diferenciais, aliás, reitere-se o alerta de Sørensen para o fato de que a parte correspondente aos 20% da população mais pobre do mundo recebe 1,4% da renda mundial, enquanto a parcela dos 20% mais rica recebe 82,7%. E a evolução do fenômeno da

<sup>305</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 51. (Colección Ceura).

<sup>306</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 51. (Colección Ceura).

<sup>307</sup> TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madri, Boletín Oficial del Estado, 1995.

globalização aumentou a desigualdade e o risco na ordem intraestatal e interestatal. No Brasil, os dados do IPEA<sup>308</sup> revelam o cenário (brasileiro).

Devido a tudo isso, ganha relevo a orientação da concepção jurídica de proteção tanto concernente ao comportamento dos participantes no mercado como naquilo em que afeta o próprio funcionamento do mercado. Tiedemann, no entanto, alerta que tanto na Alemanha, como na Espanha e em França, o Direito Econômico tem sido equiparado ao Direito de Empresa, na medida em que a economia de mercado pressupõe, essencialmente, atividade empresarial.

Por consectário lógico, abre-se firmemente a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, não havendo a limitação de se responsabilizar apenas as pessoas naturais, o que, aliás, já é permitido no Brasil, a partir da Carta Constitucional de 1988, em face das disposições constantes nos artigos 173, §5º, e 225, §3º.

Quanto a este tema, Tiedemann<sup>309</sup>, ao citar jurisprudência do Tribunal Supremo da Alemanha, realizou análise mais detida:

Caracteriza determinadas acciones y omisiones en el tráfico económico, por de pronto, como «relacionadas con la empresa» - esto es, como acciones y omisiones de la empresa misma -, y sólo a continuación imputan esa acción de la empresa a determinadas personas naturales con responsabilidad empresarial para así establecer su punibilidad. De hecho, esto supone invertir la construcción tradicional de la imputación de acciones de las personas naturales a las personas jurídicas. Yo aventuro el pronóstico de que el futuro pertenece al Derecho Penal (sancionador) de la empresa.

Em alguns países - Alemanha, França e Estados Unidos - a sanção pecuniária elevada é aplicada nas empresas por autoridades e comissões administrativas, com observância do princípio da oportunidade e de conhecimentos técnicos específicos, aspecto que merece análise mais aprofundada, o que não é possível nestas limitadas linhas, ressaltando-se algumas breves observações.

É certo que a seleção e configuração de determinados campos da economia como objeto de um Direito Administrativo Sancionador constituem um problema central localizado no limite entre a política criminal e a política econômica. O Direito de infrações administrativas europeu (Alemanha, Itália e Portugal), salienta Tiedemann, somente se ocupa de modo parcial das infrações de bagatela dos empresários (obrigações de colaboração com a

<sup>308</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Comunicado da Presidência nº 30*. Brasília, set. 2009. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

<sup>309</sup> TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madri, Boletín Oficial del Estado, 1995.

atuação administrativa). Nos casos mais graves, em especial, de reincidência de intencionalidade fraudulenta ou de acordos de contratação pública com fraude, recorre-se ao Direito Penal.

Com o Direito Penal Econômico, ganha relevo a informação acerca da intervenção punitiva do Estado, fator legítimo e central para uma atuação econômica com êxito, de modo que prevaleça a igualdade de oportunidades no mercado e na democracia. Outro aspecto que sobressai está centrado nas questões de determinação típica, não se podendo permitir cláusulas excessivamente abertas e elásticas. Os pressupostos típicos devem ser suficientemente determinados, de maneira que se possibilite a previsão do risco da punibilidade, o Direito Penal Econômico não pode ter um caráter meramente simbólico.

Os tipos penais do Direito Penal Econômico, nos ensina Tiedemann<sup>310</sup>,

En cuanto Derecho material, es también en gran medida un Derecho Penal práctico. Por ello, su aplicación debe venir facilitada por los denominados tipos penales de captación («Auffantatbestände») que, en caso de fracasar la difícil prueba de los elementos típicos, especialmente en la estafa, abarquen comportamientos que puedan consistir, por ejemplo, en meras actuaciones defraudatorias, en la medida en que ese tipo de actuaciones sean en si mismas suficientemente merecedoras de pena. Un ejemplo de esto lo constituye el comportamiento engañoso en la fundación de sociedades del capital que, dada la limitación de responsabilidad y el anónimo de los socios, debe ofrecer especiales garantías a favor del tráfico económico.

A proteção jurídico-penal consiste também no fato de que o Estado tenha direito a uma informação correta sobre a constituição das sociedades, na medida em que não se pode desconhecer o quanto é pernicioso para a economia nacional o emprego de falsidades na constituição das sociedades, especialmente naquelas fundadas especificamente para a prática de ilícitos. Em alguns países europeus, tem sido adotada a formulação de delitos de perigo abstrato para incriminar as declarações falsas sobre o capital constitutivo das empresas.

Neste ponto, Tiedemann critica severamente o projeto de lei espanhol, na medida em que este exigia o requisito específico da intenção de provocar danos à sociedade, aos sócios ou a terceiros – o que não difere muito de nossa realidade. Exigindo-se a prova inevitável do dolo direto, surgem gravíssimas dificuldades para a prática jurídico-penal, garantindo, assim, a impunidade de numerosos comportamentos econômicos ilícitos. Importante deixar registrado que, para poder cumprir sua tarefa principal, que não é outra senão a possibilidade

---

<sup>310</sup> TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

de financiar as empresas, os mercados de capitais e de crédito necessitam de uma proteção jurídico-penal efetiva.

Apesar de lançados em razão da análise do exemplo espanhol, os questionamentos feitos por Tiedemann podem ser analisados sob as lentes de nossa realidade, pois também estamos submetidos a significativas lacunas de proteção. Dessa maneira, seria adequado que o legislador pátrio dispensasse maior atenção ao tema, instituindo tipos penais específicos para a proteção da ordem econômica. Não parece haver dúvidas de que o mais adequado seria que estes tipos de proteção fossem encartados no Código Penal, instrumento que, aliás, deveria concentrar todo e qualquer tipo penal. Entretanto, além da demora na implantação de um *Códex* que concentre todos os tipos penais, não se pode perder de vista que a heterogeneidade do tema dificulta também uma política legislativa eficaz e exaustiva, obrigando a criação de legislações especiais, muitas vezes com escassa conexão. De todo modo, o legislador deverá regular e atualizar os temas da criminalidade informática, a proteção do mercado de valores, o abuso de informação privilegiada, os crimes societários, a responsabilidade penal da pessoa jurídica (naquilo que couber), a lavagem de dinheiro, a corrupção, o abuso do poder econômico, a concorrência desleal.

Quer-se, com isso, de acordo com o que afirmam Bajo e Bacigalupo<sup>311</sup>, que o Direito Penal deixe de ser mais um instrumento de opressão de uma classe para converter-se em autêntico meio de liberdade e progresso social, permitindo uma ordem mínima de convivência. Para isto, devem ser criados, como primeiro passo, mecanismos suficientemente eficazes para a adequada responsabilização dos protagonistas da criminalidade econômica.

A criminalidade econômica – apesar de não despertar, ainda, a necessária e suficiente atenção da sociedade para o tema – traz, consigo, diversos fatos puníveis dignos de repúdio maior do que aquele dispensado à criminalidade clássica. Inegável que os resultados lesivos da criminalidade econômica, em regra, são maiores e atingem um número maior de vítimas. Ademais, a motivação deste tipo de crime guarda estreita vinculação com a ambição econômica e com a necessidade de bem-estar insaciável. Também por isso, mostram-se sempre atuais e pertinentes as manifestações de Moraes Filho<sup>312</sup>, ao asseverar:

É uma curiosa coincidência que esse movimento da intervenção mínima tenha ganho incremento, exatamente na fase em que o Direito Penal está se

<sup>311</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

<sup>312</sup> MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Crimes contra a economia popular. In: ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert (Org.). *Direito penal dos negócios*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990. p. 103-104.

democratizando, exatamente na fase em que o Direito Penal está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinquentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o Direito Penal começa a se voltar contra uma outra clientela, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, desjudicialização.

De outra parte, importa destacar que o Direito Penal Econômico não se trata de novo ramo do Direito Penal, mas, isso sim, sua face mais atual, destacando-se a magnitude dos interesses lesados, razão pela qual deve receber tratamento penal e processual próprios, visando à eficácia das normas a ela dirigidas.

Não é demasiado repisar que a hierarquia dos bens jurídicos, prevalecente no Direito Penal vigente, não se coaduna com a hierarquia dos valores constitucionais do instituído Estado Democrático e Social de Direito, na medida em que a criminalidade econômica pertence a um grau de hierarquia superior à da criminalidade clássica, e, por isso, merece tratamento mais severo, sendo obedecidas as suas particularidades de delitos, que têm como bens jurídicos valores supraindividuais, consagrados pela Constituição como essenciais à vida em sociedade. Para Carvalho<sup>313</sup>, tipifica-se todo fato grave, fomentador da injustiça social, que a Constituição pretende eliminar, sendo que no balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, ganham mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social.

Os delitos econômicos têm como bens jurídicos valores supraindividuais e violam a confiança que deve existir como base da sociedade. Enquanto os bens jurídicos, defendidos pelo Direito Penal clássico, relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem, individualmente considerado, os bens jurídicos, protegidos pelo Direito Penal Econômico, dizem respeito à atuação da personalidade do cidadão, enquanto fenômeno social.

Para Figueiredo Dias, enquanto os bens jurídicos do Direito Penal geral devem se considerar concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão, os bens jurídicos do Direito Penal Econômico surgem como concretização dos valores, ligados aos direitos sociais e à organização econômica, contidos ou pressupostos na Constituição.

Imprescindível que a tipicidade no Direito Penal deva ser estabelecida com extrema cautela, tendo em vista não só princípio da subsidiariedade, que rege o Direito Penal em geral, mas também a cláusula do risco permitido, ínsita no Direito Econômico em particular. Assim, será a consciência social que irá determinar, em última análise, o momento material da

---

<sup>313</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 47.

aplicação do Direito. O domínio fluido das relações econômicas, no qual surgem certos comportamentos socialmente adequados, tem de ser levado em consideração quando da tipificação dos delitos econômicos.

Absolutamente fundamental, nessa linha de raciocínio, as observações formuladas por Dometila Carvalho<sup>314</sup>, para quem:

[...] protegendo o Direito Penal, a integridade da ordem necessária para que o fenômeno econômico possa cumprir os fins propostos constitucionalmente, o delito contra a ordem econômica tem de ser tipificado, dentro dos fatos perturbadores dessa ordem. No âmbito dessa elasticidade, podem ser enquadrados todos os grandes crimes empresariais que, visando ao lucro ilícito e desmensurado, se ponham em oposição aos objetivos constitucionais, pertinentes ao desenvolvimento e à justiça sociais. Cuida-se, aqui, de um verdadeiro crime constitucional, que não se encontra na micro, mas na macrocriminalidade. Os bens jurídicos, protegidos com o reconhecimento desses delitos, são relevantes na hierarquia dos bens jurídicos constitucionais. Encontram-se ínsitos na ideia de justiça, perseguida pela Constituição, justiça valorada pelo social, pela exaltação do trabalho fundamentado na dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento nacional com a redução das desigualdades sociais, na promoção do bem de todos, na prevalência dos direitos humanos, no reconhecimento e proteção dos direitos sociais, na defesa de uma ordem financeira capaz de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (cfr., entre outros, os artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 170 e 192 da Constituição Federal).

Os delitos econômicos trazem consigo – pois lhe é inerente – um significativo abuso de poder que onera a sociedade com custos econômicos bastante elevados.

