



INSTITUTO NACIONAL DE ENSINO

PÓS-GRADUAÇÃO

Lato Sensu

PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO

**POLÍTICA CRIMINAL E
SISTEMA PUNITIVO**

APRESENTAÇÃO

O Instituto INE apresenta este módulo, com o intuito contínuo de proporcionar-lhe um ensino de qualidade, com estratégias de acesso aos saberes que conduzem ao conhecimento, na área da Educação.

Nesse sentido, todos os nossos projetos são, fortemente, comprometidos com o seu progresso educacional, na perspectiva do seu melhor desempenho, como aluno-profissional permissivo à busca do crescimento intelectual.

Sendo assim, e, em busca desse conhecimento, homens e mulheres se comunicam, têm acesso à informação, expressam opiniões, constroem visões, diferenciadas, de mundo e produzem cultura, a partir e através de estudos e pesquisas, que essa instituição quer garantir a todos os seus alunos, a saber: o direito às informações necessárias para o exercício de suas variadas funções.

Assim, expressamos nossa satisfação em apresentar o seu novo material de estudo, moderno, atual e, totalmente baseado nas mais renomadas autoridades da área, formulado pelo nosso setor pedagógico, que está sempre empenhado na facilitação de um construto melhor para os respaldos teóricos e práticos exigidos ao longo do curso.

Contudo, para a obtenção do sucesso esperado por você, é necessário que seja dispensado um tempo específico para a leitura deste material, produzido com muita dedicação pelos Doutores e Mestres que compõem a equipe docente do Instituto INE.

Leia com atenção os conteúdos aqui abordados, pois eles nortearão o princípio de suas ideias, que se iniciam com um intenso processo de reflexão, análise e síntese dos saberes. Este módulo está disponível apenas como base para estudos deste curso.

Obstante, o material aqui ofertado não tem sua comercialização permitida, em nenhum formato, sendo, os créditos de autoria dos conteúdos deste material, dados aos seus respectivos autores citados nas Referências.

Em sendo, desejamos sucesso nesta caminhada e esperamos, mais uma vez, alcançar o equilíbrio e contribuição profícua no processo de conhecimento de todos!

Atenciosamente,

Coordenação Pedagógica do Instituto INE

SUMÁRIO

Introdução	4
Relações entre Direito Penal, Criminologia e Política Criminal.....	5
MOVIMENTOS E PROCESSOS DE POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA	7
Movimentos de Política Criminal	8
Processos Político Criminais	9
Criminalização Versus Descriminalização	10
Penalização e Despenalização.....	14
Prisionalização e Desprisionalização Cautelar	15
Tendências da Política Criminal Contemporânea.....	15
POLÍTICAS CRIMINAIS REPRESSIVISTAS/PUNITIVAS – MOVIMENTOS DE LEI E ORDEM, A POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERÂNCIA ZERO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	24
Movimentos de Lei e Ordem e a política criminal de tolerância zero.....	24
O Direito Penal do Inimigo.....	29
MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS NÃO REPRESSIVISTAS – ABOLICIONISMO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	35
Movimentos Abolicionistas	35
Justiça Restaurativa	43
POLÍTICAS CRIMINAIS NÃO REPRESSIVISTAS – MINIMALISMO PENAL ..	54
O Minimalismo Penal de Alessandro Baratta	54
Minimalismo Garantista de Luigi Ferrajoli.....	65
REFERÊNCIAS	81

Introdução

De início a expressão “Política Criminal” era empregada para designar apenas o conjunto de práticas punitivas (penas) utilizadas no controle de situações conflituosas, vinculando-se a expressão exclusivamente ao campo do Direito Penal. Feuerbach (apud Delmas Marty, 1992, p. 24) conceituava a política criminal como “[...] o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime [...]”, limitando-a a uma forma de reflexão sobre o direito penal.

Nas últimas décadas, a perspectiva ampliou-se consideravelmente para incluir como objeto da política criminal não somente os problemas de repressão ao crime, mas todo o conjunto de procedimentos/estratégias através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.

Tendo como base esta linha de raciocínio, enfatiza-se, hoje, a necessidade de incluir na política criminal os problemas de prevenção e também o sistema de repressão. Para Delmas Marty (1992, p. 24), a política criminal representa “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”, devendo esta ser conceituada sob uma perspectiva ampliada que analise o fenômeno criminal sob diversos ângulos: “dos procedimentos apenas repressivos para todos os outros procedimentos, principalmente aqueles à base da reparação ou da mediação: do Estado para todo o corpo social [...] o que exclui a possibilidade de uma resposta totalmente isolada”. Deste modo, busca-se introduzir ao lado da resposta “reacional (a posteriori), a resposta preventiva (a priori)”.

Constitui-se, portanto, como objeto da Política Criminal a questão de como se deve proceder contra as pessoas que infringem as regras básicas de convivência social, danificando ou pondo em perigo os indivíduos ou a sociedade. Questões como “Por que reagir?” (formalmente ou não), “Como reagir?” e “Quando reagir?” contra quem cometeu uma conduta desviada, são respondidas dentro do âmbito da política criminal, que é o lugar adequado para

se discutir a eventual legitimidade ou ilegitimidade da intervenção penal e de seus limites (Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007).

A política criminal, enquanto campo de conhecimento se ocupa em compreender e avaliar as estratégias utilizadas para o controle de situações sociais conflitivas e/ou violentas, propondo, a partir desta análise, novas estratégias para o enfrentamento de tais situações.

Relações entre Direito Penal, Criminologia e Política Criminal

Afirma-se hoje que a criminologia, o direito penal e a política criminal representam os três momentos incidíveis da resposta social ao problema do crime. Representam o tripé sobre o qual se constitui a ciência penal, que não pode ser vista a partir de uma perspectiva exclusivamente dogmática, empírica ou valorativa, mas deve ser construída tendo como base os estudos da criminologia e da política criminal. Para melhor compreensão da relação entre estes três campos é necessário retomar seus conceitos fundamentais:

Direito Penal: é, segundo Paulo Queiroz (2001), o “conjunto de normas jurídicas que, materializando o poder punitivo do Estado, define as infrações penais com a indicação das sanções correspondentes, fixando, simultaneamente, os princípios e garantias fundamentais do cidadão perante o exercício desse poder, ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade e delimita o nível de participação da vítima no conflito”

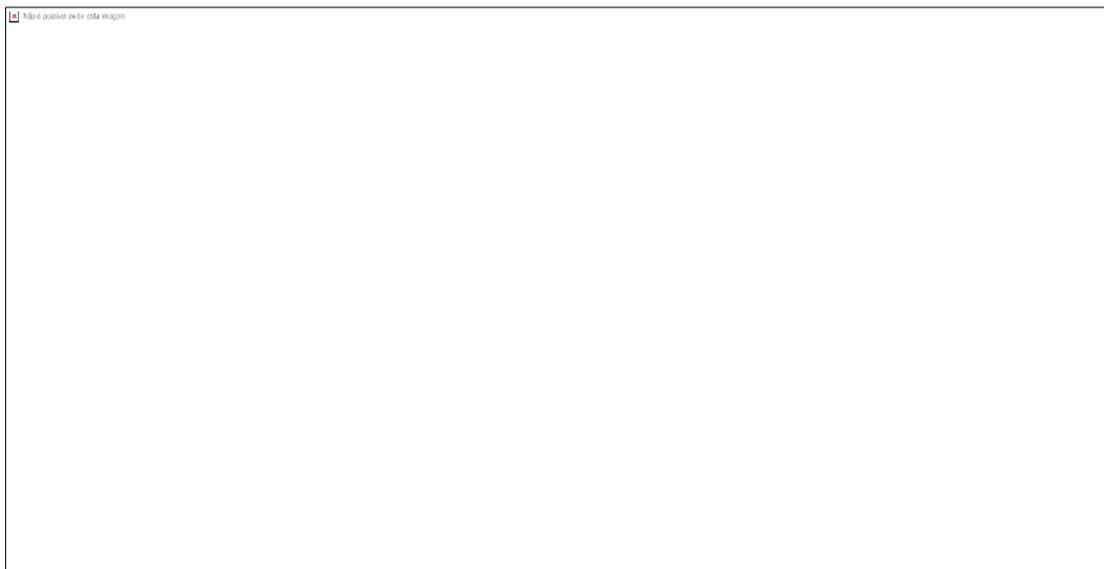
Criminologia: trata-se de uma ciência empírica que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima, do sistema penal e do controle social do comportamento criminoso, tendo como base a realidade social. Seu objeto inclui além do delito e suas causas, o estudo da vítima e, de modo especial, o estudo da reação e do controle social (notadamente do controle punitivo e seu impacto sobre a sociedade e sobre a pessoa do infrator). A criminologia é uma ciência do ser, baseada na análise e na investigação da realidade, que se serve de um método empírico.

Política criminal: constitui-se no estudo e sistematização das estratégias, instrumentos e meios de controle social da criminalidade, sejam eles penais ou não penais.

Analisando a relação entre Direito Penal, Criminologia e Política Criminal, Garcia-Pablos (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007) acentua que esta deve se apresentar a partir de uma perspectiva de integração. Assim, enquanto a criminologia deve incumbir-se de fornecer o substrato real (empírico) do sistema, seu fundamento científico, a Política Criminal deve transformar a experiência criminológica em estratégias concretas de controle da criminalidade. Por fim, o Direito Penal deve encarregar-se de transformar em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico utilizado pela política criminal, segundo o perfil e limites de um Estado Democrático de Direito.

Criminologia, Política Criminal e Direito Penal representam os 3 pilares sobre os quais deve se construir a resposta social ao problema do crime. Enquanto a criminologia ocupa-se em explicar (a partir da análise empírica) os processos de criminalização que estão na base do sistema punitivo (O que é o crime? Quem são os criminosos? Quais são os fatores que influenciam o processo de criminalização de determinados comportamentos e de determinados indivíduos? Quais os reflexos do processo de criminalização?), a política criminal, como parte da política, representa o momento de decisão e de programação, pois a partir dela serão fixadas as diretrizes de atuação do Estado no campo da prevenção ou repressão ao crime. Ao Direito Penal incumbe, por fim, a tarefa de transformar em normas jurídicas as propostas político-criminais construídas.

Neste aspecto vale a lição de Roxin (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007), para quem “o objeto da política criminal configura o direito não como ele é, mas como ele deveria ser construído teologicamente”.



Para Baratta (2000), entre todos os instrumentos de política criminal o Direito Penal é o menos adequado, em razão da violência estrutural que é inerente a esta forma de controle social. Deste modo, jamais se deve confundir o controle da criminalidade com o controle penal, pois existem múltiplas possibilidades de enfrentamento ao crime, especialmente face às possibilidades de política social utilizáveis pelo Estado na sua prevenção e controle.

Ao analisar o estado atual da Política Criminal e sua relação com o Direito Penal, Hassemer (1993) acentua que hoje há uma tendência à utilização ampliada deste (o Direito Penal) como instrumento de resolução dos conflitos sociais. Partindo da análise das novas formas de violência e criminalidade que se apresentam contemporaneamente, especialmente a criminalidade organizada e a criminalidade de massas este autor observa que incumbe à política criminal questionar: “Com que exatidão o Direito Penal pode responder à criminalidade moderna? Será que ele atinge esta criminalidade? Atinge o alvo a que se destina, ou não?”

MOVIMENTOS E PROCESSOS DE POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Movimentos de Política Criminal

Os movimentos de política criminal expressam as distintas propostas de reação à conduta desviada. Referem-se aos principais modelos de reação ao crime discutidos, propostos e/ou adotados, expressando-se em proposições normativas ou em ações efetivas, implementadas no âmbito do Poder Executivo. Referem-se, também às principais concepções que, seja no âmbito científico ou do senso comum, buscam legitimar a intervenção estatal no campo do controle do crime.

Os movimentos político criminais dividem-se em dois grandes grupos: os movimentos político-criminais **punitivistas/repressivistas** e os movimentos **não intervencionistas** ou não repressivistas.

Os movimentos **punitivistas/repressivistas** propõem a ampliação do controle estatal formal, por intermédio do Direito Penal. Trabalham com uma perspectiva de máxima intervenção punitiva do Estado como estratégia de controle dos conflitos sociais. Segundo Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007, p. 273) tais movimentos confiam na resposta punitiva estatal e, desse modo, buscam incrementá-la para a resolução dos conflitos. Segundo este autor, tais movimentos, [...] são aceitáveis enquanto tais reações seguem as regras do jogo democrático, reconhecendo a pluralidade de ideias e modos de ver o mundo; tornam-se ostensivamente perniciosos quando adotam os procedimentos dos modelos autoritários ou totalitários de política criminal.

São intervencionistas todos os movimentos que defendem a criminalização de novas condutas, a penalização mais rigorosa para a maioria dos crimes, a ampliação do uso da prisão como pena, bem como a institucionalização dos desviados.

Já os movimentos político-criminais **não intervencionistas**, ao contrário, sustentam a diminuição ou eliminação da intervenção punitiva estatal para resolver os conflitos sociais, confiando mais nos mecanismos (processos e agentes) de resolução informais (sociais). Propugnam, portanto, por um modelo de “Direito Penal Mínimo” ou pelo Abolicionismo Penal.

Coadunam-se com o modelo liberal de política criminal que propõe o estabelecimento de maiores limites ao poder proibitivo e punitivo do Estado, com

a consequente ampliação das liberdades individuais. São não intervencionistas os movimentos que propõem a descriminalização, despenalização, desprisionização cautelar, desinstitucionalização e a diversificação das respostas aos conflitos sociais.

Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007) destacam a existência de três grandes tendências ou movimentos político-criminais na atualidade, podendo estas ser agrupadas sob as seguintes denominações: a) movimentos punitivistas ou repressivistas; b) movimentos abolicionistas e c) movimentos minimalistas.

As tendências punitivistas/repressivistas acreditam no Direito Penal como instrumento de pacificação social. Segundo elas, a paz social só poderia ser alcançada por meio da intensificação das proibições penais e dos castigos.

As tendências ou movimentos abolicionistas, ao contrário, não acreditam no Direito Penal, pois ele seria mais pernicioso que o próprio crime e produziria males maiores do que os que pretende evitar. As tendências minimalistas, apesar de desconfiarem da eficácia do Direito Penal para resolver conflitos, procuram justificar a sua existência a partir de uma perspectiva de mínima intervenção. Este deveria ser aplicado como “ultima ratio¹”, de modo fragmentário e subsidiário e com respeito a todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado Constitucional e democrático de Direito.

Processos Político Criminais

Segundo Gomes, Pablos Molina e Bianchini (2007) os processos-político criminais são as vias ou os caminhos, e os instrumentos ou os métodos pelos quais se concretizam os movimentos de política criminal. Como se viu anteriormente, são dois os grandes movimentos de política criminal, sendo cada um destes movimentos marcado por um conjunto de processos que visam à efetivação da linha política criminal por eles proposta. Enquanto os modelos repressivistas propõem como instrumentos para o controle do crime a criminalização, a penalização, a prisionalização (inclusive cautelar) e a institucionalização, os modelos não repressivistas propõem caminhos diversos

a serem construídos a partir da descriminalização, despenalização, desprisionalização e da desinstitucionalização.

Tratam-se de metas antagônicas que correspondem à ideologia que sustenta cada um dos movimentos político-criminais: criminalização versus descriminalização, penalização versus despenalização, prisionalização cautelar versus não prisionalização cautelar, institucionalização versus desinstitucionalização. Estes são, portanto, os processos político-criminais que visam a efetivar as metas de cada um dos movimentos político-criminais.

Criminalização Versus Descriminalização

O crime não existe em si. Não há nada na natureza intrínseca de um fato que permita o reconhecer como um fato criminoso. É a lei que cria o crime, e esta é fruto de uma decisão política.

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é delituoso em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é. [...]. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa [...], uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como “crimes” resulta de uma decisão humana modificável; o conceito de crime não é operacional. Um

belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na França, o marido podia encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio descriminalizou tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pode mais ser processada perante um juízo criminal. De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinquente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem que prestar mais contas à justiça penal (Hulsmann, 1993, p. 63-64).

São, portanto, os processos de criminalização que determinam a natureza criminosa de determinada conduta. Por criminalização entende-se o processo que reconhece formalmente a ilicitude de uma conduta, descrevendo-a como infração penal. A expansão da criminalização é uma bandeira do punitivismo e quase sempre vem inspirada na ideologia de lei e ordem, defendendo uma maior intervenção do Estado no âmbito de liberdades dos cidadãos.

Por descriminalização entende-se, ao contrário, o processo que retira o caráter criminoso do fato, eliminando o seu caráter de ilícito penal. Segundo Cervini (1995, p. 72), são duas as hipóteses de descriminalização:

a) a **descriminalização formal**, pela qual a conduta deixa de constituir infração as penas são substituídas por sanções de outra natureza (o fato deixa de ser um ilícito penal, sendo transferido para outro ramo do direito); e

b) a **descriminalização de fato**, que ocorre quando o sistema penal deixa de funcionar, sem que formalmente tenha perdido competência para tal (o fato permanece ilícito, eliminando-se, apenas, a aplicação efetiva da pena).

Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007) observam que a descriminalização pode operar-se por via legislativa (formal) ou por via judicial (interpretativa). A descriminalização legislativa ocorre quando a lei faz desaparecer o caráter ilícito da conduta (*abolitio criminis*) e esta é geralmente precedida de uma descriminalização fática da conduta, tendo em vista sua ampla aceitação social. A lei criminal, apesar de formalmente vigente, deixa de ser aplicada porque a consciência popular aceita como natural a conduta incriminada ou por que não há qualquer interesse por parte das vítimas na penalização de seus autores (caso do adultério e da sedução descriminalizados pela lei 11.106 de 2006). Trata-se de um processo de descriminalização extra

dogmático ou extra sistemático que exige a via formal (aprovação de uma nova lei) que se dá fora do âmbito interpretativo ou dogmático.

A descriminalização judicial, também chamada interpretativa, está a cargo do intérprete que, valendo-se dos princípios limitadores do jus puniendi³ estatal, restringe o âmbito do proibido, garantindo maior liberdade de ação aos indivíduos. Trata-se de uma via intra-dogmática, que encontra apoio no próprio ordenamento jurídico (Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007)

Discutindo tais processos Cervini (1995) apresenta aqueles que, a seu ver, representam os principais obstáculos à descriminalização. São, segundo o autor, obstáculos sociais, legais e de política criminal que tendem a dificultar tais processos. Não obstante o consenso dos juristas sobre a conveniência de uma progressiva descriminalização, o que se visualiza, na prática, é uma tendência oposta, posto que o número de condutas passíveis de punição continua aumentando em todos os países do mundo.

Dentre os fatores sociais que obstaculizam a descriminalização encontram-se aqueles que favorecem o aumento pela demanda criminalizadora e os que impedem a redução do alcance do Direito Penal. São fatores que favorecem a criminalização:

a) a imagem que o legislador e o juiz têm do sistema penal e dos efeitos sociais que este é capaz de produzir é pouco realista. No âmbito legislativo, especialmente, existe uma imagem sobre a capacidade de o sistema penal de resolver os conflitos sociais que não corresponde a sua realidade operacional. A crença na capacidade preventiva (prevenção geral via intimidação ou prevenção especial via ressocialização) da pena ainda é bastante significativa;

b) no campo do direito e do processo penal, diferentemente do que ocorre em outros âmbitos, o legislador não está obrigado a indicar, no processo legislativo, as fontes de financiamento ou os custos que derivarão da elaboração da nova norma. Essa exigência econômico-financeira que alcança inúmeros processos legislativos, não alcança o Direito Penal, pois é possível criminalizar sem levar em conta o custo ou o preço que se paga;

c) a criminalização pode ser facilmente empregada pelo legislador como aparente solução para um problema social. Inúmeras vezes o legislador é

levado a produzir normas penais influenciado pela “opinião pública”, apenas com o intuito de apaziguá-la;

d) os processos de criminalização também são influenciados por grupos sociais que detêm poder suficiente para exercer pressão e promover seus interesses e suas crenças no processo legislativo. Historicamente, a criminalização de comportamentos típicos de determinados grupos sociais tem sido utilizada como instrumento de dominação entre os diferentes estratos e classes da sociedade. “A designação por parte de um grupo social de certos elementos do modo de vida do outro setor da sociedade como criminoso, expressa simbolicamente a superioridade do primeiro grupo que criminaliza o outro” (Cervini, 1995, p. 84).

Por outro lado, são fatores que se opõem à redução do campo de incidência do Direito Penal:

a) a incapacidade do poder legislativo de adaptar, de forma ágil, as disposições legais às mudanças que se originam na sociedade e aos conhecimentos que se produzem sobre a funcionalidade do sistema penal;

b) o temor de que a descriminalização possa conduzir a um aumento considerável das condutas anteriormente criminalizadas (exemplo disso é o receio em torno da descriminalização do comércio e do consumo de substâncias entorpecentes);

c) o medo de que a descriminalização possa acarretar a perda de respeito ao sistema penal e aos poderes constituídos, produzindo uma espécie de anarquia na sociedade. Os processos descriminalizadores são defendidos pelo “Direito Penal Mínimo” e têm como base a ideologia liberal iluminista de não intervencionismo do Estado no âmbito das liberdades do indivíduo.

Deve-se ressaltar também a grande influência que tem a opinião pública nos processos de criminalização e ou descriminalização do sistema penal. Esta, no entanto, não se constrói livremente e está profundamente influenciada pelos meios de comunicação de massa. A imprensa tem grande responsabilidade na configuração ou desfiguração da realidade.

Operando de modo empresarial, com o objetivo de lucro, jornais, revistas, televisão e rádio manejam, em geral, a página policial de modo sensacionalista,

espetacularizando fatos cotidianos. Os meios de comunicação são, na atualidade, elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal, pois criam ilusões, difundem discursos justificadores, induzem o medo, geram insegurança, promovem o deterioramento de determinados valores relacionados aos direitos humanos e suas garantias, apresentando um enfoque maniqueísta da realidade. Em geral, tais campanhas estimulam o recrudescimento punitivo e os processos criminalizadores.

Penalização e Despenalização

Penalizar significa privilegiar a pena de prisão, ou penas mais rigorosas, como respostas adequadas para o controle de determinadas condutas desviadas.