A partir das afirmações de Lola Aniyar de Castro<sup>315</sup>, percebe-se que

[...] o custo econômico de um só destes delitos pode ser maior que o de todos os furtos e roubos que se cometem em um ano no país. Só no que se refere à evasão de impostos, a perda estimada nos EUA é de 25-40 milhares de dólares; na França, estima-se entre 15 a 23 milhares de francos; em Venezuela, supõe-se que só ingressam nos cofres públicos uns 50% do que, por lei, deveria ser recolhido. Por outro lado, o custo em saúde humana em perdas diretas de membros da coletividade é considerável, de acordo com os tipos de delito. Social e moralmente, porque o dano é ocasionado por aqueles que são, em princípio, espelho e guia do comportamento coletivo, não se deve esquecer que os grandes empresários são promotores do bem-estar social, filantropos nacionais, etc. Por outra parte, há um ‘efeito em espiral’ que se produz pelo fato de que esses delitos são geralmente acompanhados por outros que são seus instrumentos, como falsificação, corrupção, etc.

---

<sup>314</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 107.

<sup>315</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. Projeto para um investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 25. p. 94, jan./jun. 1983,

Diante destas premissas e levando-se em consideração que nosso texto constitucional optou pelo desenvolvimento nacional equilibrado pela justiça social, não podem ficar sem uma adequada resposta as atividades delituosas contra a ordem econômica.

Na medida em que a Constituição exerce uma função central no sistema vigente, irradiando efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional, pode-se afirmar que seus comandos se traduzem como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores das leis. Conforme já referido por Cunha<sup>316</sup>, na linha do pensamento jurídico-penal hodierno, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao princípio do Estado de Direito Material, de consagração constitucional, o Direito Penal é visto como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade.

Contudo, a compreensão e a defesa do ordenamento jurídico penal, bem como das garantias processuais, igualmente reclama uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, há novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal, contexto dentro do qual devem ser analisados, concomitantemente à delinquência tradicional, os delitos praticados pelas pessoas mais favorecidas economicamente. Aqui, neste tópico, Borowski<sup>317</sup> é enfático ao destacar que, diante do Princípio da Igualdade, o legislador está ordenado a outorgar um trato igual quando não existe uma razão suficientemente razoável para permitir um trato desigual.

Não se pode continuar a permitir, de modo silente, que a seletividade da repressão penal continue a atingir, quase exclusivamente, os segmentos sociais mais fragilizados, via mecanismos sutis de facilitação do seu controle formal-estatal, bem como de imunização dos estratos mais poderosos.

Sem negar a eficácia de outras sanções, e mesmo diante de todas as considerações lançadas nos tópicos antecedentes, é a pena privativa de liberdade a mais adequada para o sancionamento das condutas ilícitas de caráter econômico, como resposta para as exigências da proporcionalidade e da necessidade para uma prevenção geral. Bajo e Bacigalupo<sup>318</sup> acrescentam que “*el cumplimiento de penas cortas produce un efecto intimidante a nivel individual y social que no puede relegarse al olvido*”.

---

<sup>316</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 408.

<sup>317</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 191.

<sup>318</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).

Importante, também, é que se ofereçam mecanismos eficazes aos integrantes do Sistema de Justiça Penal (Polícias Civil e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário), visando à qualificada persecução penal do delinquente econômico. Suprir importantes lacunas de proteção é tarefa da qual não pode se omitir o legislador pátrio, devendo dispensar maior atenção ao tema, instituindo tipos penais específicos para a proteção da ordem econômica, preferencialmente em um mesmo *Códex*. Como se disse anteriormente, não se pode perder de vista que a heterogeneidade do tema dificulta também uma política legislativa eficaz e exaustiva, obrigando a criação de legislações especiais, muitas vezes com escassa conexão. De todo modo, o legislador deverá regular e atualizar os temas que mantêm estreita relação com a criminalidade econômica.

Impedir a ilegítima gestão diferencial da criminalidade no marco do estado democrático e social de direito não é tarefa fácil, mas que deve ser perseguida incessantemente, na medida em que a Constituição Federal, referencial adequado e necessário para o controle de validade da produção legislativa, possibilita-nos a efetiva implementação do princípio político-jurídico da igualdade e das garantias processuais. De outro norte, não podem restar dúvidas, em um Estado Democrático e Social de Direito, de que é na Constituição e em sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela<sup>319</sup>.

Conforme lançado anteriormente, mostra-se adequado o pensamento de Palma<sup>320</sup> ao frisar que é “[...] a Constituição que define as obrigações do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade figura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”.

Seguindo esta linha de pensamento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Gilmar Mendes<sup>321</sup>, ao analisar o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais referiu, expressamente, que

[...] os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que

---

<sup>319</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 142-147.

<sup>320</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106-107.

<sup>321</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiui-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

Sob essa perspectiva de argumentação, estabelece-se o entendimento no sentido de que ao lado da tradicional dimensão de direitos de defesa, que impõe ao Estado o dever de não lesionar a esfera de liberdade constitucionalmente protegida, cria-se a vinculação positiva, onde os direitos fundamentais impõem ao Estado um conjunto de deveres de proteção (proteção ótima). O efeito intimidador e preventivo da pena representa estratégia efetiva para a garantia de proteção dos direitos fundamentais, sendo que uma das variantes do princípio da proporcionalidade, aplicado para controlar a constitucionalidade da legislação penal, é a proibição da proteção deficiente.

Cumprido destacar, com os mesmos argumentos sobre o tema, a lúcida manifestação de Pulido<sup>322</sup>, ao sustentar:

En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva se observan las exigencias del principio de proporcionalidad. La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el untermassverbot) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho solo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea

---

<sup>322</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 126 e seguintes.

constitucionalmente legítimo. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...] Uma abstención legislativa o una norma legal que no proteja um direito fundamental de maneira óptima, vulnera las bases del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta com ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección seja intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar repugnante caso de estupro, em que fora violentada uma criança de nove anos de idade, afastou a argumentação expendida pelo autor do fato, o qual buscava a extinção da punibilidade por meio de casamento com a vítima, escoimado na hipótese do artigo 107, VII, do Código Penal.

Naquela oportunidade, em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes<sup>323</sup>, citando Lenio Streck e Ingo Sarlet, assentou, sobre a proibição da proteção insuficiente:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Nesse sentido, ensina o professor Lenio Streck: Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 418.376-5, Mato Grosso do Sul*. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no Diário da Justiça, em 23 de março de 2007. Disponível em: <[http://allanpatrick.wdfiles.com/local--files/re-418-376/RE\\_418376.pdf](http://allanpatrick.wdfiles.com/local--files/re-418-376/RE_418376.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2012.

conformação) do legislador. (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180).

No mesmo sentido, pronuncia-se o professor Ingo Sarlet: A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria de proibição do excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107).

E assim ele prossegue: A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132).

Naquele julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conheceram e negaram provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo autor do fato.

Nesse sentido, sobressai com clareza solar que os dispositivos que imunizam os autores de crimes fiscais, por exemplo, impulsionam a ausência de proteção aos bens jurídicos fundamentais estampados na Constituição Federal, além de atuarem seletivamente. A propósito, a legislação supramencionada, da maneira como posta, gera, em verdade, a impunidade, culminando em injustiça e externando claramente seu caráter seletivo, pois, quando um indivíduo incorre numa falta e infringe determinado regulamento e não recebe o sancionamento adequado e justo, se perde o objetivo social do Estado, e a população recebe um sinal de que é possível “passar por cima da lei”<sup>324</sup>.

Cumpram também registrar que, com base em representação formulada pelo digno Dr. Douglas Fischer, Procurador Regional da República na 4ª Região, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.273, junto ao Supremo Tribunal Federal, objetivando extirpar do ordenamento jurídico os dispositivos que beneficiam os sonegadores fiscais.

---

<sup>324</sup> ROEMER, Andrés. *Economia del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001. p. 257.

É certo que não é qualquer norma editada pelo legislador que se afigura legítima e consoante à Constituição. Para esta legitimidade, deve, portanto, haver um liame axiológico de seu conteúdo com os valores sociais e democráticos. Além disso, na medida em que a Constituição exerce uma função central no sistema vigente, irradiando efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional, pode-se afirmar que seus comandos se traduzem como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores das leis.

Diante do novo contexto constitucional, devem ser analisados, concomitantemente à delinquência tradicional, os delitos praticados pelas pessoas mais favorecidas economicamente. O processo de seletividade é tão marcante, conforme anteriormente referido, que nem mesmo os autores dos delitos de colarinho branco, por força das medidas imunizadoras, sequer reconhecem o desvio de conduta.

Neste ponto, merecem elogios as lúcidas observações feitas por Díez Ripollés<sup>325</sup>, quando o mestre espanhol, ao se referir ao protagonismo da delinquência clássica, afirma, com agudeza:

Un factor adicional, en absoluto desdeñable, ha sido la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia: lo que comenzó encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, há acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida ‘expansión’ del derecho penal’ no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y, mucho menos, creíble.

Importa registrar, por fim, que o objeto do Direito Penal é fazer reconhecível o injusto nas lesões interpessoais do Direito. Embora o Direito Penal não possa ser considerado um remédio para todos os males, essas são, contudo, proposições que demandarão o desenvolvimento de outras linhas.

---

<sup>325</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 71-72.

#### 4.2 Economia supranacional: os fatores estruturais (econômicos e sociais) da criminalidade na era da globalização e o *blanqueo del capital*

Como já referido alhures, as transformações que se operam na sociedade contemporânea produzem reflexos significativos nas estruturas tradicionais da modernidade, em especial, o Direito e o Estado.

Neste contexto, importante registrar o alerta ofertado por Bolzan<sup>326</sup>, ao referir que

No transcurso de sua história, o Estado,<sup>327</sup> erigido como tal no bojo da modernidade, viu-se envolto em um largo processo de consolidação e transformações, passando, nos dias de hoje, para alguns, por uma longa desconstrução/exaustão e, para outros, por uma necessária refundação, diante das várias crises interconectadas a que se vê submetido, podendo significar seu fim, sua transformação, seu recomeço, sua continuidade etc.

Em apenas um século, entre 1900 e 2000, segundo Poulantzas<sup>328</sup>, a geografia política transformou-se consideravelmente, quando grandes espaços dominados por velhos Impérios foram fracionados em quase duzentos novos Estados. Tais transformações geopolíticas foram potencializadas pelo avanço da tecnologia, fenômeno de grande valia, no entender de Creveld<sup>329</sup>, para a construção do Estado, mas que, no entanto, não reconhece e nem é limitado pelas barreiras territoriais.

De acordo com Sørensen<sup>330</sup>, o excepcional crescimento das inversões de capitais estrangeiros, o rendimento do intercâmbio exterior, as companhias transnacionais, os ingressos de viagens internacionais e as exportações se combinam com uma série de indicadores similares para mostrar a imagem de um mundo dominado por um mercado unificado.

A volatilidade das transferências financeiras anda, como se sabe, de mãos dadas com a lavagem de dinheiro, delito de significativa importância para a criminalidade econômica. A análise crítica e a oferta de respostas idôneas e adequadas para este fenômeno criminal, que necessariamente se apoia nos complexos meandros da delinquência organizada e é facilitado

<sup>326</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12. (Coleção Estado e Constituição).

<sup>327</sup> Na nota de rodapé Bolzan de Moraes destaca: “Como dissemos, com Lenio Streck, em nosso *Ciência Política e Teoria do Estado*, não há que se confundir o Estado com outra experiência que não seja aquela da modernidade, sendo suas apresentações anteriores tidas como *formas estatais pré-modernas*”.

<sup>328</sup> POULANTZAS, Nicos (Org.). *O Estado em crise*. Rio de Janeiro: Grall. 1977.

<sup>329</sup> CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Tradução: Jussara Simões. Revisão da tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica: Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>330</sup> SØRENSEN, Georg. *La transformación del Estado: más allá del mito del repliegue*. Traducción: Ramón Cotarelo. Tirant lo blanch: Valencia, 2010.

pela globalização, em suas diversas formas, se constitui em um desafio para o Estado e o Direito modernos.

Antes de adentrar no tema da criminalidade na era da globalização, em especial, no fenômeno da lavagem de dinheiro, cumpre ser realizada sucinta digressão sobre a evolução das relações entre os homens.