Despenalizar significa, ao contrário, adoção de medidas mais suaves, evitando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato. Consiste na adoção de penas alternativas ou de processos substitutivos à prisão, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, a dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução.

No Brasil, por exemplo, a lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) estabeleceu um conjunto de medidas despenalizadoras, consagrando em seu texto processos político-criminais que compactuam com uma visão de mínima intervenção do Direito Penal. Trata-se de um processo que acredita no consenso como estratégia de resolução dos conflitos sociais e que está na base das conciliações realizadas no âmbito dos juizados especiais criminais.

A mencionada lei não estabeleceu nenhuma descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal, mas contemplou quatro medidas despenalizadoras, que têm em comum o fato de serem consensuais. Assim,

- 1) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada à composição civil dos danos, conduz à extinção da punibilidade;
- 2) não havendo composição ou tratando-se de crime de ação pública incondicionada, admite-se a aplicação consensual de penas não privativas de liberdade (transação penal);
- 3) as lesões leves e as lesões culposas passaram a exigir representação para propositura da ação penal;
- 4) nos crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano, permite a suspensão do processo.

Prisionalização e Desprisionalização Cautelar

Por prisionalização cautelar entendem-se os processos que possibilitam ou incrementam o emprego do cárcere antes da condenação definitiva. A utilização massiva da prisão cautelar (que começou contra o terrorismo, depois passou para o crime organizado e, nos últimos anos, contra a corrupção) é instrumento típico de um Estado autoritário, que está mais preocupado com as razões de Estado que com as razões de direito.

A prisão cautelar, de acordo com uma política criminal minimalista, só deve ser utilizada em último caso, quando há absoluta necessidade.

Desprisionalização cautelar consiste, em contrapartida, na adoção de processos que visam a evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar ou, ainda, sua efetiva execução em um cárcere.

Como exemplo pode-se citar também a lei 9.099/95, que, no Brasil, previu a desprisionalização cautelar em seu art. 69 “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. ”

Tendências da Política Criminal Contemporânea

A realidade contemporânea tem sido marcada pela emergência de uma nova forma de organização planetária: a globalização. Na sociedade global atual, caracterizada pela abertura econômica, pelos intercâmbios de comércio e serviços, pela liberalização dos mercados de capitais e também pela revolução das comunicações e da informática, que permitem conexões instantâneas e intensificação do fluxo de informações, o Direito Penal e a Política Criminal assumem feições bastante peculiares.

O Direito Penal tradicional de natureza liberal, construído a partir da segunda metade do século 18, que nasceu inspirado pelos ideais iluministas, vem sendo substituído por um novo modelo de Direito Penal.

Segundo Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007), o Direito Penal tradicional nasceu com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da pessoa contra o poder punitivo do Estado, ou seja, “contra a violência, o despotismo e a arbitrariedade que caracterizavam o Direito Anterior.” Tratava-se de um Direito Penal constituído a partir da ideia do contrato social, que concebia o indivíduo como detentor de direitos naturais inalienáveis e via o Estado como guardião de tais direitos. A este conjunto normativo (o Direito Penal) foi atribuída, originariamente, a tarefa de contenção do poder punitivo do Estado, buscando-se, a partir dele, eliminar o arbítrio e resguardar os direitos de liberdade (individuais) e a dignidade humana.

Referindo-se a este modelo de Direito Penal Hassemer e Munoz Conde (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007, p. 329) observam que ele foi fruto de [...] um tempo em que não se confiava (muito) no Estado nem na sua autolimitação no uso da força punitiva. Ao contrário, o Estado era visto como fonte potencial de violência (Leviatã). Justamente por isso procurou-se demarcar com precisão o que podia e o que não podia fazer.

Dentro desta perspectiva clássica (ou liberal), a excessiva ou abusiva intromissão do Estado na esfera das liberdades individuais é vista com maus olhos, propugnando-se pela utilização do Direito Penal como “última” ou “extrema” ratio, ou seja, somente em relação a condutas que venham a afetar ou atingir bens jurídicos fundamentais e que representem ofensas intoleráveis ao contrato social. Em consequência, a intervenção punitiva do Estado deve ser

mínima e pautada por um conjunto de garantias penais e processuais que assegurem aos acusados proteção ante o arbítrio ou o excesso punitivo.

O Direito Penal atual, ao contrário, passa por um processo de profundas transformações, adequando-se aos contornos da era da globalização, e assume características muito peculiares que o diferencia substancialmente do Direito penal tradicional. Nesta era, marcada pela globalização dos crimes e dos criminosos, pela indefinição das vítimas, pela explosão carcerária e pela hipertrofia legislativa, consolida-se um novo Direito Penal, caracterizado, especialmente, pela violação de princípios clássicos, como a intervenção mínima, a legalidade, a lesividade, a proporcionalidade, entre outros.

Este novo Direito Penal é fruto de tendências político criminais punitivistas/repressivistas que se mostram muito fortes no atual contexto e que têm se apresentado em âmbito mundial. Se tradicionalmente cada país possuía suas próprias diretrizes político-criminais, na atualidade vive-se um processo de internacionalização das reações penais, que nascem a partir de propostas de uniformização da ação dos Estados Nacionais em relação a diversas formas de criminalidade (lavagem de capitais, tortura, responsabilidade fiscal, violência contra a mulher, crimes relacionados a entorpecentes, entre outros, são exemplos de temas que tiveram a legislação alterada tendo em vista recomendações de organismos internacionais – especialmente ONU e OEA).

Para Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007), as principais características da política criminal contemporânea são as seguintes:

a) **deliberada política de criminalização em lugar da descriminalização ou despenalização** – na atualidade emergem novas formas de criminalidade que surgem a partir de processos de criminalização de comportamentos antes considerados penalmente lícitos. Para além dos delitos clássicos (crimes contra a pessoa, o patrimônio, a liberdade, etc.), há uma política de criminalização de condutas que atentam contra interesses difusos ou coletivos, como o meio ambiente, segurança no trânsito, ordem econômica, o sistema financeiro, entre outros. Há uma expansão patológica do Direito Penal em flagrante desprezo ao princípio da intervenção mínima;

b) **frequentes alterações da legislação penal** – tais alterações, que, em geral, respondem apenas simbolicamente ao sentimento de insegurança que

se espalha na sociedade, produzem uma legislação penal anacrônica, assistemática, com sobreposições de normas, que dificultam a atuação do intérprete. As alterações são fruto de uma política criminal incoerente que ora se fundamenta nos ideais repressivistas/punitivistas, ora em ideais não repressivistas;

c) **maior rigor repressivo em relação aos delitos clássicos** – no Brasil, o maior exemplo de reforço punitivo aos delitos clássicos (delitos contra a pessoa e contra o patrimônio) se deu com a edição da lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), que classificou como hediondos crimes como o homicídio qualificado, a extorsão mediante sequestro, o latrocínio, elevando suas penas e eliminando garantias, em flagrante desrespeito a princípios constitucionais (exemplo disso foi a vedação da progressão de regime, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2006);

d) **ampla criminalização das figuras de delito abstrato** – este fenômeno, que pode ser visualizado em diversas normas penais editadas no Brasil na década de 90 do século passado, permite a punição de condutas que não são efetivamente lesivas a bens jurídicos, mas que representam apenas um estado de “perigo” ou “risco” a estes bens. Nos crimes de perigo abstrato o castigo punitivo recai sobre a conduta do agente sem qualquer lesão ao bem jurídico ou exigência de dolo na causação do resultado danoso em relação a determinado objeto tutelado pelo Direito. Pune-se, apenas, a violação da norma, renunciando-se a prova do dano ou a prova da causalidade entre a conduta e o resultado, já que este é presumido. A utilização desta técnica coloca em xeque os princípios da lesividade/ofensividade, que exigem como pressuposto da intervenção punitiva a lesão concreta a um bem jurídico protegido. Exemplo disso é o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/90), que definiu como crime a conduta de embriaguez ao volante;

e) **baixa preocupação e efetividade dos princípios da igualdade, proporcionalidade e lesividade** – na ânsia de oferecer respostas rápidas aos novos problemas sociais e buscando enfrentar a criminalidade clássica que se massifica, o legislador produz normas penais que desrespeitam de forma flagrante princípios como o da proporcionalidade, da lesividade, e da igualdade, produzindo verdadeiros absurdos normativos.

f) **endurecimento da execução penal, expansão da prisão e privatização/terceirização de presídios** – a partir da década de 90 o mundo viveu uma explosão da população carcerária. Países como os EUA, a CHINA, a RÚSSIA e o BRASIL ocupam lugar de destaque neste cenário. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça indicam que, no Brasil, a população carcerária cresceu assustadoramente nas últimas décadas.

Referindo-se ao processo de expansão do Direito Penal, Hassemer (1993) observa que ele também é fruto da consolidação de novas formas de criminalidade (econômica, ambiental, comércio internacional de drogas) que tem características muito peculiares: ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados e também novas formas de operacionalidade, marcadas pela internacionalidade das ações, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho. Para Hassemer (1993, p. 89), “as formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue (...) de um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também, por isso os danos não são tão visíveis”.

Este processo produziu, a seu ver, reformas no âmbito do Direito Penal e também no âmbito do Direito Processual Penal. As reformas implicam aumento de penas, utilização de delitos de perigo abstrato, introdução de novos métodos técnicos de investigação, o que inclui agentes infiltrados, invasão de privacidade de terceiro, privatização da segurança, entre outros (Hassemer, 1993).

Este processo de expansão do Direito Penal é fruto de uma política criminal pautada pela lógica da insegurança e do medo, que são sentimentos que se acentuam na contemporaneidade. O processo de globalização, aliado à consolidação de uma sociedade de risco,⁸ contribui para que o sentimento de insegurança se generalize e o apelo ao Direito Penal seja aceito como natural pela sociedade. A ampliação dos riscos (tecnológicos, ambientais, criminalidade de rua, econômicos), aliada a uma maior percepção destes, faz com que o legislador empregue respostas punitivas emergenciais, que são amplamente aceitas.

Referindo-se à sociedade contemporânea como uma sociedade de risco, Beck (1998) observa que esta nasce a partir do vertiginoso desenvolvimento da

sociedade industrial moderna em que, paralelamente aos avanços produzidos, também foram criados novos riscos, que assumem proporções que ameaçam a vida do planeta. Com a emergência desta moderna sociedade de risco, que acentua os medos e as inseguranças, também se vislumbra o surgimento de um Direito Penal do risco e do medo, que, longe de manter seu caráter subsidiário, tem se convertido em um direito penal expansivo, marcado pelo acolhimento de novos bens jurídicos e pelo rompimento com as garantias penais clássicas.

Para a consolidação deste processo de expansão do Direito Penal, os meios de comunicação de massa exercem influência significativa. Em que pese não estar baseada em índices oficiais, a visão sobre a criminalidade apresentada pelos meios de comunicação estimula o medo e a insegurança, promove um populismo punitivo e influencia significativamente a ação dos poderes de Estado.

Além de anunciar exponencialmente os novos perigos (ambientais, sociais, econômicos, políticos) que se produzem cotidianamente, os meios de comunicação de massa apresentam a realidade criminal a partir de uma lógica mercantilista. Em decorrência deste interesse mercadológico “[...] promovem um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o ‘crime’ como um rentável produto, respondendo às expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente sui generis em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo dos medos [...]” (Callegari; Wermuth, 2010, p. 46).