De acordo com Sagan<sup>331</sup>, cientista e astrônomo americano,

Nos tempos pré-agrícolas dos caçadores-coletores, a expectativa de vida humana era cerca de vinte – trinta anos. Essa era também a expectativa de vida na Europa ocidental no final do Império Romano e na Idade Média. Ela só aumentou para quarenta por volta de 1870. Chegou a cinquenta em 1915, a sessenta em 1930, a setenta em 1955, e está se aproximando de oitenta hoje em dia (um pouco mais para as mulheres, um pouco menos para os homens).

A evolução da transição humanitária, espantosa e sem precedentes, atingiu seu ápice ao longo do século XX, período histórico marcado por grandes avanços sociais, em face da melhoria da alimentação, do controle de doenças e da implementação de medidas de saúde pública, dos avanços dos remédios e da Medicina, dentre outros fatores. Foi, contudo, também durante o século XX que transcorreu, segundo Hobsbawm<sup>332</sup>, a denominada *Era da Catástrofe*, período em que a humanidade vivenciou graves violações dos direitos humanos, com a repugnante característica de que as maiores atrocidades foram as crueldades impessoais decididas a distância, de sistema e rotina, sobretudo quando podiam ser justificadas como “lamentáveis necessidades operacionais”.

Ao tratar desse período da História da Humanidade, Barreto<sup>333</sup>, com singular percuciência, comenta:

O século XX presenciou o desenvolvimento de uma economia mundial que produziu instabilidades econômicas e sociais interestatais e dentro dos próprios estados, sem que houvesse condições de controle por parte das políticas públicas nacionais. A dinâmica dessa economia mundial produziu o crescimento de laços transnacionais, que exigiram novas formas de processos decisórios coletivos com a participação dos Estados, organizações intergovernamentais e grupos de pressão internacionais.

---

<sup>331</sup> SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 24-25.

<sup>332</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 55-60.

<sup>333</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luis; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-258.

As evoluções da sociedade moderna já encontravam guarida nas afirmações de Kant<sup>334</sup>, quando ele sustentava que a sociedade cosmopolita do futuro, caracterizada por uma dupla dimensão, política e econômica, se revelaria como consequência da evolução das relações comerciais entre os povos, calcada no direito cosmopolita que, violado o território de qualquer nação, repercutiria em todo o orbe.

Mostra-se cristalino que as grandes mudanças foram e estão sendo impulsionadas, em medida considerável, pelos avanços das tecnologias e da comunicação que conectam pessoas e possibilitam, por exemplo, a transferência de valores incalculáveis com o simples apertar de uma tecla de computador. Partindo do pressuposto “de que não há apenas uma globalização”<sup>335</sup> e tendo em vista que a expressão “processo de globalização” tem sido empregada de modo abrangente, para significar diferentes aspectos de fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais, mostra-se relevante apontar as características que lhes são comuns.

Ao abordar o tema da globalização, Friedman<sup>336</sup> sustenta que o argumento histórico mais amplo a que se chega é que a globalização atravessou três grandes eras.

A primeira – a Globalização 1.0 – “se estendeu de 1492 – quando Colombo embarcou, inaugurando o comércio entre o Velho Mundo e o Novo – até por volta de 1800”. A questão básica estava centrada em: como meu país se insere na concorrência e nas oportunidades globais?

A segunda era, a Globalização 2.0, “durou mais ou menos de 1800 a 2000 (sendo interrompida apenas pela Grande Depressão e pelas Primeira e Segunda Guerra Mundial) e diminuiu o mundo do tamanho médio para o pequeno”. A força dinâmica que moveu a integração global foram as empresas multinacionais que se expandiram em busca de mercados e mão de obra. Importava saber: como a minha empresa se insere na economia global?

A terceira e última era, iniciada por volta de 2000, a Globalização 3.0, “está não só encolhendo o tamanho do mundo de pequeno para minúsculo como também, ao mesmo tempo, aplainando o terreno”. A força dinâmica, aqui, é a “recém-descoberta capacidade dos indivíduos de colaborarem e concorrerem no âmbito mundial”. A questão, neste ponto, é: como eu me insiro na concorrência global e nas oportunidades que surgem?

---

<sup>334</sup> KANT, Emmanuel. *La doctrine du droit*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1971. § 62.

<sup>335</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15. (Coleção Estado e Constituição).

<sup>336</sup> FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do Século XXI*. Tradução: Cristina Serra, Sérgio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 19-23.

Importa, todavia, considerar que as afirmações do sagaz jornalista estadunidense incorrem numa limitação histórica, pois é a *conditio humana* que estabelece as bases da pesquisa. Um olhar mais atento sobre outros períodos da História revelará o início do estreitamento de relações sociais internacionais já na Antiguidade, bem antes da Idade Moderna. Há mais de quatro milênios, já se averiguava um intercâmbio cultural entre a Mesopotâmia e o Egito.

Segundo Höffe<sup>337</sup>:

Onde quer que haja Estados litigando com seus vizinhos ou fazendo intercâmbio de mercadorias e serviços, como também de conhecimentos, habilidades e artes, sem esquecer histórias, cantigas e ligações matrimoniais, surge um emaranhado de relações, em virtude das quais nenhum Estado pode viver sua própria história sem ser influenciado por todos os outros.

Apesar dessas observações, mesmo que limitado aos aspectos da tecnologia da informação e comunicação – TIC, Friedman procura nos apresentar, de modo didático, as dez forças que “Achataram o Mundo”. São elas: 1) A Nova Era da Criatividade: Quando os Muros Ruíram e as “Janelas” se Abriram, em referência à queda do Muro de Berlim; 2) A Nova Era da Conectividade, com o surgimento da Internet e da *World Wide Web*; 3) O surgimento dos Softwares de Fluxo de Trabalho, permitindo a comunicação por meio da *Internet*, utilizando-se protocolos padronizados; 4) *Uploading*, explorando o poder das comunidades; 5) Terceirização, o Ano 2000, baseado na capacidade da Índia em colaborar com inúmeras empresas ocidentais, graças à interdependência propiciada pela rede de fibra ótica; 6) *Offshoring*, com a entrada da China na Organização Mundial do Comércio – OMC; 7) O incremento das cadeias de fornecimento; 8) Internalização, essa nova forma de colaboração e criação horizontal de valor; 9) Acesso universal à informação; e 10) O avanço incrível da computação e da computação gráfica, das mensagens instantâneas e do compartilhamento de arquivos, das chamadas telefônicas pela *Internet*, da videoconferência, e das novas tecnologias e aparelhos sem fio.

A globalização, como se vê, não é um processo linear, na medida em que se caracteriza, conforme Barreto<sup>338</sup>, como um fenômeno multidimensional, dotado de alto grau de complexidade, que envolve diversos domínios da atividade e da interação humanas. Ela diminui

<sup>337</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. p. 17. (Coleção biblioteca universal).

<sup>338</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luis; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 265.

drasticamente a autonomia e o poder dos Estados, problematizando ainda mais o cenário vigente, na medida em que provoca rápidas transformações nos padrões políticos e sociais.

Na dimensão política da globalização, destaca-se o aspecto inovador das relações entre as diversas partes do mundo – os reais Estados têm vizinhos com os quais estabelecem relações ora amigáveis, ora hostis – assim como o ritmo acelerado das relações e das dependências entre os diversos países, notadamente no tocante aos inúmeros problemas econômicos, ambientais e sociais. Os problemas daí decorrentes não mais podem ser analisados, entendidos e resolvidos apenas no âmbito do Estado nacional, mas sim na esfera global. O ritmo frenético da globalização provoca uma sobrecarga dos Estados nacionais, que passam a sofrer, por consequência, a destituição de seus poderes.

Para Höffe,<sup>339</sup> a globalização, fenômeno representativo do crescimento e da consolidação das relações internacionais, é “a mais nova palavra de ordem da Filosofia Política”, apresentando-se revestida de emoções contraditórias, em parte esperanças e, em parte, temores.

De acordo com o filósofo de Tübingen<sup>340</sup>,

Hodiernamente, pensarmos na segurança interna ou externa, na seguridade social, no bem-estar econômico e na preservação do meio ambiente, ou seja, uma grande parte daquelas atividades que dão impulso à forma jurídica e política da auto-organização humana, transcende aos limites estatais.

É certo, reiterar-se, portanto, que a globalização não pode ser limitada às transformações econômicas, pois mesmo estas não revelam apenas causas econômicas, mas também dependem de decisões políticas e inovações técnicas, bem como de mudanças de mentalidade. De resto, não se pode perder de vista que os Estados, em setores como a Economia, sempre assumem somente uma responsabilidade parcial. Aquilo que supostamente perderam através da globalização nunca lhes foi seu: “a capacidade de exercer a regulamentação soberana da Economia”.<sup>341</sup>

A Humanidade, em parte por não mais querer, e em parte por não mais poder viver de outra forma, “mune-se de um campo global de referências, que se revela sob a forma de uma

---

<sup>339</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. p. 5. (Coleção biblioteca universal).

<sup>340</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. p. 6. (Coleção biblioteca universal).

<sup>341</sup> HIRST, P. Q.; THOMPSON, G. F. *Globalization in question: the international economy and the possibilities of governance*. Cambridge: Polity Press, 1996.

rede de influências e relações, de interesses momentaneamente comuns de uma miscelânea de opiniões”.<sup>342</sup>

Surge, assim, uma “sociedade mundial coletiva”, com um destino comum em “três dimensões” – todas elas relevantes para uma Filosofia Política da globalização. Uma das dimensões está sustentada por um conjunto de fenômenos que estão a serviço da vida e do bem-estar, individuais e coletivos, e que exerce suas atividades e desenvolve-se pelo dom da fala e da razão (Filosofia, Ciências Naturais, Medicina, Tecnologia, sistemas de ensino). Há, ainda, o fortalecimento da opinião pública mundial através da expansão e consolidação dos Direitos Internacionais, Público e Privado, reforçados por tribunais de competência global e organizações e entidades atuantes em todo o globo e em infindáveis áreas (ecologia, cultura, esportes, religião, economia, etc.).

Impõe-se, neste ponto, pelo singular registro, lembrar a afirmação de Höffe, ao mencionar:

Influenciados por fatores técnicos, acordos internacionais e liberalização política, provocados pela ligação do mundo através de uma rede de meios de informação e de transporte, vinculados a uma redução dos tempos de transmissão, que fazem distâncias físicas tornarem-se irrelevantes, os acontecimentos no mundo são percebidos e processados quase que simultaneamente.

Outra “dimensão” está caracterizada pelo destino comum em sentido restrito, representado pela comunidade de miséria e sofrimento. Nesta, constata-se o estrondoso desrespeito aos direitos humanos. Aqui, cabe registrar, por pertinente, que em um planeta que atingiu, em 2011, o número de sete bilhões de pessoas, as formas lineares, cartesianas, mecanicistas e individualistas de pensar e agir são insustentáveis para garantir o cuidado (em todos os níveis) e causam o crescente desrespeito à natureza e à dignidade.

Por fim, exsurge a dimensão que estabelece o destino comum da Humanidade, consistente em uma “comunidade de violência” multifacetada. Há muito tempo a criminalidade também já transpôs as fronteiras nacionais e organizou-se na forma de empresas internacionais. Desconsiderando as fronteiras territoriais entre os Estados, o crime organizado pratica a violência por meio do terrorismo, do tráfico de substâncias entorpecentes, armas e pessoas, e por meio de lavagem de dinheiro.

---

<sup>342</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. p. 8. (Coleção biblioteca universal).

Não restam dúvidas de que, em lugar da violência e da criminalidade, devem prevalecer o direito e a justiça, internamente e para além das fronteiras dos Estados. Para tanto, faz-se necessária a instituição de uma ordem global de paz que venha a dominar as diversas formas de violência global.