A estratégia de espetacularização a partir da reprodução exaustiva de determinados fatos, faz com que fatos singulares sejam vistos como expressão da “realidade” criminal do país. Casos como os de Isabela Nardoni, do casal Von Richtoffen e, recentemente, da Escola de Realengo, no Rio de Janeiro, em que foram mortos 12 adolescentes, ilustram muito bem a maneira como a mídia brasileira explora determinados fatos criminais e como, a partir destes, propõe estratégias de recrudescimento punitivo. A exploração excessiva e abusiva de fatos criminais pela mídia produz como consequência a generalização de sentimentos de vingança, de insegurança e medo, respaldando estratégias que ampliam a utilização do Direito Penal na vida social. Tais estratégias que, em geral, são incorporadas nos discursos políticos, reforçam o que Zaffaroni (1991) denomina por populismo punitivo e consolida o uso eleitoral do Direito Penal.

Batista (2003), em um texto intitulado “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio” observa que, no Brasil, a mídia operou uma espécie de privatização do poder punitivo, pois seu discurso sobre a criminalidade, apesar de “cego”, por ser construído sem qualquer referência às bases estruturais e econômicas que estão na base da violência e da criminalidade, afeta profundamente não somente as práticas legislativas, mas especialmente as ações dos órgãos do sistema penal, determinando a própria lógica de seleção/punição (escolha) dos crimes que se dão no cotidiano.

O Brasil, especialmente a partir da década de 90 do século passado, foi profundamente influenciado por tais tendências, que apregoam o recrudescimento do Direito Penal. Paradoxalmente, depois da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que trouxe em seu texto um conjunto de garantias penais e processuais limitadoras da intervenção penal, o que se vê no país é o apelo incessante à adoção de uma política criminal repressivista.

A partir da redemocratização do país importantes garantias foram inseridas ou mantidas no texto da constituição, como o princípio da legalidade dos crimes e das penas (artigo 5º, XXXIX da CF/88), da culpabilidade, da personalidade da pena, da individualização da pena (artigo 5º, XLVI), do direito a não autoincriminação, da proibição de penas perpétuas, cruéis e desumanas, entre outras.

Para além disso, também se inseriu no Direito Penal do país, o modelo de justiça penal consensual (artigo 98, I da CF). Em que pese a adoção eventual de medidas de cunho não repressivista (expressas pela Lei 9.009/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais no Brasil e de outras alterações normativas pautadas pela lógica da descarceirização), o modelo político criminal que vem se desenvolvendo no país é tendencialmente intervencionista.

Azevedo e Azevedo (2008) observam que a legislação penal produzida no Brasil a partir da Constituição Brasileira de 1988 reflete as principais tendências da política criminal contemporânea, ou seja, a utilização de normas penais de “emergência”, da hipertrofia legislativa, que passam a regular campos da vida que antes não estavam regulados por normas penais, o que representa um aprofundamento do intervencionismo penal numa linha claramente punitivista. Citam, como exemplos, a lei dos crimes hediondos (8.072/90), a lei

do crime organizado (lei 9.034/95), a lei de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (lei 9.613/98), a lei de crimes ambientais (lei 9.605/98), o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.069/90); entre outras. Para estes autores:

Por trás da adesão ao punitivismo está o fato de que o discurso do “eficientismo simbólico” se converteu em tecnologia do poder do sistema político, em que se barganha a ilusão de segurança em troca de voto. Fundando em uma falsa contraposição de dois interesses igualmente legítimos, a aplicação da lei penal e a proteção de garantias individuais, o discurso eficientista converte-se também em argumento legitimador de reformas legislativas e administrativas voltadas ao esvaziamento das garantias processuais do suspeito e do acusado e ao recrudescimento dos poderes investigatórios e punitivos do Estado. O Direito Penal se afasta de sua função de controle e limite do emprego da força para converter-se em instrumento simbólico de combate à criminalidade. Assiste-se então [...] a emergência do “gerencialismo”, isto é, a visão do Direito Penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com valores que estiveram na base do Direito Penal Clássico (verdade, justiça), que passam a ser vistos muito mais como obstáculos, como problemas em si mesmo, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança (2008, p. 58 - 59).

Partindo da análise desta realidade, Meliá (2007), salienta que o fenômeno de expansão do Direito Penal se desenvolve em duas frentes: a) o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico e; b) o ressurgir do punitivismo.

O desenvolvimento do Direito Penal simbólico tem como objetivo exclusivo “dar impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (MELIÁ, 2007, p. 59). Diante dos medos e da insegurança gerada por novas formas de conflitividade social, o Direito Penal é empregado como instrumento para produzir tranquilidade, mediante o mero ato de promulgação de normas que, em geral, sequer serão aplicadas. Assim, o legislador responde produzindo normas penais que, em oposição ao sentimento de insegurança que se alastra na sociedade, gerarão uma sensação de segurança e tranquilidade na população.

Para Meliá (2007), no entanto, é impossível caracterizar a política criminal contemporânea exclusivamente a partir do caráter simbólico do Direito Penal. Para ele, paralelamente ao simbolismo, há um ressurgir do punitivismo que se dá a partir de processos de criminalização à “moda antiga”. Isso significa que a promulgação de novas normas penais, em geral mais rigorosas, também se dá com o intuito de promover sua aplicação com firmeza e rigor.

Neste aspecto, salienta que, na atualidade, tanto a esquerda quanto a direita política aderiram ao clima punitivista, quebrando-se a tradicional dicotomia: esquerda política – demandas descriminalizadoras versus direita política – demandas criminalizadoras.

Deste modo, para Meliá (2007) tanto a direita quanto a esquerda política perceberam que a aprovação de normas penais a partir de discursos de lei e ordem podem ser altamente rentáveis sob o ponto de vista eleitoral. Isso explica a realidade de expansão do Direito Penal Positivo, pois a “tendência do legislador é de reagir com firmeza [...] no marco da luta contra a criminalidade,” especialmente com o incremento das penas previstas. Exemplo disso é a maximização de penas relacionadas às infrações de tráfico de drogas que se operou em vários países do mundo, inclusive no Brasil a partir da Lei nº 11.343/06.

Direito Penal simbólico e punitivismo, porém, não podem ser vistos como fenômenos separados. Ambos se complementam, mantendo uma relação fraternal:

Assim por exemplo quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução penal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos “simbólicos”, obtidos mediante sua mera promulgação. E, ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de ‘meramente simbólicas’, possam ensejar um penal ‘real’ (Meliá, 2007, p. 64).

Isso significa que mesmo normas promulgadas a partir de uma finalidade simbólica poderão e serão efetivamente aplicadas, repercutindo diretamente na vida de todos aqueles que forem selecionados pelo sistema de justiça criminal.

Verifica-se, portanto, na realidade político-criminal contemporânea, um uso ampliado e simbólico do Direito Penal. Trata-se de um novo Direito Penal que se constitui a partir de uma política criminal de cunho repressivista e que coloca em questão garantias individuais construídas historicamente.

Tais garantias, em sua grande maioria consagradas no texto constitucional brasileiro, representam limites ao poder proibitivo e punitivo do Estado e são inerentes ao Estado Democrático de Direito, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como seu valor fundamental.

Neste aspecto uma política criminal populista de cunho meramente simbólico ou punitivista, inspirada em ideais de lei e ordem ou em concepções autoritárias, como a de consolidação de um Direito Penal rigoroso, intervencionista e não respeitador de princípios fundamentais, choca-se, frontalmente, com o modelo político criminal consagrado na Constituição Brasileira de 1988 que, em que pese ter autorizado o uso do Direito Penal como instrumento de enfrentamento dos problemas sociais mais graves (crimes hediondos, ambientais, econômicos), optou por modelo punitivo baseado no respeito à pessoa humana e na lógica da mínima intervenção penal. Este será o tema das próximas Unidades de estudo.

POLÍTICAS CRIMINAIS REPRESSIVISTAS/PUNITIVAS – MOVIMENTOS DE LEI E ORDEM, A POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERÂNCIA ZERO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Movimentos de Lei e Ordem e a política criminal de tolerância zero

O movimento de lei e ordem nasceu a partir de um discurso de efetividade da ação repressiva em matéria criminal e teve início nos Estados Unidos na década de 60 do século passado. Surgiu como reação ao crescimento dos

índices de criminalidade e se solidificou a partir da adoção de medidas penais rigorosas para o seu enfrentamento. No Brasil foi durante a década de 90 que o discurso da lei e ordem encontrou espaço significativo nos meios midiáticos, o que resultou na elaboração de inúmeras normas penais e processuais mais rigorosas, da qual a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) é o maior exemplo.

Trata-se de um movimento político-crime que adota um discurso de fortalecimento do Direito Penal, diante de um suposto aumento da violência na sociedade, fenômeno que é atribuído à forma condescendente com que determinados delitos – em sua maioria os considerados de menor potencial ofensivo – são tratados pelas instâncias penais.

Enquadra-se, neste movimento, o programa nova-iorquino liderado pelo ex-prefeito Rudolf Giuliani denominado Tolerância Zero. Foi durante a gestão de Giuliani que tal política, baseando sua atuação no combate agressivo à pequena delinquência, dos mendigos, dos desordeiros e sem tetos, tornou-se vitrine para o mundo. Este é um movimento ligado à chamada direita conservadora, que orienta seu discurso pelos ideais de “lei e ordem”, que é difundido dos Estados Unidos para o mundo desde a década de 70 do século passado.

Em seu livro “As prisões da miséria” Waquant (2001), ensina que os movimentos de lei e ordem e de tolerância zero buscaram fundamentação teórica na chamada teoria “das janelas quebradas”, formulada pelos norte-americanos James Q. Wilson e George Kelling (broken windows theory).

De acordo com esta teoria, crime e desordem estão intrinsecamente ligados numa espécie de cadeia, ou seja, os grandes crimes são vistos como o último elo de uma cadeia cujo germe é a delinquência dita “de rua”, ocasionada pelos desordeiros. Nesta perspectiva, a eficiência do combate à criminalidade exige a eliminação das pequenas infrações cometidas no dia a dia, pois “é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais” (Waquant, 2001).

Para ilustrar esta ideia é utilizada a alegoria das “janelas quebradas”. Segundo esta alegoria, se uma pessoa quebra uma janela de um edifício e esta não é consertada, outras pessoas que gostam de quebrar janelas e que passem por ali, vendo que não há reação, se sentirão estimuladas a agir do mesmo modo, quebrando as demais janelas do prédio. A partir daí ter-se-ia um

sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer infração penal, por ínfima que seja, deve ser reprimida sem complacência, sob pena de se transmutar, no futuro, em crime maior.

Para a implementação do Programa de Tolerância Zero, em Nova York, foram tomadas medidas específicas: a) fortalecimento da polícia, com o aumento do número de policiais nas ruas; b) aquisição e modernização de equipamentos; c) instalação de um sistema informatizado de controle de índices de criminalidade; d) atribuição de novas funções aos policiais, como a fiscalização ostensiva das áreas consideradas de perigo.

Como resultado obteve-se uma considerável queda nos índices de criminalidade, o que, segundo seus defensores, propiciou um retorno à ordem, sendo tais resultados amplamente divulgados como expressão de um grande sucesso da política instituída.