Na medida em que os cartéis do crime têm-se tornado cada vez mais sofisticados, realizando a lavagem de dinheiro de maneira cada vez mais sagaz, os lucros angariados ao longo dos anos – o “produto criminal bruto” – estão estimados em uma cifra equivalente a quase metade do Produto Interno Bruto – PIB da Alemanha unificada: 500 bilhões de dólares<sup>343</sup>. A par da necessária ação interna, devido a sua internacionalidade, o problema da criminalidade certamente não poderá ser solucionado simplesmente até os limites das fronteiras territoriais. A fluidez político-institucional tem apontado para a necessidade da construção de uma ordem internacional baseada nos princípios da constitucionalidade e da democracia.

Nesse contexto, o instituto do *blanqueo del capital* merece detida e acurada observação, em razão das facilidades e oportunidades que lhes são outorgadas pelo fenômeno da mundialização, baseadas em desvios de conduta que se aproveitam das amplas possibilidades que oferece uma economia fundamentada na intensidade e volatilidade do crédito e na impressionante velocidade do tráfico comercial.

Conforme bem acentuou De Faria Costa<sup>344</sup>:

En todas las sociedades, los bienes, independientemente de su naturaleza, tuvieron siempre movilidad y a su circulación constituyó o constituye uno de los índices más relevantes para la valoración del dinamismo o desarrollo de cualquier comunidad humana organizada. La inmovilidad o cristalización de los bienes determina, casi siempre, una equivalente inamovilidad en el nivel ético-social y, consecuentemente, también dentro del espacio del Derecho. Por otro lado, la forma más elaborada y conseguida de alcanzar aquella movilidad al nivel de los bienes tuvo lugar, como se sabe, a través de la creación de una entidad abstracta – el dinero – que en cierto modo pude cuantificar el valor de ‘uso’ de los específicos y concretos bienes materiales en cuestión. Por eso se dice, con razón, que el dinero es un ‘bien jurídicamente cualificado, al poseer una ‘genericidad’ absoluta y una ultrafungibilidad específica, al gastarse pero no consumirse, al implicar la divisibilidad abstracta de las demás cosas, bienes y servicios, y al poder desarrollar su función de equivalencia respecto de todo otro bien o valor patrimonial’, asumiéndose, de este modo, como un ‘bien por excelencia de las demás relaciones patrimoniales’.

<sup>343</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. p. 426. (Coleção biblioteca universal).

<sup>344</sup> FARIA COSTA, José de. El blanqueo de capitales (algunas reflexiones a la luz del derecho penal y la política criminal. In: FARIA COSTA, José de. *Hacia un derecho penal económico europeo*: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedmann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 655-680.

Sob a ótica do Direito Penal, o dinheiro também representa a riqueza, sendo que esta pode ser protegida nos momentos de sua *formação, conservação e circulação*<sup>345</sup>. Atualmente, constitui-se em fato da vida econômica de qualquer país – cada vez mais potencializada pela utilização da informática, que permite a realização de transações comerciais, em tempo real, em diferentes espaços – que a movimentação do capital (riquezas) representa a contribuição da qual não se pode prescindir, sob pena, dentre outras coisas, de um estancamento da economia.

Na perspectiva transnacional dos processos econômicos-financeiros e da criminalidade respectiva, o tema do *blanqueo del capital* apresenta-se com indiscutível e preocupante atualidade. Tal preocupação surge potencializada quando nos deparamos com o fato de que as grandes organizações criminosas são detentoras de uma significativa disponibilidade de bens e dinheiro, provenientes das atividades delituosas, a ponto de criarem condicionantes no mercado financeiro, capazes de instituir o controle de um segmento inteiro da economia. Nestes casos, segundo os ensinamentos de Crespi<sup>346</sup>, estamos diante de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra nos mais diversos níveis da realidade social e que atua em qualquer circunstância dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fim é sempre conseguir maior acumulação de capital para, desse modo, aumentar também o poder da organização.

Relevante saber, previamente, qual a finalidade que se persegue com a punição do *blanqueo*. Atualmente, a doutrina apresenta respostas diversas para o tema. Para tanto, Vallès<sup>347</sup> sustenta que elas vão desde

La protección de la libre competencia, hasta la tutela del tráfico lícito de bienes, pasando por la credibilidad del sistema financiero, el orden socioeconómico en general, la administración de justicia, la seguridad interior del Estado, el mismo bien jurídico que el delito previamente cometido, o una combinación de los intereses citados.

El predominio de los partidarios de bienes de naturaleza supraindividual y, más concretamente económica, parece claro.

De qualquer modo, cabe observar que o delito de lavagem de dinheiro vincula-se com determinadas formas de criminalidade organizada. Por meio dessa vinculação, estimula e fomenta a ulterior atividade delitiva e incrementa o poder econômico das pessoas e organizações que podem controlar setores em que se introduzem esquemas de funcionamento

<sup>345</sup> CARNELUTTI, Francesco. La tutela penale della ricchezza. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Itália, n. 9, p. 7-24, 1931.

<sup>346</sup> CRESPI, Alberto. Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti (Apunti intorno a recenti disegni di leggi). *Rivista delle Società*, Milano, n. 35, p. 1403, 1990.

<sup>347</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales, 2003. p. 147.

não desejáveis, de modo que possibilita o aumento – reitere-se pela relevância – de seu poder organizacional.

Deve-se observar, além disso, que o *blanqueo del capital* proporciona, muitas vezes, a incursão de seus agentes nas atividades normais e corriqueiras da vida econômica, por meio de operações financeiras e da constituição de entidades e empresas destinadas a receber fluxos de capitais que passarão a ser utilizados em atividades de comércio, indústria, agenciamento ou intermediação.

Do dizer aguçado de Oliveira,<sup>348</sup> extrai-se que

Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico e sua fisiologia natural, pois produz uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada. É criada uma competição desleal e um profundo desconhecimento da realidade de mercado, o que, ao final, irá produzir um nefasto efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a normalidade política que dela deriva.

As frequentes relações comerciais, inclusive internacionais, potencializadas pela liberdade de circulação de pessoas, capitais, bens e serviços, têm contribuído para o desenvolvimento da conduta de lavagem de dinheiro, comportamento que afronta as normas de convívio social a todos impostas.

Instala-se, na comunidade jurídica, uma inquietude decorrente da necessidade premente de serem definidos os contornos que deve assumir o estatuto legal do controle social das condutas do *money laundering*, fenômeno que tem resultado, em todo o mundo, e desde o princípio, com maior ou menor evidência, em um problema crucial. É importante registrar, no entanto, que a percepção da gravidade do tema em seu conjunto e a necessidade de seu controle legal não podem, porém, olvidar as limitações de uma solução meramente regulamentar, assim como do *jus puniendi*.

As transgressões provenientes das zonas obscuras do tecido social realizam-se por meio da circulação de moedas obtidas com base em ações ilícitas ligadas aos mais diferentes setores da atividade criminal, em especial, ao tráfico de substâncias entorpecentes e de armas, ao terrorismo e o seu financiamento, aos crimes contra a Administração Pública, contra a ordem tributária e o sistema financeiro nacional, aproveitando-se das amplas possibilidades que oferece uma economia fundamentada na intensidade e volatilidade do crédito e na impressionante velocidade do tráfico comercial. Nesse contexto, a análise do fenômeno do

---

<sup>348</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 323.

*blanqueo del capital* ganha importância e espaço na medida em que sua regulação no âmbito jurídico penal decorre de uma preocupação supranacional, ocupando um importante *locus* no cenário do Direito Penal moderno.

Apenas para delimitar a gravidade dessas transgressões, cabe ressaltar que em pesquisa desenvolvida<sup>349</sup>

[...] pela *American University de Washington* para o Banco Mundial sobre o volume de recursos movimentado pelo crime organizado no mundo inteiro estimou em 1 trilhão de dólares a importância de dinheiro em circulação, o que equivaleu em 1997 a uma importância igual ao PIB da oitava maior economia do mundo, o Canadá.

Não se pode desconhecer que uma das regras mais elementares da apreciação dos comportamentos humanos reside no total aproveitamento dos bens disponíveis que todos os membros da comunidade são capazes de realizar, de forma lícita ou ilícita, por meio dos instrumentos que essa mesma comunidade lhes oferece. A fim de facilitar a movimentação dos recursos angariados com as práticas ilícitas, os delinquentes procuram introduzi-los no sistema financeiro, permitindo as transferências dentro, ou mesmo fora, de um país, com segurança e velocidade.

Com o objetivo de ingressar com os recursos no circuito financeiro, busca-se movimentá-los tantas vezes quantas forem necessárias, com diversos subterfúgios, de modo que seja possível, na visão dos transgressores, afastá-los dos atos originalmente ilícitos. Em relação a essa abordagem, da inteligência de Cervini<sup>350</sup> extrai-se que “*es evidente que las operaciones de lavar dinero y de que sea aceptado por la comunidad, cuando proviene de las zonas ‘oscuras’ del tejido social, se tiene que practicar a través de la circulación*”.

Considerando tal contexto, merecem destaque especial os fatores estruturais (econômicos e sociais) que, de certo modo, facilitam o processo de lavagem de dinheiro. O *blanqueo del capital*, sem qualquer dúvida, desenvolve o seu processo executivo em diferentes localidades, nacionais ou mesmo internacionais – nota característica da criminalidade organizada contemporânea – rompendo o circuito de validade e eficácia das normas, na medida em que se estabelece fora de seu alcance.

Enquanto o dinheiro oriundo de atividades ilícitas percorre eletronicamente as fronteiras ao redor do mundo com a simples ordenação do operador, as ações do Sistema de

<sup>349</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 315.

<sup>350</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 31.

Justiça (Polícias Civil e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário) enfrentam diversos entraves, tanto nos aspectos fáticos quanto jurídicos. A simples coleta do depoimento de uma testemunha que esteja domiciliada em outro Estado ou País – procedimento relativamente simples se realizado no local dos fatos – representa bem as dificuldades enfrentadas pela persecução, mormente se nos depararmos com as consideráveis diferenças entre as legislações processuais e procedimentais.

As dificuldades são acentuadas na medida em que a criminalidade organizada, em suas manifestações operativas, estrutura-se sobre a base de uma *red virtual de intercâmbios y apoyos recíprocos*. É certo, contudo, que o Direito Penal não pode e não deve estabelecer-se em face das dificuldades probatórias, sobretudo pelo fato de que tais dificuldades podem, não raras vezes, ser superadas mediante o estabelecimento da adequada tipificação, aliada ao adequado conhecimento dos mecanismos econômicos envolvidos.

Outro fator estrutural que potencializa as dificuldades e obstaculiza a localização dos ativos decorre do crescimento das atividades classificadas como submersas, negra ou fora de contabilidade em diversos setores das economias nacionais, inexistindo controle pelas estatísticas oficiais.

De acordo com Cervini<sup>351</sup>:

La variable economía sumergida implica dificultades adicionales para el análisis. Una inicial se da nivel de los componentes del mismo sector. Al respecto, es observable que si bien el mismo comprende un variado espectro de actividades ilegales que van desde el tráfico de drogas al de armas, metales preciosos, obras de arte hurtadas, secuestros extorsivos, etc., también fundamentalmente incluye actividades legales como la compra de bonos, acciones, bienes raíces, etc., no siempre fácilmente distinguibles de las primeras.

Entre essas atividades encontram-se (i) as atividades à margem da economia monetária, representadas pelo autoconsumo, como as trocas entre os grupos agrários; (ii) as atividades econômicas delitivas como o contrabando, o tráfico de substâncias entorpecentes, armas e pessoas, e a prostituição; (iii) e as atividades econômicas que iludem os deveres fiscais.

Importante é, além disso, recordar as características do mercado financeiro internacional, tendo em vista que a prioridade dos *blanqueadores* está concentrada na tentativa de inclusão de seus “ativos” nos mercados legais, mesclando-os com recursos sem nacionalidade que circulam eletronicamente ao redor do mundo. A globalização e a dificuldade de regular e controlar as operações bancárias, o crescimento acelerado do mercado

---

<sup>351</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37.

mundial e o emprego generalizado das transferências eletrônicas são algumas das características das atividades bancárias internacionais. Neste último caso, aliás, onde inexistia hiato temporal entre a ordem de transferência e a transferência efetiva, incrementam-se, substancialmente, as dificuldades de prevenção e de monitoramento.