Waquant (2001) vê este alardeado “sucesso” com cautela, observando que a redução da criminalidade em Nova York não derivou exclusivamente da aplicação da política de “tolerância zero”; isso porque os índices de criminalidade também reduziram em locais onde tal política não foi aplicada, como Boston, Chicago e San Diego.

Para ele, o alarde midiático criado em torno do “êxito” da nova forma de controle da criminalidade fez com que Nova York passasse a ser vista como paradigma de enfrentamento da delinquência, e o modelo do Tolerância Zero passasse a ser copiado mundo afora, ganhando destaque inclusive nos discursos políticos.

Waquant (2001, p. 7) observa que a aplicação do “tolerância zero” não tem ligação alguma com qualquer teoria criminológica, buscando somente mascarar a arbitrariedade policial com um discurso que se pretende legítimo. A teoria busca dar credibilidade a um tipo de prática que já vinha se desenvolvendo e se amolda ao contexto mundial de enfraquecimento do Estado de bem-estar social diante da expansão do Estado mínimo neoliberal. Pretende-se, assim, “remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da

insegurança objetiva e subjetiva de todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo”.

Os críticos do repressivismo afirmam que este modelo político criminal, baseado na ideia de tolerância zero é, antes de tudo, um mecanismo de controle social e racial da população. Tal mecanismo baseia-se em uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres por estabelecimentos penais.

Ao selecionar prioritariamente como sua clientela membros da classe pobre, negros ou indivíduos envolvidos com a criminalidade convencional (furtos, roubos), o sistema penal busca manter sob controle a população economicamente excluída. Com isso pretende garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, buscando livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda ou daquela parcela da população que causa incidentes, desordens e que, por isso, é vista como a responsável por toda a insegurança social.

Para a consolidação destes movimentos de lei e ordem, a mídia exerce papel fundamental. Ao manipular a sensação de insegurança, por meio da espetacularização e generalização de fatos criminais específicos, setores hegemônicos da mídia desencadeiam campanhas defendendo como principal resposta para tais fatos o recrudescimento punitivo.

Ao agir deste modo criam e recriam estereótipos criminosos, permitindo que certos fatos criminais e determinadas pessoas passem a ser vistas como expressão de todo o “mal” social, legitimando a intervenção, muitas vezes arbitrária, do sistema penal sobre estas. Este processo permite a imunização de outros tipos de delinquentes, que, muito embora sejam responsáveis por crimes graves (cita-se como exemplo a criminalidade de colarinho branco), não são vistos como perigosos ou como “criminosos” pela sociedade ou pelo sistema penal.

De um modo geral apontam-se as seguintes críticas aos movimentos de lei e ordem e à política criminal de tolerância zero:

- Trata-se de um movimento que busca mascarar e até legitimar a arbitrariedade policial, uma vez que procura dar credibilidade a práticas de recrudescimento punitivo, que se expandem no contexto mundial e que são

reflexo do enfraquecimento do Estado de bem-estar social, ante a expansão do Estado mínimo neoliberal.

- A política criminal de tolerância zero promove a substituição do Estado Social pelo Estado policial e penitenciário. Mediante práticas repressivistas busca o controle social e racial das classes sociais excluídas, substituindo as instituições de assistência por estabelecimentos penais. Trata-se de um programa penal de gestão e de controle das massas pobres.

- A política criminal de tolerância zero produz efeitos perversos, dentre os quais se destacam: a) o atravancamento (sobrecarga) dos órgãos do sistema penal, uma vez que este deverá atuar em um conjunto significativo de infrações; b) a superlotação dos presídios; c) reforço à seletividade e à ideologia de sustentação do sistema penal; d) identificação entre pobreza e criminalidade.

Por fim, é necessário destacar que a criação de um programa de combate à criminalidade equivalente ao “tolerância zero” no Brasil, não é autorizado pelo texto constitucional, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 98, I, dispõe que deve haver diferenciação no que diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, estabelecendo que estas devem ter tratamento punitivo mais brando.

Tomando como base a realidade operacional do sistema punitivo brasileiro, e em especial o perfil das pessoas que formam a massa carcerária, verifica-se, no entanto, que muito embora o discurso jurídico-penal do país não adote a “tolerância zero” como modelo de atuação do sistema penal, na prática evidencia-se justamente o contrário. Com efeito, existe, no Brasil, uma clara opção por parte do sistema de justiça criminal pela persecução da criminalidade própria das classes desfavorecidas (crimes contra o patrimônio – muitas vezes de bagatela – e tráfico de pequenas quantidades de drogas). Infere-se disso que a lógica de funcionamento do sistema penal brasileiro é semelhante à lógica americana da tolerância zero, pois a maior parte dos perseguidos e punidos pelo sistema penal são oriundos dos estratos mais pobres da sociedade, e que, por sua condição socioeconômica e tipo específico de criminalidade, colocam em risco, aos alhos da classe que desfruta de esferas privilegiadas de poder, a paz e a ordem social (Wermuth, 2006, p.53).

Em seu conjunto, o pensamento desenvolvido no âmbito do movimento político-criminal repressivista de tolerância zero representa um retorno a modelos de Direito Penal máximo, que propugnam pela substituição do Estado Social pelo Estado penal e que atuam com base na garantia da ordem pública, ainda que esta ordem esteja fundada na desigualdade social e no desrespeito aos direitos fundamentais dos grupos socialmente excluídos.

O Direito Penal do Inimigo

Dentre os movimentos repressivistas/punitivistas contemporâneos, merece especial ênfase ou destaque a formulação do alemão Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo. Não por acreditar que tal concepção deva ser adotada ou defendida como estratégia de controle do crime, mas por tratar-se de uma formulação teórica que, diferentemente dos demais movimentos político-criminais repressivistas que se constituem apenas a partir de pautas programáticas, possui respaldo teórico significativo e tem influenciado, inclusive no Brasil, o pensamento de vários penalistas.

O conceito de Direito Penal do Inimigo foi elaborado pelo penalista alemão Jakobs, que em 1985 apresentou os postulados básicos desta teoria, observando ter ela apenas caráter descritivo da realidade operacional dos sistemas penais. Em 2001, após os episódios do 11 de setembro, Jakobs abandona a postura apenas descritiva, passando a defender a necessidade de consolidação de um direito penal do inimigo capaz de se diferenciar do Direito Penal ordinário, aplicado aos cidadãos.

Ao desenvolver sua tese Jakobs propõe a adoção da dicotomia “Direito Penal do cidadão” versus “Direito Penal do Inimigo”, para designar dois modelos distintos de intervenção punitiva, que devem ter por base uma diferenciação dos indivíduos a partir de sua identificação como cidadãos ou como inimigos. Afirma a necessidade de adoção destes dois modelos distintos sob o argumento de que não existem outras alternativas para o enfrentamento de determinadas formas de criminalidade, notadamente aquelas protagonizadas por grupos terroristas ou organizações criminosas.

Para Jakobs (2007) o Direito Penal de garantias, fundado nos princípios da legalidade, da lesividade, da proporcionalidade, da jurisdicionalidade, entre outros, teria aplicabilidade apenas aos “cidadãos” que praticam acidental e/ou esporadicamente crimes. Para tais indivíduos, envolvidos de forma eventual com a prática delitativa, seriam resguardados todos os direitos e garantias inerentes ao Direito Penal liberal, de índole garantista. Nesta perspectiva, o cidadão seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um crime, oferece garantias mínimas de que se comportará, em geral, obedecendo os conteúdos de proibição das normas penais.

Em contrapartida a este Direito Penal do cidadão, propõe a consolidação de um Direito Penal do Inimigo, tendo este como objeto os indivíduos que delinquem por princípio e de forma sistemática. Sustenta ser possível identificar, em alguns casos, indivíduos que se comportam de forma a violar sistematicamente as normas penais, não oferecendo garantias mínimas de condutas pessoais estabilizadoras da vigência das normas. Estes seriam os inimigos, contra quem deve o Estado agir de forma implacável. No primeiro modelo (Direito Penal do Cidadão), o indivíduo faria jus ao status de pessoa; no segundo (Direito Penal do Inimigo) não, devendo ser tratado apenas como inimigo, pois este “não aceitou o estado, desrespeitando-o, deste modo este não precisa respeitá-lo como cidadão” (Canterji, 2010, p. 52).

Com tal procedimento Jakobs propõe a cisão entre “pessoas” e “não pessoas”, elaborando dois modelos distintos de intervenção punitiva: “O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo [...] combate perigos [...]; no direito penal do cidadão a função manifesta da pena é a contradição, no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo.” (2007, p. 33)

Ao operar tal divisão Jakobs resgata a dicotomia simplista “bem” versus “mal” e propõe a estruturação explícita da beligerância (guerra) como base para o direito e o processo penal (do inimigo). Para identificar o inimigo sugere que sejam observados alguns sinais característicos, notadamente a habitualidade e a profissionalização no cometimento de crimes, o que pode ser facilmente identificado em relação àqueles que participam de organizações criminosas.

Afirma também que o status de pessoa não é uma condição inerente a todos os indivíduos, mas deriva de uma atribuição normativa. Somente quando o indivíduo aceita a ordem social constituída é que ele adquire a condição de pessoa, entrando em um estado de cidadania que lhe permite usufruir dos benefícios a ela inerentes. Quando o sujeito, ao contrário, não aceita ou não se submete a ordem social constituída dedicando-se habitualmente ao delito, o mesmo perde seu ‘status’ de pessoa, devendo ser tratado como inimigo.

Para fundamentar este modelo de Direito Penal Jakobs se vale de teóricos como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant: a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal” deve ser tratado como inimigo (Kant) (apud Gomes, Pablos de Molina; Bianchini, 2007, P. 295).

Na perspectiva apresentada por Jakobs (2007) contra o inimigo, a probabilidade, mesmo genérica de dano, legitimaria a punição. Assim podem e devem ser punidos até mesmo os atos preparatórios da conduta, antecipando-se a punição; devem ser suprimidas garantias penais (exemplo: a ofensividade) e processuais (exemplo: a presunção de inocência) e podem ser aplicadas sanções desproporcionais. Punir o “inimigo” significa, neste modelo, livrar-se ou controlar o perigo que este representa.

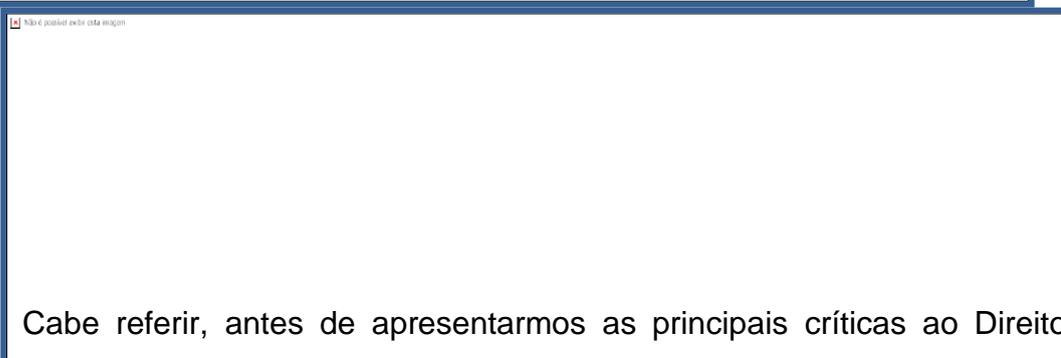
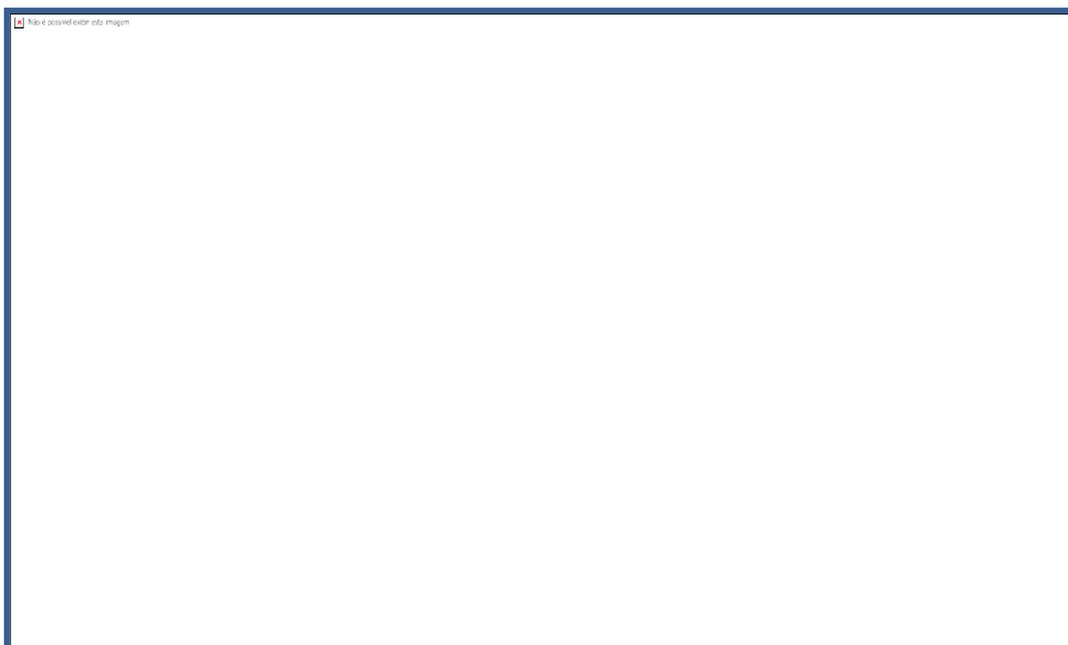
São bandeiras do Direito Penal do inimigo:

- a) flexibilização do princípio da legalidade;
- b) inobservância dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade;
- c) endurecimento da execução penal;
- d) antecipação da tutela penal;
- e) eliminação de garantias penais e processuais penais;
- f) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao ordenamento (delação premiada);
- g) ampliação e flexibilização da prisão processual;

h) ampliação de medidas investigativas (interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal e bancário).

O Direito Penal do Inimigo não é um sistema penal ordenado e lógico. Reflete, ao contrário, o conjunto de normas penais espalhadas pelo ordenamento jurídico penal e que se caracterizam por violar direitos e garantias fundamentais da pessoa. Reflete, do mesmo modo, o conjunto de práticas arbitrárias e desmedidas que marcam os sistemas penais contemporâneos, notadamente quando tais sistemas operam sem o necessário respeito às normas legais.

No quadro a seguir podem ser visualizadas as principais distinções entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, tal como proposto por Jakobs:



Cabe referir, antes de apresentarmos as principais críticas ao Direito Penal do inimigo, que se intensificam, nos últimos anos, as manifestações deste modelo normativo. Há, na atualidade, um consenso entre esquerda e direita

(punitivas) no sentido da adoção de medidas próprias a este modelo político criminal, o que tem conduzido ao incremento da prisão como pena; ao desenvolvimento de práticas arbitrárias e a alterações normativas visando a eliminação/supressão de garantias penais e processuais consagradas nos textos constitucionais.

A aplicação de categorias próprias ao Direito Penal do Inimigo (sem as devidas garantias penais e processuais) é medida corrente inclusive em países democráticos como o Brasil.

São apontadas como principais críticas ao Direito Penal do inimigo:

a) Trata-se de um modelo de Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é e não pelo que este fez e que conduz à demonização de alguns grupos sociais. Segundo Meliá (apud Gomes, Pablos de Molina e Bianchini, 2007, p. 299), a máxima expressão do Direito Penal do autor deu-se durante o nazismo e o Direito Penal do inimigo relembra este trágico período com uma nova demonização de grupos sociais.

b) Trata-se de um modelo de Direito Penal que fundamenta a aplicação da pena na periculosidade e não na culpabilidade. Enquanto o Direito Penal do cidadão, fundado na culpabilidade, pune o sujeito pela exteriorização de um fato lesivo a interesses de terceiros, o direito penal do inimigo permite que o indivíduo seja punido pelo que ele representa de perigo para o futuro. Neste sentido autoriza a imposição de penas severas a condutas que representam meros atos preparatórios, reforçando o caráter prospectivo e não retrospectivo do direito penal.

c) Permite a imposição de penas desproporcionais, uma vez que o que importa é a eliminação do perigo representado pelo inimigo;

d) Trata-se de um modelo de direito penal que não observa o devido processo legal, organizando um verdadeiro procedimento de guerra contra o inimigo, o que não se compatibiliza com o Estado de Direito. Do mesmo modo, ao abdicar ou flexibilizar garantias, torna-se claramente inconstitucional, posto que só se pode conceber medidas excepcionais em tempos anormais. Nas palavras de Carvalho (2006, p. 618): Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade, próprios da criminologia etiológico-positivista, e ao destituir seus componentes do status de

pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada da segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção polícial

e) Ao ampliar o conceito de inimigo permite a extensão desmedida das práticas punitivas, promovendo uma radical ruptura com o sistema de garantias, transpondo as ações de desrespeito aos direitos, protagonizadas pelas agências repressivas “do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaço para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo)” (Carvalho, 2006, p. 618). Neste sentido tem apenas uma função conservadora e legitimante da atual tendência expansiva e intensificadora da resposta penal em relação aos problemas sociais.

f) Tem caráter essencialmente simbólico, sendo feito apenas para aplacar a ira da população, não se prestando, concretamente, à proteção de bens jurídicos e ao controle das situações conflituosas.

g) Não reconhece a centralidade da pessoa humana como fim do direito, transformando-o em objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais (bode-expiatório). O indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade para se transformar em um subsistema que o direito valoriza na medida em que desempenha um papel funcional em relação à totalidade do sistema.

Em conferência realizada em 2004 na sede da rede LFG, o penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni (apud Gomes, Pablos de Molina e Bianchini, 2007) teceu severas críticas ao Direito Penal do Inimigo observando, em síntese: a) que o Estado, detentor do poder punitivo, que não prevê e respeita limites em relação às práticas punitivas, transforma-se em um Estado de polícia; b) que na história da humanidade diversos Estados e seus sistemas punitivos procuraram inimigos para justificar intervenções arbitrárias e desmedidas contra grupos sociais (hereges, bruxas, curandeiros foram eleitos inimigos e queimados em nome de Cristo); c) que tais práticas (definição de inimigos) ainda persistem justificando guerras externas (entre nações) e internas (contra traficantes, populações marginalizadas); d) que na atualidade o Direito Penal emprega um

discurso promocional e emocional, produzido pela mídia, para difundir o medo e o terror:

[...] fundamental sempre é projetar a dor da vítima (...), das tevês é preciso sair sangue (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres); difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; a população está aterrorizada, mas a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; o direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; o político apresenta o direito penal como o primeiro remédio para isso; o direito penal tornou-se produto de mercado (...); não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda. (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007, p. 302)

Conde (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007) salienta, também numa perspectiva crítica, que quem defende ou sustenta um “Direito Penal do Inimigo” pode ser visto como um inimigo do Direito Penal, porque aquele representa um modelo de direito excepcional, contrário aos princípios liberais que serviram como base de formulação do Direito Penal contemporâneo e que estão incorporados em todas as constituições dos Estados Democráticos de Direito.

MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS NÃO REPRESSIVISTAS – ABOLICIONISMO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Movimentos Abolicionistas

O movimento abolicionista surgiu na década de 70 do século passado a partir de discursos que passaram a defender a contração-eliminação do sistema penal carcerário. Trata-se de uma corrente de pensamento que sustenta que a pena e o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos, advogando, portanto, a eliminação ou a radical redução do controle “penal/formal” do delito, cuja solução deveria ser buscada em espaços informais.

A corrente abolicionista questiona a legitimidade do Estado para impor sanções penais destacando a profunda disparidade entre o discurso e a prática penal e o fato de o sistema penal produzir mais problemas do que soluções, sendo “criminógeno”, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos estéreis e inúteis” (Queiroz, 2001, p. 60). Por isso defende propostas político-criminais estruturadas na premissa da radical contração do sistema penal e sua substituição por outras instâncias resolutivas de conflitos sociais.

Queiroz (2001, p. 61 et seq.) sintetiza os principais argumentos apresentados por tais correntes em prol da eliminação da resposta punitiva:

a) **caráter definitorial do delito:** o crime não existe por natureza, ele é fruto de uma decisão política, sendo, portanto, resultado do funcionamento do sistema penal. A criminalidade é uma realidade socialmente construída mediante processos de definição legal. É a lei que diz o que é crime, podendo se retirar o caráter criminoso de uma conduta mediante simples revogação da norma penal (adultério, sedução, homossexualidade..., são exemplos de comportamentos já criminalizados e que passaram a condição de condutas penalmente irrelevantes);

b) **inidoneidade funcional da pena:** a pena e o Direito Penal não produzem os efeitos de prevenção de crimes. As funções de prevenção geral (intimidação) ou especial (ressocialização) não se cumprem, servindo apenas como discursos de legitimação da intervenção penal. As funções reais da pena são opostas àquelas declaradas pelos discursos oficiais;

c) **excepcionalidade da intervenção penal:** a intervenção penal é excepcional, pois os processos de criminalização secundária (que se realizam mediante aplicação e execução da pena aos autores de infrações penais) se realizam apenas em relação a uma ínfima parcela de condutas criminosas realizadas. A criminalidade visível, que é aquela perseguida pelo sistema penal, é muito inferior à criminalidade real, o que resulta em significativa cifra oculta;

d) **desigualdade e seletividade arbitrária do sistema penal:** por não atuar em todas as situações de violação da lei penal, o sistema penal é seletivo e escolhe sua clientela essencialmente entre os grupos sociais excluídos;

e) **caráter consequencial e não causal da intervenção penal:** a pena e o Direito Penal não atingem a raiz do conflito, constituindo-se apenas como respostas aos sintomas do crime e não as suas causas, o que faz com que pouco se possa esperar desta forma de intervenção;

f) **caráter criminógeno do sistema penal:** o sistema penitenciário cria um clima propício à proliferação de condutas criminosas;

g) **neutralização da vítima:** a vítima nada ganha com a imposição da pena.