Assim, a tipificação da conduta da lavagem de dinheiro, obedece, sem qualquer sombra de dúvida, à importância que a licitude do tráfico de bens e capitais tem para o correto funcionamento da ordem socioeconômica. Neste sentido, Bajo e Bacigalupo<sup>352</sup> nos ensinam que “*la regulación en el ámbito jurídico-penal es una preocupación supranacional, cuya tipificación viene siendo impulsada por organizaciones internacionales*”.

Ao serem destacados os pontos e as características do *blanqueo del capital*, não há dissenso quanto ao fato de que a dimensão internacional do fenômeno apresenta as maiores e mais significativas dificuldades para o enfrentamento adequado e eficaz da criminalidade *sub examen*. Essa constatação exige e impõe a convergência das inúmeras iniciativas legislativas e medidas adotadas ou sugeridas no âmbito multilateral por grupos de países ou mesmo por organismos intergovernamentais.

Diante das constatações lançadas ao longo do presente ensaio, parece meridianamente claro que as transformações da ordem econômica, com suas conseqüentes repercussões nas relações sociais, têm proporcionado a aparição de novas formas de enriquecimento ilícito, baseadas em desvios de conduta que se aproveitam das amplas possibilidades que oferece uma economia fundamentada na intensidade e volatilidade do crédito e na impressionante velocidade do tráfico comercial.

Os níveis de delinquência econômica, por consectário lógico, estão condicionados, em maior ou menor grau, aos níveis de eficácia dos mecanismos de controle estatais.

Para Ferrajoli<sup>353</sup> “Es de todo modo cierto, a la luz de la experiencia del pasado, que el futuro de nuestra democracia depende de repensar y de refundar las formas de legalidad y las garantías requeridas para las funciones específicas de un Estado Social del Derecho”.

Desta maneira, mostra-se imprescindível que a elaboração das leis seja desenvolvida com prudência e apurada técnica legislativa, na medida em que no Estado Democrático e Social de Direito devem existir consistentes limites ao *jus puniendi* do Estado, em observância dos princípios da legalidade e da culpabilidade. A elaboração de legislações úteis

---

<sup>352</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 676. (Colección Ceura).

<sup>353</sup> FERRAJOLI, Luigi. Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la Crisis Italiana y el rol de la magistratura, in poder y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, año 1, n. 1, p. 128, 1995.

no campo da macrodelinquência econômico-financeira, em especial no que diz respeito à lavagem de dinheiro, compara-se, segundo Cervini<sup>354</sup>, com uma “operación de microcirugía, donde se impone un mínimo de actividad com el instrumento más preciso”.

No tema *sub examen*, entretanto, estamos com Faria Costa<sup>355</sup>, quando, com clareza, afirma:

Desde esta óptica, consideramos que la criminalización del blanqueo de capitales se impone como una de las medidas capaces de sostener o de impedir una propagación desenfreada de tal práctica. Además, si se toca, tal criminalización deber ser observada y valorada – y aquí hablamos en el ámbito de una comprensión estrictamente penal – a la luz de mecanismos jurídicos-procesales y también materiales – especialmente en lo referente a la aplicación de la ley penal en el espacio – que posibiliten un mínimo de efectividad ante un fenómeno que se sabe que tiene raíces manifestamente internacionales.

E neste ponto, Cervini<sup>356</sup>, com precisão cirúrgica, pontua:

Como vemos, si bien se ve como imprescindible el desarrollo de una eficaz cooperación judicial internacional en asuntos penales, principalmente tratándose de delitos de narcotráfico, ello no quiere decir que dicha cooperación puede realizarse de cualquier modo o en cualquier circunstancia.

Estabelecer uma política criminal global, com a necessária colaboração com os meios de controle de circulação econômico e financeira, é medida imperiosa para o adequado enfrentamento do tema. É inafastável, pois, a urgência de serem desenvolvidos institutos de proteção da ordem econômica, sancionando aquelas condutas socialmente danosas por meio das respostas mais idôneas àqueles comportamentos, preenchendo-se as lacunas que impedem a eficaz punição dos transgressores, sempre objetivando a proteção da economia.

### 4.3 Intervenção necessária e política criminal

Segundo o arguto jurista Callegari<sup>357</sup>, a política criminal vigente, contaminada pelos “novos riscos” da sociedade contemporânea, está marcada por “[...] uma notável ampliação do

<sup>354</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 73.

<sup>355</sup> FARIA COSTA, José de. El blanqueo de capitales (algunas reflexiones a la luz del derecho penal y la política criminal. In: FARIA COSTA, José de. *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedmann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 676.

<sup>356</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 65.

<sup>357</sup> CALLEGARI, André Luís. A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 6, p. 33, 2010.*

âmbito da intervenção penal e pela proeminência que é dada ao Direito Penal, em detrimento de outros instrumentos de controle social”.

Com fulcro nos ensinamentos de Zuñiga Rodrigues, Callegari<sup>358</sup> sustenta ser a Política Criminal que

[...] permite a conexão do sistema penal aos princípios básicos do Estado Democrático de Direitos, aos valores constitucionais, ou seja, ao primeiro fundamento de racionalidade que se demanda em uma elaboração legislativa em sede penal. A Política Criminal, no âmbito de seleção dos instrumentos para enfrentar a criminalidade, coloca como princípio fundamental a subsidiariedade, como expressão do princípio geral do Estado Democrático do Direito.

Inequívoco que a complexidade do tema da política criminal – sobretudo em função da transição de paradigmas estabelecidos – pode ser descrita a partir de inúmeros pontos teóricos de observação, proporcionando diferentes visões desse mesmo fenômeno.

Para Sánchez<sup>359</sup> a política criminal proporciona a necessária “[...] referencia a fines y valores, al cumplir la ‘misión política’ de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva de lege ferenda) o su propia aplicación en el presente (perspectiva de lege lata) a las finalidades materiales del Derecho penal”.

Marques<sup>360</sup>, por seu turno, após analisar os posicionamentos, dentre outros, de José Antón Oneca<sup>361</sup>, Jiménez de Asúa<sup>362</sup>, Basileu Garcia<sup>363</sup> e Von Liszt<sup>364</sup>, sustenta que é por meio da política criminal que o penalista desenvolve a “[...] tarefa da crítica objetiva, inerente

<sup>358</sup> CALLEGARI, André Luís. A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 6, p. 43, 2010.*

<sup>359</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 48.

<sup>360</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal.* 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 93-95.

<sup>361</sup> A política criminal “[...] é a crítica das instituições vigentes e preparo de sua reforma, consoante os ideais jurídicos que se vão formando à medida que o ambiente histórico-cultural sofre modificações”. ONECA, José Antón, *Derecho penal*, v. 1, p. 12 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal.* 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 93.

<sup>362</sup> A política criminal não mais que uma parte do Direito Penal, como corolário da dogmática-crítica; em síntese, “[...] no es más que el arte de trespasar en un momento determinado, a la legislación positiva, la aspiración proveniente de los ideales, ya realizable”. ASÚA, Jiménez de, v. 1, p. 144 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal.* 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 93.

<sup>363</sup> “A política criminal examina o Direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias [...] O seu meio específico de ação é, em verdade, a legislação penal”. GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, v. 1, p. 37 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal.* 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 93-94.

<sup>364</sup> O entendimento de Von Liszt sobre política criminal – que conforme Marques, está praticamente rejeitado – consistia no conjunto sistemático de princípios segundo os quais deve o Estado conduzir a luta contra o crime por meio da pena e instituições afins e dos efeitos da pena e medidas congêneres. VON LISZT, Franz Ritter *Derecho penal*, v. 1, p. 36 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal.* 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 94.

à própria dogmática, quando esta não fica amarrada a um estreito positivismo ou ao tecnicismo hipertrofiado”.

Zaffaroni<sup>365</sup>, afastando os argumentos de Liszt<sup>366</sup>, sustenta que de modo algum se pode considerar que o princípio da legalidade obste ou se confronte com a política criminal. De acordo com o mestre argentino:

No obstante, la circunstancia de que quede cortado el cordón umbilical entre decisión política y norma, no significa que haya entre ambas una desvinculación total y absoluta, puesto que la carga genética de la decisión política es conservada por la norma. [...] la decisión política forma parte de una política general que se traduce en todo el orde jurídico y que se hace patente a lo largo de todo el derecho penal, sirviendo como criterio orientador par el intérprete, quien sólo se encuentra limitado por el principio de legalidad en cuanto a la extensión de lo punible. Así como la legislación penal es parte de la legislación en general, es decir, del ordenamiento jurídico, debiendo ser interpretada siempre dentro de este contexto, la política criminal es también un capítulo de la política general, que debe ser siempre entendido dentro de este marco general. De allí surge la relación íntima que existe entre la política criminal y las ideologías políticas [...].

Substancialmente, cumpre registrar que o elenco das Constituições reforça, de certo modo, o vínculo existente entre política e direito penal, dramatizando as relações problemáticas. Para tanto, afirma Pallazo,<sup>367</sup>

[...] leva em conta, em primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do direito penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes limites constitucionais garantidores, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal. Para tanto, considera, em segundo lugar, a satisfação da assinalada exigência de eticidade, o que se dá por meio das várias afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana, bem como, de igual forma, os eternos problemas do fundamento e da finalidade do *jus puniendi* que podem encontrar uma solução parcial, quer quando seja possível reconduzir a ordem dos bens penalmente tutelados àquele vasto consenso democrático que serve de fundamento para a ordem dos valores constitucionais, quer, ademais, quando possibilite a valorização constitucional do direito penal, não somente como limite à liberdade, mas, também, como instrumento de liberdade individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares. Conseqüentemente, daí resulta que ‘cada conceito político-criminal’, como

<sup>365</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1996. p. 86-87.

<sup>366</sup> O entendimento de Von Liszt sobre Política Criminal, hodiernamente, está praticamente rejeitado. Para Liszt, a Política Criminal seria o conjunto sistemático de princípios segundo os quais deve o Estado conduzir a luta contra o crime por meio da pena e instituições afins e dos efeitos da pena e medidas congêneres. Vide: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1., p. 94.

<sup>367</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 17-18.

tal influente sobre marcantes traços dos vários institutos jurídico-penais, seja ‘sempre colocado no âmbito de referência de uma determinada situação estatal, especialmente no quadro de ordem da Constituição’.

De qualquer desses pontos de análise, não se pode, contudo, desconsiderar as relações, a, um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas, entre política e direito penal. Há, ademais, um insuprimível componente político no labor legislativo.

Certo é que a função punitiva pode ser encontrada nos mais remotos momentos da vida associativa, sendo que suas primeiras manifestações ocorrem no campo do Direito Penal pela função punitiva e face à necessidade de assegurar a unidade, a coesão e a organização do grupo. O Direito existiu primeiramente enquanto sanção, para, somente depois de constantes e inacabadas evoluções, servir como sistema de disciplina das complexas relações que se estabelecem entre os homens, entre os homens e as coisas, entre os homens e o Estado e entre Estados<sup>368</sup>.

A pena, em especial a criminal, destaca-se na forma de uma reação da coletividade pela violação das normas de convivência a todos impostas. Resta evidente que o Estado não tem “direito” a incriminar nem a apenar, mas unicamente o “dever” de fazê-lo, porque é um dever que surge de sua própria função, vale dizer, de sua própria razão de existir. O Estado existe porque é necessário para possibilitar a coexistência e para esta função resulta imprescindível incriminar e apenar, pois de outro modo não se pode tutelar adequadamente certos bens jurídicos contra determinados ataques.

Dessa maneira, diante de um sistema positivista, instituído de acordo com o modelo proposto por Kelsen, a característica preponderante em todas as possíveis relações existentes reside na hierarquia que vigora no sistema e pelo qual a norma constitucional, centro de fundação do Direito, constitui o padrão de validade das normas penais<sup>369</sup>. É através do Direito Penal que o Estado exerce sua mais rigorosa forma de *censura* às atividades que julga perniciosas à vida social.