Dentre os pensadores abolicionistas destacam-se Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsmann, que terão suas principais teses expostas a seguir:

Thomas Mathiesen, professor da Universidade de Oslo, sustentou no ano de 1974, em sua obra “The Politics of abolition”, a possibilidade de redução drástica do tamanho e da quantidade dos modelos carcerários norueguês, holandês e belga, afirmando a necessidade de abolição paulatina do cárcere. Para fundamentar esta ideia valeu-se de algumas conclusões (apud Carvalho, 2002):

1) o objetivo de melhora do detento é irreal, sendo constatáveis efeitos contrários de destruição da personalidade do detento e de estímulo à reincidência, o que foi evidenciado pela criminologia crítica e pela Sociologia;

2) o efeito da prisão, no que se refere à prevenção geral (intimidação), é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer uma relação entre a dissuasão e políticas sociais e econômicas;

3) a prisão como instituição total tem caráter expansionista e é composta prioritariamente por pessoas que cometeram crimes patrimoniais;

4) as prisões são instituições desumanas que produzem violência e degradação nos valores culturais dos apenados;

5) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.

Apesar de admitir a manutenção da prisão para situações extremas, Mathiesen (apud Carvalho, 2002), sustenta duas teses que, segundo sua ótica, poderiam reduzir drasticamente a necessidade do cárcere e do sistema penal como um todo: política social e descriminalização das drogas, pois se a maioria das pessoas presas comete crimes patrimoniais, uma política social efetiva

poderia diminuir este tipo de conduta e a descriminalização das drogas atingiria em cheio o crime organizado.

A proposta abolicionista de **Nils Christie**, professor Norueguês, parte da premissa de que a pena e o sistema penal são estruturas de controle social que se constituem exclusivamente a partir da imposição de sofrimento e de dor. Para este autor “os sistemas sociais deveriam construir-se de maneira a reduzir ao mínimo a necessidade percebida de impor dor para realizar o controle social” (Christie, apud Carvalho, 2002, p. 137).

Partindo desta máxima, propõe estratégias de resolução dos conflitos capazes de reduzir ao máximo o sofrimento das partes envolvidas, e que busquem substituir os castigos por respostas alternativas que produzam “ganhos” para as partes. Para Christie (apud Carvalho, 2002), a solução para o problema do sistema penal estaria na estruturação de modelos de justiça participativa e comunitária, mais próximas dos sistemas privatistas, baseados na reparação do dano, do que do modelo criminal. Para ele deveríamos abdicar da privação e/ou restrição da liberdade, assumindo-se a reparação ou indenização como ideal de resolução do conflito.

Nils Christie, afirma que informalização é a melhor estratégia, porque com a estatização do conflito a vítima é relegada a um segundo plano, sendo negada a participação dela na resolução do caso. “A única saída seria a reincorporação da vítima, colocando-a em posição de igualdade processual com o réu, auferindo-lhe capacidade de negociação na busca de compensação” (apud Carvalho, 2002, p. 139)

No livro denominado **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**, o professor holandês, **Louk Hulsmann**, um dos principais pensadores abolicionistas, propõe uma mudança radical nas estruturas de controle social a partir do abandono gradual de todos os sistemas formais, não somente o cárcere, e sua substituição por modelos informais e comunitários de resolução dos conflitos.

Ao afirmar que o sistema penal precisa ser avaliado a partir de sua real operacionalidade, Hulsmann (1993) salienta que o discurso que procura dar racionalidade a este sistema é falso. Para ele, o sistema penal é incontrolável,

desigual, seletivo, estigmatizador, expropriador dos direitos das vítimas, além de distribuir sofrimentos desnecessários a todos.

Para fundamentar sua perspectiva abolicionista sugere que a prisão como pena seja avaliada a partir de “um olhar de dentro”:

Aprendemos a pensar sobre a prisão de um ponto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a “ordem”, o “interesse geral”, a “segurança pública”, a “defesa dos valores sociais” [...] Fazem com que acreditemos – e está é uma ilusão sinistra – que, para nos resguardar das “empreitadas criminosas” é necessário e suficiente! Colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome. Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples fato de estar enclausurado [...] já é um mal bastante significativo. [...] Mas é também um castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; a promiscuidade [...]; o odor [...] são provações físicas que agridem o corpo, que deterioram lentamente. Por outro lado o condenado a prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade, com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril (Hulsmann, 1993, p. 61-62).

Para Hulsmann a prisão não é apenas um mal, mas um instrumento de imposição de sofrimento inútil e órfão de racionalidade. Neste sentido, destaca que:

Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. As ciências humanas nos dão uma ideia da extensão deste mal. A partir delas, se constata que ninguém extrai qualquer benefício do encarceramento, nem o preso, nem sua família, nem a sociedade. As regras da prisão fazem prevalecer relações de passividade-

agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. [...] O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados (Husmann, 1993, p. 62 -63)

Analisando as cifras-ocultas da criminalidade, Hulsman observa que a lógica de operacionalidade do sistema penal é a impunidade e não a criminalização. Isso significa que a maior parte dos comportamentos criminosos realizados não são punidos, o que indica que “a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional”. Partindo desta premissa (a da baixa funcionalidade do sistema penal) sustenta ser possível a utilização de reações diversas, distintas da punição, como a compensação, a mediação, a terapia, a educação, entre outros.

Propõe, assim, como orientações em prol da consolidação de modelos alternativos de resolução dos conflitos:

a) **a substituição da linguagem penal**, com a eliminação dos termos crime/delito e sua substituição por outras expressões. Sob sua lógica isto permitiria a não segregação maniqueísta da sociedade entre vítimas e criminosos, rompendo com os modelos criminológicos de defesa social baseados no princípio do bem e do mal. Em suas palavras:

Em primeiro lugar, é preciso mudar a linguagem. Não conseguiremos superar a lógica do sistema penal se não rejeitarmos o vocabulário que a sustenta. As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc., pertencem ao dialeto penal. O acontecimento qualificado como “crime”, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente criminoso, considerado como pertencente ao mundo dos “maus”, já está antecipadamente proscrito. Seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas. Falar de “atos lamentáveis”, “comportamentos indesejados”, “situações problemáticas” já seria um primeiro passo no sentido de se formar uma nova mentalidade [...] Livre

da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar as situações (Hulsmann, 1993, p. 95 - 96).

Para Hulsmann chamar um fato de crime significa excluir de antemão todas as outras possibilidades de resposta: “Para mim, não existem nem crimes, nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana” (1993, p. 101).

b) **a devolução dos conflitos às pessoas**, pois a análise que as partes nele envolvidas fazem da situação e de seus verdadeiros interesses é que, sob sua ótica, permitiria a produção de soluções racionais e adequadas. Para Hulsmann por intermédio de encontros “cara a cara”, em que se dariam explicações, troca de experiências, manifestações de sentimentos, seria possível produzir soluções realistas para o futuro(1993, p. 104).

Hulsmann (1993) vê nos sistemas cíveis e administrativos modelos alternativos que possibilitariam à vítima e ao imputado o diálogo na busca de resolução do problema individual. Neste aspecto, nega ao Estado o direito de “excluir” a vítima, roubando-lhe o conflito, e de estigmatizar os réus.

Como se observa a postura abolicionista mais radical de Hulsmann “não reconhece” qualquer justificação ao Direito Penal e propugna por sua eliminação, argumentando que os custos sociais produzidos pelo sistema penal são amplamente superiores às vantagens produzidas. A estratégia proposta por ele não é apenas a gradual e constante abolição da pena criminal, mas do próprio sistema de justiça criminal, sendo este substituído por uma estrutura informal e flexível de justiça civil e administrativa. Para isso, considera necessária uma espécie de “conversão coletiva, no sentido metafórico do termo, pois a “abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções atitudes e comportamentos” (apud Carvalho, 2002, p. 143)

Segundo Conde a perspectiva abolicionista se funda no seguinte pressuposto:

Se o direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status quo de seus autores e, quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez com este sistema de reação social frente a criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício (apud Gomes; Pablos de Molina; Bianchini, 2007, p).

Para Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007), a proposta abolicionista é desinstitucionalizadora ou descentralizadora (não intervencionista), uma vez que procura afastar o Estado da resolução do conflito, deixando que a própria sociedade encontre mecanismos menos repressivos “capazes de alcançar a paz”. O pensamento abolicionista sugere uma política de descentralização e desinstitucionalização, porque deposita maior confiança nos processos de regulação social informal.

Inúmeras são as críticas ao movimento abolicionista. A principal delas advém do pensamento minimalista-garantista que se apresenta, inclusive, como alternativa ao proposto pela teoria abolicionista. Para Carvalho (2002), um dos grandes problemas das teorias abolicionistas é a possibilidade de transformação do sistema formal de controle penal em modelos desregulamentados de resolução dos conflitos com fundo disciplinar, selvagem ou em instâncias formais distanciadas das garantias típicas do processo penal.

Ferrajoli (2005, p. 203) acentua que as doutrinas abolicionistas possuem um duplo efeito:

Primeiramente, os modelos de sociedade por ela perseguidos são aqueles, pouco atraentes, de uma sociedade selvagem, sem qualquer ordem abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e, talvez, policial.

Para Ferrajoli (2005), o abolicionismo significa uma “utopia regressiva”, ou seja, uma espécie de projeção do futuro baseada em “mitologias” de um “Estado

Natural”, sem regras, ou de uma sociedade primitiva ainda não contaminada por conflitos intersubjetivos.

Apesar de ser visto com reservas, o pensamento abolicionista trouxe inúmeras contribuições para a reflexão em torno das funções cumpridas de fato pela pena e pelo sistema penal. Carvalho (2002) salienta que as várias matizes do abolicionismo são extremamente importantes porque permitiram uma avaliação mais rigorosa da ineficácia do sistema penal e porque algumas de suas propostas, especialmente aquelas que dizem respeito à restrição/abolição do uso da pena carcerária, são absolutamente viáveis como projeto político-criminal. Agregue-se a isso a demonstração da viabilidade da descriminalização de inúmeras condutas tipificadas como crime, trazendo-as para o campo da licitude penal.

Justiça Restaurativa

A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash que em artigo publicado no ano de 1977 sustentou que existem três possíveis respostas ao crime: a) a resposta retributiva, baseada na punição do agressor; b) a resposta distributiva, baseada na reeducação do agressor; e c) a resposta restaurativa, baseada na reparação do dano sofrido pela vítima e na restauração dos vínculos sociais abalados com a prática do crime (apud Pinto, 2008).

O movimento de justiça restaurativa nasceu como resposta à crise dos sistemas penais contemporâneos que, historicamente, buscaram solucionar os conflitos sociais exclusivamente a partir da lógica da retribuição/punição. Trata-se, portanto, de um novo modelo de justiça que propõe respostas alternativas ao problema da criminalidade ante a crise das respostas punitivas tradicionais. A justiça restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o acusado, e também outras pessoas ou membros da comunidade, afetadas pelo crime, participam ativamente na construção de soluções para a restauração das perdas provocadas pelo crime. É “um processo pelo qual todas as partes, que tem um interesse em uma determinada ofensa, se juntam para resolvê-la

coletivamente e para tratar suas implicações futuras” (Marshall apud Larrauri, 2004, p. 73).

Segundo Garapon (2004), a justiça restaurativa trabalha com uma concepção relacional da justiça, que concebe “o crime como um encontro infeliz e a pena como uma possibilidade de troca”, sendo que o postulado central desta nova filosofia (que é reconstrutiva) consiste em colocar no cerne da justiça a vítima e já não a lei, a ordem pública ou o criminoso.