A análise acurada do Direito Penal revela-nos a orientação da ideologia dominante, a partir da percepção da eleição do interesse jurídico, a ser tutelado pela norma penal, do estabelecimento da sanção de acordo com a gravidade do delito, do balizamento abstrato aos

---

<sup>368</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição*: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 99.

<sup>369</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição*: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 112.

mecanismos de execução da pena, das garantias conferidas pela Constituição às normas processuais, dentre outros elementos.

Para Lopes<sup>370</sup>, toda a estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social.

Segundo o arguto doutrinador:

Toda estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. O Direito, como fenômeno ou fato social, não é o produto da vontade do legislador e muito menos de entidades ou divindades. Não é uma criação do espírito humano ou a projeção de uma ideia eterna que exista fora da realidade concreta. A norma jurídica não é, também, a emanção de uma norma existente fora do sistema legal ou de princípios eternos e sagrados. O Direito é um fenômeno social, histórico e concreto que somente pode ser entendido questionando-se a realidade social e o processo histórico em que ele se manifesta.

O Direito Penal não é apenas um sistema abstrato de proibição de condutas, é também um sistema concreto de imposição de penas, cuja sanção primordial continua a ser a limitação do direito à liberdade do infrator, por isso a sanção criminal constitui, no dizer de Pallazo, a mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual. Ela deve corresponder ao mais grave ataque desferido pelo indivíduo aos bens sociais máximos tutelados pelo Estado.

Hodiernamente, não se pode permitir mais que a dogmática tradicional mascare o estudo do problema das relações entre direito e política, ao lado da ideia do papel do Direito como obstáculo para mudança social ou como manifestação ideológica da dominação de classes<sup>371</sup>.

Indisputável a afirmação de que o Direito Penal não poderá mais encapsular-se no seu reducionismo dogmático, ficando alienado dos fins próprios do Direito na modernidade que reclama por mais justiça<sup>372</sup>.

É claro que a norma jurídica não se encontra isolada, mas, isso sim, faz parte de um sistema. Ela é parte integrante e constitui uma ordem jurídica consequente da decisão

---

<sup>370</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 136.

<sup>371</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 28-29.

<sup>372</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 140.

política. Dessa maneira, deve harmonizar-se ao todo jurídico já existente ou a ser transformado.

As decisões políticas, diz Lopes,<sup>373</sup>,

[...] traduzem-se em todas as normas jurídicas que se complementam, recortam ou limitam umas às outras como consequência da inadmissibilidade de contradição ética do Direito. As decisões políticas podem ser contraditórias, e, de fato, muitas vezes o são, mas o ordenamento jurídico há de estar imune e tal contradição, harmonizando-se dentro do sistema legal.

O texto Constitucional, ademais, também exerce significativa influência na relação existente entre a política criminal e o Direito Penal, sobretudo pelos reflexos originados de seus princípios e valores em matéria penal.

O direito à vida, incrustado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e protegido pela qualidade da inviolabilidade, não pode ficar limitado ao aspecto formal da norma constitucional. A vida, protegida pelo texto constitucional, não se reduz ao simples direito à respiração ou à existência cotidiana em condições, por vezes, inumanas. O Estado, que deve se tornar “propulsivo”<sup>374</sup>, buscará sempre o estabelecimento de padrões mínimos de dignidade, por meio da proteção de valores e interesses indispensáveis à realização de condição de todas as pessoas, atendendo àquelas necessidades reais fundamentais que compõem o conceito de direitos humanos. Para tanto, não se pode ficar limitado ao fornecimento dos meios legais.

Lopes<sup>375</sup>, sintetizando essa ideia, afirma que a expressão

[...] Dignidade não tem seu limite num mero conceito honorífico, como pudesse o absoluto miserável, abandonado pelo Estado, a habitar sob viadutos, alimentar-se de restos, vestir-se de trapos, ainda assim ter considerada sua dignidade no aspecto formal. À evidência que a ideia de dignidade da pessoa humana, no sentido de um Estado Democrático de Direito, compreende status objetivo, material, consistente no pleno acesso às condições necessárias para promoção do sentimento pessoal de satisfação.

Essas reflexões fazem-se necessárias para que nos demos conta do verdadeiro descompasso que muitas vezes se estabelece entre o direito penal positivo e os valores

<sup>373</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 143-144.

<sup>374</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.

<sup>375</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1997. p. 189.

fundamentais instituídos pela ordem constitucional vigente. De acordo com Carvalho<sup>376</sup>, “De um lado, aponta-se a necessidade impostergável de que a norma penal se apóie nos valores constitucionais; e, de outro lado, indaga o Direito Penal e o que pode fazer pelos objetivos fundamentais proclamados no art. 3º da Constituição”.

Há uma intrínseca e específica politicidade do Direito Penal, derivada da absoluta falta de qualquer espaço de autonomia privada ou da natureza da soma de bens que este ramo do Direito se propõe a tutelar, por meio, inclusive, da imposição da pena criminal.

Diante desdas considerações, Pallazo<sup>377</sup> afirma que

[...] vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.

É inegável o significativo vínculo existente entre os textos Constitucionais e o Direito Penal. Em face disso, a instrumentalização política do direito penal sofre limitações com a imposição dos limites constitucionais à imposição da sanção criminal. A valorização constitucional do Direito Penal exsurge como limite à liberdade e como instrumento de liberdade individual contras as agressões provenientes do Estado ou de particulares.

Diante dos avanços significativos da Política Criminal, bem como das transformações do Direito Penal, Díez Ripollés apresenta quatro posições da doutrina a respeito do tema.

A primeira (1), baseada na denominada escola de Frankfurt, representada por Winfried Hassemer, caracteriza-se como uma estratégia que se esforça para manter incólume o edifício conceitual do Direito Penal clássico, sem deixar de reconhecer as necessidades sociais de intervenção. Propõe, portanto, a criação de um *derecho de intervención*, que se encontra no meio do caminho entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador. Esse direito de intervenção encarregar-se-ia da nova criminalidade, decorrente da sociedade de risco.

Resignada com as novas demandas sociais que se impõem à Política Criminal, e buscando reduzir o seu impacto sobre o Direito Penal, a segunda (2), admite a influência e

<sup>376</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 11.

<sup>377</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 103.

repercussão das exigências sociais sobre o Direito Penal. Formulada por Jesús-María Silva Sánchez, propõe a necessidade de um Direito Penal de segunda velocidade, que se ocuparia das perturbações sociais modernas.

Envolvida com a construção e interpretação dos novos conceitos jurídicos e figuras delitivas, a *modernización del derecho penal* é a (3) terceira posição da doutrina sobre o tema. Essas novas medidas de intervenção penal incidem, sobretudo, nos âmbitos sociais operados, de modo predominante, pelos setores privilegiados da sociedade.

Qualificada como uma resistência garantista, a (4) quarta posição da doutrina baseia-se na compreensão de que as propostas “modernizadoras” estão determinadas por um ilusório afã de trocar as garantias por eficácia.

De tudo anteriormente exposto, parece evidente que somente chegaremos a uma correta e adequada interpretação do Direito Penal quando a fizermos com as lentes do texto Constitucional, com foco nas novas necessidades do Estado contemporâneo. Na medida em que estamos diante de uma Constituição dirigente, voltada à transformação da sociedade em busca da justiça social, o Direito Penal, parte integrante do ordenamento jurídico, na linha do pensamento desenvolvido por Carvalho<sup>378</sup>, “[...] necessita ser integrado nesse processo de transformação social, não podendo permanecer, ao contrário, como um seu obstáculo, um propulsor de injustiças sociais”.

O fato crucial é que não se pode perder de vista que o Direito Penal tem-se mostrado mais eficaz do que os demais ramos do Direito na prevenção das condutas especialmente perigosas, razão pela qual as estruturas de perigo mostram-se imprescindíveis para a proteção de determinados bens jurídicos coletivos, sobretudo quando não se pode ou não é conveniente esperar a concretização de sua efetiva lesão<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 161.

<sup>379</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 143.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, resta suficientemente claro que as decisões acerca da política criminal passaram a ter uma significativa relevância sobre a sociedade. O Direito Penal – responsável pela formalização legal de um programa de política criminal determinado – está sempre condicionado pelo processo de eleição daqueles bens jurídicos que serão tutelados pelo ordenamento jurídico.

De outra parte, as transformações que se operam na sociedade contemporânea produzem reflexos significativos nas estruturas tradicionais da modernidade, em especial, o Direito e o Estado, tomados pela imposição de programas curtos (“era do efêmero”). As evoluções contemporâneas, propiciando o crescimento do conforto e do bem-estar, também são acompanhadas pelos riscos da modernização, caracterizados por ameaças e debilidades que projetam para um futuro incerto e pela globalidade de sua ameaça, acarretando o aumento da demanda por segurança, diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais. O aumento da demanda por segurança, por sua vez, resta preenchido pelos elementos subjetivos da escassa confiança na capacidade dos poderes públicos para enfrentar o problema da criminalidade.

Tal cenário de desconfiança propicia o surgimento de propostas voltadas para a construção de um paradigma da “segurança cidadã”, sendo um dos aspectos da expansão do direito penal, utilizado como mecanismo mágico de diferimento e transferência de crises, além de vinculado à excessiva preocupação com a atratividade eleitoreira da opção político-criminal (populismo penal).

Importante destacar também que o exagerado sentimento de insegurança guarda estreita vinculação com a maneira pela qual o tema é abordado pelos meios de comunicação, *locus* da apreensão da realidade e que não pode prescindir do agir ético sob pena de ser utilizado na difusão dos discursos de legitimação da expansão do Direito Penal, em especial, pelo fato de não termos uma clara definição de um modelo de política criminal a ser perseguido.

Cresce de importância, assim, a identificação do adequado modelo de intervenção penal, de modo que a proteção penal dos bens jurídicos dependerá, necessariamente, do cotejamento com os princípios constitucionais. Não é demasiado reforçar que todo preceito penal deve encerrar um bem jurídico, funcionalmente concebido, devendo ser buscada na ordem constitucional a extensão e o conteúdo do bem jurídico, como realidade unitária, cabendo ao Direito Penal proteger os bens jurídicos fundamentais. A infiltração dos valores

preconizados pelo texto Constitucional possibilitará a adequada mensuração daqueles bens jurídicos que efetivamente necessitam da proteção penal, criando-se um estreito e limitado elenco de bens jurídicos compatibilizados com a Carta Política.

Diante da profusão de Modelos Penais (Garantista, Ressocializador, de Intervenção Penal de Segurança Cidadã, Penal *Bienestarista*, dentre outros), parece-nos mais adequado sustentar que o que deve prevalecer, em verdade, são as características de mais de um Modelo, sobretudo pela significativa transformação dos modelos jurídico-penais. O Direito Penal, por exemplo, somente deve atuar diante das infrações mais graves aos bens mais importantes (Garantista), mantendo legitimidade e capacidade para ressocializar o delinquente (Ressocializador), além de observar o delicado e imprescindível equilíbrio que deve existir entre o interesse social de proteção a certos bens jurídicos e a intromissão do Estado nos direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Além disso, os debates devem estar centrados na localização de modelos mais eficazes de prevenção da delinquência (*Modelo Penal Bienestarista*), antepondo-se a modelos que se limitam a enfrentar os sintomas da criminalidade, em decorrência da complexidade do fenômeno.

Em um Estado Democrático e Social de Direito será na Constituição e em sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela, imbuídos dos valores cristalizados na ordem político-constitucional. A partir dessa definição, partindo-se do fato de que a ordem constitucional vigente estabeleceu um modelo econômico capaz de concretizar direitos sociais, possibilitando a implementação da justiça social, parece minimamente razoável que a criminalidade contra a ordem econômico-financeira – causa de desajuste social - por solapar a concretização daqueles direitos sociais e a própria concretização da justiça social, merece tratamento atento.

Diante desse cenário, a ordem econômica como objeto de proteção penal coincide com o entendimento de ordem econômica e social tutelada pela Constituição Federal, de onde se extrai a expressão “Constituição econômica”, sendo que o Direito Penal Econômico é parte integrante do Direito Penal, que se aglutina em torno de um denominador comum: a atividade econômica.

Insta destacar, novamente, que o fato de os delinquentes econômicos não considerarem criminosas as suas ações explica, de certo modo, a manutenção dos desvios de conduta, lastreados em diversas razões (alta posição social; habitualidade na prática delituosa; construção de um estereótipo de criminoso vinculado às classes inferiores). De outra parte, são inúmeras as dificuldades impostas ao enfrentamento eficaz da criminalidade econômica, decorrentes, especialmente, das características específicas do fato, da especial atitude que

mantém a sociedade frente ao delinquente econômico e ao fato em si, bem como pelas dificuldades para a persecução realizada por meio do Sistema de Justiça Penal. Interessa, aqui, o aspecto qualitativo dos delitos econômicos, revelado pela magnitude de interesses lesados.

Apesar de vulnerar a ordem econômica do país (bem jurídico tutelado), rompendo o equilíbrio dos fatores que integram a estrutura da ordem econômica nacional, os delitos econômicos não atraem a valoração coletiva reprobatória, mantendo uma aparência externa de licitude. Para a correta e adequada proteção da ordem econômica, o legislador deverá regular e atualizar os temas da criminalidade informática, a proteção do mercado de valores, o abuso de informação privilegiada, os crimes societários, a responsabilidade penal da pessoa jurídica (naquilo que couber), a lavagem de dinheiro, a corrupção, o abuso do poder econômico, a concorrência desleal.

A criminalidade econômica pertence a um grau de hierarquia superior à da criminalidade clássica, e, por isso mesmo, merece tratamento mais severo, obedecidas as suas particularidades de delitos que têm como bens jurídicos valores supraindividuais, consagrados pela Constituição como essenciais à vida em sociedade. Os delitos econômicos trazem consigo – pois lhe é inerente – um significativo abuso de poder que onera a sociedade com custos econômicos bastante elevados.

Diante destas premissas e levando-se em consideração que nosso texto constitucional optou pelo desenvolvimento nacional equilibrado pela justiça social, não podem ficar sem uma adequada resposta as atividades delituosas contra a ordem econômica, sendo que o Direito Penal, inclusive com a imposição de pena privativa de liberdade, apresenta-se como a medida mais adequada para o sancionamento das condutas ilícitas de caráter econômico, como resposta para as exigências da proporcionalidade e da necessidade para uma prevenção geral.

Importante também é oferecer mecanismos eficazes aos integrantes do Sistema de Justiça Penal (Polícias Civil e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário), visando à qualificada persecução penal do delinquente econômico. O efeito intimidador e preventivo da pena representa estratégia efetiva para a garantia de proteção dos direitos fundamentais, sendo que uma das variantes do princípio da proporcionalidade, aplicado para controlar a constitucionalidade da legislação penal, é a proibição da proteção deficiente.

Diante do novo contexto constitucional, devem ser analisados, concomitantemente à delinquência tradicional, os delitos praticados pelas pessoas mais favorecidas economicamente, a fim de se evitar a cristalização do processo de seletividade. O processo de seletividade é tão marcante, como já se disse, que nem mesmo os autores dos delitos de

colarinho branco, por força das medidas imunizadoras, sequer reconhecem o desvio de conduta.

Os reflexos diretos e indiretos que incidem sobre a sociedade, em função da política criminal adotada em nossa realidade, restam fortalecidos diante da manifesta seletividade imposta pelas escolhas do legislador (criminalização primária) e pelo processo de filtragem do Sistema de Justiça Criminal (criminalização secundária), contribuindo para a perpetuação da operatividade discriminatória da repressão penal, cujos resultados são revelados a partir da análise do perfil e do significativo crescimento da população carcerária brasileira, tudo isso culminando em uma “gestão diferencial da criminalidade”<sup>380</sup>.

Tal contexto coloca-nos diante de uma realidade indesejável, qual seja, a da inefetividade da aplicação dos princípios dos direitos humanos e da dignidade humana na atualidade. Além disso, constata os reflexos na formação do perfil quali(quantitativo) da população carcerária brasileira, composta basicamente por aquela significativa parcela da população esquecida pelo Estado no atendimento das necessidades reais fundamentais que compõem o conceito de direitos humanos, em especial, diante da exclusão dos direitos de ordem econômica e social da pauta de reivindicações, afastando-se do ideal de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos.

A superlativa preocupação com o imediato, com o consumo fácil e difundido, assim como a imposição de programas curtos afetam o desenvolvimento da pauta de reivindicações no âmbito dos direitos humanos. Essa circunstância reforça a necessidade de que seja encurtada a distância existente entre o estabelecimento dos direitos, no mundo teórico das leis, e a sua efetiva proteção, no mundo real, pois o desafio, nos dias atuais, não é tanto em prosseguir na enunciação dos direitos humanos, mas sim em efetivá-los.

Vivemos, nos dias atuais, em um mundo constituído pela exacerbação das ideias de autossuficiência e de independência, em uma sociedade individualista, atomizada e egoísta, responsável pelo surgimento de um mundo extremamente desigual e fragmentado, onde se excluem da pauta de reivindicações os direitos de ordem econômica e social. Na medida em que não são observados padrões mínimos de dignidade, abre-se espaço exageradamente alargado para a formação de uma massa de excluídos, desconsiderando-se que a proteção de valores e interesses indispensáveis à realização de condição de todas as pessoas não pode ficar limitada a um pequeno grupo de privilegiados.

---

<sup>380</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2012. p. 93-103.

Os obstáculos se agudizam e as dificuldades se instalam com mais força quando nos damos conta de que o atual contexto social - recheado de novos sentimentos de insegurança e consequente expansão do Direito Penal - coincide com o dismantelamento do Estado de Bem-Estar, cenário em que as desigualdades sociais se aprofundam.

O problema central na discussão que se está aqui propondo exsurge, entretanto, da flagrante inobservância dos princípios da igualdade, dos direitos humanos e da dignidade humana, quando nos deparamos com o perfil dos destinatários do programa criminalizante. Os “clientes preferenciais” do Direito Penal - ao menos aqueles que são encaminhados ao cárcere - são negros e pardos, pobres e parcamente instruídos, autores de crimes patrimoniais. Tal seletividade, somada à quase inexistente aplicação de medidas voltadas à ressocialização dos apenados - cumprindo pena em estabelecimentos sem qualquer condição para esta finalidade - esclarece, ao menos em parte, as razões pelas quais a perpetração de novos delitos tem sido a realidade dos egressos do sistema prisional.

Apesar das dificuldades em se evitar as consequências negativas advindas do internamento, a pena privativa de liberdade facilita a aproximação para a reeducação. Não, evidentemente, como se tem tentado aplicar atualmente, em estabelecimentos que não possuem as mínimas condições de higiene, salubridade e, por incrível que pareça, segurança. O Estado - quando consegue - se encarrega de impedir a saída dos apenados. O que ocorre dentro (e não raras vezes, fora) das prisões - em especial, em grandes estabelecimentos - no entanto, fica sob a “responsabilidade” dos presos. A enorme e injustificável quantidade de armas, substâncias entorpecentes e aparelhos de telefone celulares apreendidos em revistas de rotina dão a dimensão desse sério e grave problema.

Ao ingressar no estabelecimento prisional, o preso deve, necessariamente, filiar-se a um “grupo”, assumindo o compromisso - sob pena das mais diversas “sentenças”<sup>381</sup>, que variam desde a fratura de um membro, ameaça a familiares, ou mesmo a morte - de enviar dinheiro para seus “companheiros” quando alcançar a liberdade. O retorno ao convívio social é doloroso, estigmatizante e excludente, formando-se um círculo vicioso da prática criminal que dificulta a reaproximação com a comunidade e colabora para a manutenção do sistema penal.

Indispensável, assim, que sejam encontradas formas de implementar medidas voltadas à ressocialização dos apenados. O efetivo reconhecimento de que o cerceamento da liberdade não restringe outros direitos daqueles que cumprem pena é um bom ponto de partida, não se

---

<sup>381</sup> A “justiça”, neste caso, não falha e também não tarda.

podendo olvidar que se deve a eles garantir a efetivação do princípio da *dignidade da pessoa humana*, valor-fonte que inspira e conforma todo o ordenamento jurídico pátrio. A necessidade de ressocialização deve balizar o critério decisivo das exigências de prevenção especial.

A aplicação de medidas voltadas à reintegração social depende, necessariamente, de meios e de pessoal capacitado e adequado, o que infelizmente está longe de ser uma realidade. Importa também destacar que a insuficiência da participação da sociedade na tarefa da reinserção social do indivíduo é um dos fatores que, em grande parte, contribui para que os resultados não sejam minimamente satisfatórios.

Indisputável, por consectário lógico, que o apaziguamento dos conflitos não pode ser deixado à vontade dos apenados, na medida em que a vingança e a Lei de Talião – demasiadamente imediatas - não dispõem de “metaprincípio” que lhes permitiria elevar-se acima do cara a cara das reivindicações opostas. A justiça, reitere-se, enfim substitui a vingança, a deliberação ultrapassa a violência, enquanto o tempo da memória é substituído pelo perdão.

Abandonar o ideal ressocializador, etapa integrante do cumprimento da pena privativa da liberdade, insiste-se, é voltar à simples vingança institucionalizada e oficial, o Estado apenas substitui a vítima. Aliás, os condenados podem, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento. Ao cumprir a pena imposta - dívida contraída com a sociedade - estarão livres para a tentativa de reconciliação. Não restam dúvidas de que o efetivo perdão (esquecimento) abre o caminho para a – tentativa de – reinserção. Com esta perspectiva estaremos aptos ao perdão, ato de memória e aposta no futuro.

Assim, importante é que se institua nos ordenamentos jurídicos uma cláusula de sociabilidade, por meios e modos diversos, que objetive a reforma do sistema sancionatório e da execução penitenciária, visando à ressocialização do réu como meta. Enquanto não tivermos maturidade suficiente e responsabilidade necessária para o enfrentamento desse sério problema que atinge a humanidade, sobretudo nos tempos modernos, estará sempre à nossa espreita o risco da destruição dos últimos restos de liberdade.

Não encontrando para já, no domínio científico, qualquer argumento convincente que leve ao abandono do pensamento ressocializador – se por considerações utilitárias nos devêssemos bastar – o que importa é traçar com clareza os princípios a que obedece a mudança de enfoque da prisão na reforma do direito penal. Assim, deve predominar uma aproximação mais realista e menos ideologizada a respeito dos resultados que podem ser

obtidos frente à grande diversidade de técnicas existentes, sendo injustificado colocar a ressocialização em um segundo plano frente a outros efeitos da pena.

Por fim, resta referir que o sucesso na busca de uma Política Criminal igualitária passa necessariamente pela superação dos paradigmas estabelecidos, por meio do emprego da crítica objetiva. A Política Criminal deve ser interpretada, sempre, tendo como pano de fundo as diretrizes do texto Constitucional (local onde melhor se reproduz o jogo de forças sociais e políticas), centro de fundação do Direito e esteio de validade das normas penais, onde deve ser harmonizado todo ordenamento jurídico, com foco nas novas necessidades do Estado contemporâneo.

Os juízos a respeito de direitos e políticas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, e devem ser tratados, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito. Para tanto, devem ser eliminados os tratamentos diferenciados dispensados à “clientela tradicional” e aos autores dos crimes do “colarinho branco” que, infelizmente, ainda perduram no funcionamento discriminatório do sistema repressivo.

O texto Constitucional, em derradeira análise, exerce significativa influência na relação existente entre a política criminal e o Direito Penal, sobretudo pelos reflexos originados de seus princípios e valores em matéria penal, limitando a instrumentalização política. O Direito Penal tem-se mostrado mais eficaz do que os demais ramos do Direito na prevenção das condutas especialmente perigosas, razão pela qual as estruturas de perigo mostram-se imprescindíveis para a proteção de determinados bens jurídicos coletivos, sobretudo quando não se pode ou não é conveniente esperar a concretização de sua efetiva lesão<sup>382</sup>.

Impõe-se a convergência das inúmeras iniciativas legislativas e medidas adotadas ou sugeridas no âmbito multilateral por grupos de países ou mesmo por organismos intergovernamentais, qualificando-se os mecanismos de controle estatais. A elaboração das leis deve ser desenvolvida com prudência e técnica microcirúrgica na medida em que no Estado Democrático e Social de Direito devam existir consistentes limites ao *jus puniendi* do Estado, em observância dos princípios da legalidade e da culpabilidade.

Estabelecer uma política criminal global, com a necessária colaboração com os meios de controle de circulação econômico e financeira, é medida imperiosa para o adequado

---

<sup>382</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 143.

enfrentamento do tema. Inafastável a urgência de serem desenvolvidos institutos de proteção da ordem econômica, sancionando aquelas condutas socialmente danosas por meio das respostas mais idôneas àqueles comportamentos, preenchendo-se as lacunas que impedem a eficaz punição dos transgressores, sempre objetivando a proteção da economia.

Não restam dúvidas de que em lugar da violência e da criminalidade devem prevalecer o direito e a justiça, internamente e para além das fronteiras dos Estados. Para tanto, faz-se necessária a instituição de uma ordem global de paz que venha a dominar as diversas formas de violência global, para o que se impõe o desenvolvimento de um modelo integral de Política Criminal, objetivando a implementação e efetiva vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos princípios da dignidade e dos direitos humanos.

Devemos retomar como propósito o empreendimento dos esforços necessários à *modernización del derecho penal*, libertando-o do estigma de ser o *Derecho de los pobres*, assegurando-lhe que cumpra realmente a sua função precípua, a de ser um Direito orientado para a salvaguarda dos pressupostos essenciais para a convivência. O caráter essencial “[...] *de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos, obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal*”<sup>383</sup>.

A redescoberta e a recuperação de princípios - exigências coerentes e funcionais na preparação de um direito penal mais eficiente e, em consequência, mais eficaz - não afastam uma mais penetrante e rigorosa tutela de valores tradicionais, assegurando-os plenamente, sem quaisquer exceções ou concessões, em face das contrapostas exigências semelhantemente constitucionais<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros, 2007. p. 122.

<sup>384</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 120.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1976.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos contra detentos*. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Defensores dos direitos humanos: protegendo os direitos humanos de todos*. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1998.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico, 15).
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Projeto para um investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 25, jan./jun. 1983.
- ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.
- AUGÉ, Marc. *Por uma antropologia dos mundos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección Ceura).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 19, 1997.
- BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respecto de los derechos humanos em la ley penal. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, n. 31, 1987.
- BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Coord.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luis; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 257-258.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

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

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. Inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010.

BLASCO, Bernardo del Rosal. ¿Hacia derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22-08 p. 28, 2009. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 02 ago. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRAGATO, F. F. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário, Porto Alegre; São Leopoldo*, n. 7, p. 105-122, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. 615 p. (Série ação parlamentar, n. 384). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP. *Pesquisa perfil das instituições de segurança pública*. Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 418.376-5, Mato Grosso do Sul*. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no Diário da Justiça, em 23 de março de 2007. Disponível em: <[http://allanpatrick.wdfiles.com/local--files/re-418-376/RE\\_418376.pdf](http://allanpatrick.wdfiles.com/local--files/re-418-376/RE_418376.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2012.

CABRAL, Otávio. Prisões do Brasil são denunciadas à ONU. *Jornal Folha*, São Paulo, 17 mar. 1998.

CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezorzi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís. A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário*, Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 239-252, 2009.

CALLEGARI, André Luís. A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário*. Porto Alegre; São Leopoldo, n. 6, p. 31-46, 2010.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel; DEZORZI, Ângelo *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALVINO, Ítalo. *Le città invisibili*. Turim: Einaudi, 1972.

CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução da edição de 1957. Edizioni Radio Italiana. Tradutor Professor José Antonio Cardinalli. Campinas, São Paulo: Conan, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. La tutela penale della ricchezza. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Itália, n. 9, p. 7-24, 1931.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Paulo Pinto de. Prefácio. SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *Violência: causa e extinção*. Canoas: Vendramim, 1989.

CARVALHO, Salo. *Substitutivos penais na era do grande encarceramento*. 2010. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) -- Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, RS, 2010.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Renaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. Ideologia e educação. *Educação e Sociedade*, São Paulo, n. 5, p. 3-4, jan. 1980.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental* (crime control as industry). Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COHEN, Albert. *Transgressão e controle*. Tradução de Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1968.

CRESPI, Alberto. Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti (Apunti intorno a recenti disegni di leggi). *Rivista delle Società*, Milano, n. 35, p. 1403, 1990.

CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Tradução: Jussara Simões. Revisão da tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica: Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAMOND, Jared M. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Nota Assessoria, Silvia de Souza Costa. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

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

DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed: São Paulo: WNF Martins Fontes, 2010. 568 p. (Biblioteca jurídica).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Humberto. *Apocalípticos e integrados*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1993.

ELBERT, Carlos Alberto. ¿Es necesaria una criminología para el tercer milenio? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 468-472, 2003.

ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário*. Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, 2009.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução J. Baptista Machado diretamente do original alemão intitulado *Einführung In Das Juristische Denken*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983.

FARIA COSTA, José de. El blanqueo de capitales (algumas reflexiones a la luz del derecho penal y la política criminal. In: FARIA COSTA, José de. *Hacia un derecho penal econômico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedmann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 655-680.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la Crisis Italiana y el rol de la magistratura, in poder y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, año 1, n. 1, p. 128, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*. 2. ed. Roma, Bari: Laterza, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. O garantismo penal: perspectivas para o século XXI. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP*, Porto Alegre, n. 1, 2007.

FERRARO, Nenneth F. *Fear of crime: interpreting victimization risk*. Albano, NY: State University of New Cork Press, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Prefácio do Prof. Beleza dos Santos. Tradução de Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FONSECA, José Roberto Franco da. Dimensão internacional dos direitos fundamentais da pessoa. 88 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 487-496, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, tradução e revisão técnica de Roberto Machado, 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREUD, Sigmund. *Um estudo autobiográfico: inibições, sintomas e ansiedade: a questão da análise leiga e outros trabalhos*. Traduzido do Alemão e do Inglês sob a Direção-Geral e Revisão Técnica de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. 20.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução: Cristina Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FROSINI, Vittorio. Paradosso dell'eguaglianza. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, v. 4, n. 68, p. 541-543, 1976,

GARAPÓN, Antoine. *Juez y democracia*. Espanha: Flor del Viento, 1997.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade*. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico, 16).

- GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estudo de teoria social*. 2. ed. México: Siglo Veintiuno, 2006.
- GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara/Koogan, 1988.
- HALL, Stuart et al. A produção social das notícias: o mugging nos media. In: TRAQUINA, Nelson. *Jornalismo: questões, teorias e "estórias"*. Lisboa: Veja, 1993.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1984.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2012
- HIRST, P. Q.; THOMPSON, G. F. *Globalization in question: the international economy and the possibilities of governance*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fortes, 2005. (Coleção biblioteca universal).
- HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponíveis em: <[http://www. ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>. Acesso em: 03 jan a 26 maio 2010).
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Comunicado da Presidência nº 30*, Brasília, set. 2009. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2012.
- INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE - ILANUD. *A lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal: relatório final de pesquisa*. São Paulo: ILANUD/Nações Unidas, jul. 2005. 113 p.
- KANT, Emmanuel. *La doctrine du droit*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1971.

- KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft, edición de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, a cargo de Weischedel*, 1956. t. 2, 696 (=1781, 832); KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, edição de Wissenschaftliche Buchgesellschaft. t. 5, 1957, 11. (=1786, prefacio, p. IV). In: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1, p. 193.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 1. ed. Niterói: Luam, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução e Revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 1997.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1 e 2.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, 1970.
- MEDINA, Juanjo. Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 05-03, 2003. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 27 jan. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Crimes contra a economia popular. In: ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert (Org.). *Direito penal dos negócios*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990. p. 103-104.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição).
- MORIN, Edgar. *Cultura de massa no século XX: neurose*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios en la percepción social de la delinquência. *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*, n. 07-09, 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *A genealogia da moral: um escrito polêmico*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

OLLERO, Andrés. Igualdad ante la ley y uso alternante del derecho. In: BETEGÓN, Jerónimo et al. (Coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 493-536.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

PAGLIA, Ernesto. Entrevista. *Zero Hora*, Porto Alegre, p. 6-7, 02 out. 2010.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. (Coleção justiça e direito).

PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 2. ed. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINTO, Ivonete. *A dramatização no telejornalismo: caras e bocas fazendo a notícia*. 1998. f. 64. Dissertação (Mestrado) -- Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 1998.

POLÍTICO não pega cadeia, entrevista do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, concedida à Hugo Marques. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2.221, ano 44, n. 24, p. 17 20-21, 2011.

POULANTZAS, Nicos (Org.). *O Estado em crise*. Rio de Janeiro: Grall. 1977.

'PREFERIA morrer', diz Ministro da Justiça sobre ir para prisões no país. *Jornal Nacional*, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/11/preferia-morrer-diz-ministro-da-justica-sobre-ir-para-prisoas-no-pais.html>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *¿Libertad económica o fraudes punibles? riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales, 2003.

RAMNGEL, Carolina; SPERANDIO, Marcelo. A um passo da liberdade... mas isso é irreal. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2.303, ano 46, n. 2, p. 60-61, 09 jan. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAUTER, Cristina. Para além dos limites. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Org.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Claredon Press, Oxford, 1986.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ROBERTS, Julian V. et al. *Penal populism and public opinion: lessons from five countries*. New York: Oxford University Press, 2003.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

ROCHA, Leonel Severo da. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário*. Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, p. 135-166, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 2000.

ROEMER, Andrés. *Economia del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001.

ROLIM, Rivail Carvalho. Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX. In: KOERNER Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. The new road of serfdom: law and economics (tradução livre: Estrada Nova da Servidão: Direito e Economia). In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 3).

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SALAS, Denis. *La volonté de punir: essai sur le populisme penal*. França: Hachette Littératures, 2005.

SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'cuello blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Violência institucional. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 44-45, jul./dez. 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 32, n. 98, jun. 2005.

SHAPIRO, Bruce. *Zero-tolerance gospel*. Disponível em: <<http://www.oneworld.org/indexoc/issue497/shapiro.html>>. Acesso em: 10 out. 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA, Edílson Márcio Almeida da. *Notícias da "violência urbana": um estudo antropológico*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2010.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Instrumentos e desafios para a efetivação dos direitos humanos. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. (Org.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998.

SILVEIRA, José Francisco Olios da. *Violência; causa e extinção*. Canoas: Vendramim, 1989.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. Tradução: Jéferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SØRENSEN, Georg. *La transformación del Estado: más allá del mito del repliegue*. Traducción: Ramón Cotarelo. Tirant lo blanch: Valencia, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 16, p. 141-170, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luis; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário*. Porto Alegre; São Leopoldo, n. 5, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Violência, criminalidade, segurança pública e modernidade tardia no Brasil. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos (Org.). *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

TELLES, Celso. Crimes do colarinho branco. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 151, p. 57, jul./set. 1979.

TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del derecho penal económico: discurso de investidura del doctor H. C. (mult) Klaus Tiedemann. In: ARROYO ZAPATERO, Luis et al. *Hacia un derecho penal económico Europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos. *Revista do Ilanud*, São Paulo, v. 17, p. 23 - 46, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

YOUNG, Jock. *Sistemas penales y derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio-Raúl. Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e outros. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1996.

ZIZEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. La crisis del 'welfare' y sus repercusiones en la cultura política anglosajona. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2005. p. 255-286.