Para este autor, no pensamento ocidental, erigiram-se quatro centros de sentido para a pena, que se apresentam por meio de quatro discursos distintos:

1 - Um discurso moral ou sagrado, que vê a pena como instrumento de lembrança da lei. Segundo este discurso “punir é recordar a lei”, uma vez que nele a pena serve como instrumento de sacrifício, expiação, repressão aos corpos e à alma, de obediência, em que o “criminoso” aparece como traidor ou maldito. Neste discurso o centro da punição é a LEI;

2- Um discurso político econômico, que vê a pena como defesa da sociedade. Nele o centro da punição é a SOCIEDADE;

3 - Um discurso pedagógico, que vê a pena como instrumento de transformação do condenado. Para este discurso, punir é educar um indivíduo, uma vez que se considera o criminoso um sujeito educável. O centro deste sentido de pena é, portanto, a pessoa do CRIMINOSO;

4 - Um discurso ético-jurídico que tenta ultrapassar a ideia de vingança e pensar numa justiça relacional, baseada na restauração das relações entre as partes envolvidas no conflito. Neste discurso, a VÍTIMA está no centro e a justiça deve atuar numa perspectiva de reconstrução do conflito (Garapon, 2004, p. 12 - 13).

Segundo Garapon (2004) o Direito Penal Moderno tem sido chamado a encontrar a base de atuação não nas transgressões à lei, mas no sofrimento imposto à vítima. Esta é uma inversão total em relação ao pensamento clássico para quem a violação da lei (transgressão) é mais importante que o sofrimento da vítima. Partindo desta perspectiva, o modelo restaurativo questiona a ideia de punição, pois na atualidade as vítimas têm novas perspectivas que incluem a reparação do dano e o reconhecimento, e a pena pode representar um obstáculo à satisfação destes objetivos.

Referindo-se à justiça restaurativa Tickelle e Akester (apud Sica, 2007, p. 19), salientam que este modelo, representa uma mudança de linguagem e orientação, criando a oportunidade de revigorar o debate num ambiente político que esteja explicitamente tentando focar as causas do crime, ao invés de responder às demandas de “severidade” ou “endurecimento” e punição. O que isto oferece é inclusão para as vítimas e uma abordagem determinada, cujo alvo é as causas do crime, e pode, para o ofensor, ser tão “forte” quanto qualquer resposta oferecida pela justiça criminal convencional e pode ser mais efetiva em longo prazo.

O enfoque principal é o restabelecimento da situação à condição anterior ao acontecimento do crime, a partir de uma espécie de mediação do conflito entre a vítima e seu agressor, permitindo-se, com isso, uma espécie de compartilhamento do conflito entre as partes.

Antecedentes

O movimento em prol da justiça restaurativa surgiu por influência do pensamento abolicionista e também dos movimentos das vítimas dos crimes, devendo também se destacar a atuação dos grupos críticos com o sistema penal, interessados em buscar alternativas à prisão.

Os movimentos abolicionistas sempre questionaram a postura do Estado diante do conflito, uma vez que este, ao assumir o monopólio da repressão, coloca o delito como uma relação entre o Estado e o delinquente, relegando a vítima a um segundo plano.

Para os movimentos abolicionistas a justiça restaurativa permite que a vítima recupere o conflito com o agressor, e que a comunidade recupere sua capacidade de solucionar seus conflitos. Esta postura foi, de início, severamente criticada, pois haviam sérias desconfianças em torno da capacidade de a comunidade ou de a vítima recuperar o protagonismo na solução dos conflitos e porque os juristas, em geral, concebem o abolicionismo como um retrocesso, por desconhecer as garantias do direito e do processo penal.

Segundo Miers (apud Larruscahim, 2006), na atualidade vários países já adotam práticas de justiça restaurativa utilizando modelos variados:

Áustria, Bélgica, Dinamarca, Inglaterra, Portugal, França, Alemanha, Itália, entre outros, utilizam um modelo de justiça integrado, em que as práticas restaurativas são usadas pelo próprio sistema de justiça criminal. Neste modelo, em determinada fase do processo-crime o caso é encaminhado para um mediador incumbido de tentar o acordo entre vítima e agressor e, havendo acordo, este repercutirá sobre o resultado da sentença criminal.

A Noruega emprega, ao contrário, um modelo do tipo alternativo, em que as práticas de mediação próprias da justiça restaurativa substituem o sistema de justiça criminal em diversas situações. Deste modo, o caso, ainda no início, é desviado da justiça criminal, sendo resolvido através da mediação vítima-ofensor.

Há também um terceiro modelo, denominado adicional, em que as práticas restaurativas (mediação vítima-ofensor) acontecem após a condenação criminal, ocorrendo já no contexto prisional. Trata-se de um mecanismo complementar à pena e que se refere, em geral, a crimes violentos, visando permitir o encontro do criminoso com a vítima ou familiares para que estes possam expressar os sentimentos oriundos do fato delitivo. Este modelo é pouco aplicado (existem exemplos na Suíça, na Áustria e nos EUA) e nele os encontros visam apenas demonstrar ao criminoso os efeitos de sua ação lesiva na vida das vítimas.

Definição e Objetivos

Na atualidade não há um consenso teórico sobre o que seja justiça restaurativa. Em geral o conceito é construído a partir das características que a distinguem da justiça criminal tradicional.

Christa Pelikan (apud Larruscahim, 2006, p. 181) identifica três elementos característicos principais e que formam a base da Justiça Restaurativa: o elemento social, o elemento participativo e o elemento reparador. Para além destes, também identifica dois elementos acessórios: o empowerment (capacidade em concordar ou discordar) e o reconhecimento.

O elemento social apontado indica que o crime deve ser percebido como um fato que causa “perturbação das relações humanas entre pessoas que vivem

em conjunto no seio da sociedade”. O elemento participativo relaciona-se à necessidade do envolvimento e da voluntariedade de agressores e vítimas no processo. O elemento reparador refere-se à restauração da situação anterior, num autêntico reconhecimento das verdadeiras necessidades da vítima (emocionais ou materiais) (Christa Pelikan apud Larruscahim, 2006, p. 181).

Segundo Pinto (2006) a denominação justiça restaurativa tem sido empregada para designar um conjunto de ações desenvolvidas e que abrangem: a) Mediação vítima-delinquente (reunião com a participação de um mediador, para diálogo sobre as origens e consequências do conflito e construção de um acordo e um plano restaurativo); b) Conferências de família (que incluem nos encontros familiares ou pessoas para apoiarem vítimas e acusados e também pessoas que atuam no sistema); c) Círculos restaurativos (mediação mais ampla, abrangente e reflexiva, em que, para além da vítima e do infrator, permite-se a presença de outras pessoas da comunidade que tenham interesse no assunto); d) Justiça municipal (formação de comissões que se encarregam de solucionar delitos menos graves que afetem a qualidade da vida comunitária).

André Goma de Azevedo (2005, p. 140) conceitua a justiça restaurativa como: a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio da comunicação efetiva entre vítimas, ofensores e a comunidade, voltadas a estimular: I) a adequada responsabilização por atos lesivos; II) a assistência material e moral das vítimas; III) a inclusão de ofensores na comunidade; IV) o empoderamento das partes; V) a solidariedade; VI) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; VII) a humanização das relações processuais em lides penais; VIII) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

Elena Larrauri (2004) aponta como objetivos da justiça restaurativa:

1) a identificação dos interesses e necessidades oriundas do crime. Neste paradigma o crime não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades oriundas dessa violação e do trauma causado, buscando sua restauração :a justiça restaurativa apoia-se no princípio

de redefinição do crime, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica. A tendência natural do desenvolvimento da justiça restaurativa leva à reconstrução da noção de crime, especificando-o em dimensões complementares: a transgressão a um código legal (princípio da legalidade) e um ato que acarreta consequências e danos às pessoas e às relações. (Mccold apud Sica, 2007, p. 11).

- 2) oportunizar e encorajar as partes envolvidas a dialogarem e chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo;
- 3) garantir que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas e que as necessidades oriundas da ofensa sejam atendidas;
- 4) voltar-se para o futuro, para a restauração dos relacionamentos, e não se concentrar no passado e na culpa. “A justiça convencional diz: você fez isso e deve ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: O que você pode fazer agora para restaurar isso?”

Características

São três as características que constituem a base da justiça restaurativa:

- a) a participação das partes;
- b) o processo dialogado;
- c) os acordos restauradores.

a - A Participação das Partes

Modelo a participação do infrator e da vítima é indispensável para a resolução do conflito, mas também se considera conveniente a presença de um mediador, cuja tarefa é facilitar a discussão e zelar por determinados procedimentos.

Defende-se também a participação da comunidade, que poderia dar apoio às partes, auxiliar no controle informal do infrator e, com isso, revitalizar sua participação e envolvimento com a solução dos conflitos produzidos em seu âmbito.

Para Larrauri (2004), a participação da comunidade pode suscitar algumas questões, tais como: O que é comunidade? Quem deve participar da resolução dos conflitos? O que ocorre quando os valores comunitários são diferentes dos valores normativos? A ausência do Estado não poderia gerar desrespeito aos direitos do imputado?

b - O Processo Dialogado

A justiça restaurativa concebe o crime não como um insulto ao sagrado, como mera violação à lei ou como expressão de uma perturbação do espírito do outro, mas como um sinal de desprezo em relação à vítima, o que quebra a igualdade entre os indivíduos.

Neste aspecto o diálogo é fundamental para retificar a relação desigual que une o acusado (que obteve a vantagem) e a vítima (que sofreu a perda), pois por meio dele se busca restaurar a condição de igualdade entre as partes, e para permitir o reconhecimento do outro (se o crime é um sinal de desprezo pela vítima o que se espera da justiça é a negação desta humilhação, isto é uma manifestação de reconhecimento). O reconhecimento é uma confirmação pública do valor da vítima, que se constrói mediante o diálogo das partes. Sobre isso, Garapon (2004, p. 289) observa Se um crime é sempre in fine, sinal de um desprezo pela vítima, o que se espera da justiça é a negação desta humilhação, isto é, a manifestação de um reconhecimento. Se um prejuízo é reparado, uma identidade negada exige ser reconhecida, reafirmada por um ato oficial. O reconhecimento é uma reconfirmação pública do seu valor, que em democracia é inseparável de uma reafirmação de igualdade de princípios entre as pessoas, de um certificar da sua capacidade de agir.

Durante o diálogo devem ser respondidas algumas questões fundamentais: Qual foi o dano sofrido? O que é necessário fazer para repará-lo? Quem é responsável por fazê-lo?

O processo dialogado pode produzir benefícios significativos tanto para a vítima quanto para o acusado. A vítima pode sair de sua posição de passividade, denunciando seu agressor, exteriorizando sua cólera, expressando o seu sofrimento, de modo a começar a pôr fim na sua condição de vítima. Ao dirigir-

se ao agressor expondo seus sentimentos, a vítima pode responder ao ultraje sofrido, podendo, a partir disso, perdoar ou não o seu agressor.

O acusado, por outro lado, se confronta com a vítima e com o sofrimento nela causado (tomando consciência do dano derivado de sua conduta). Também é chamado a responder por seus atos diante da vítima, o que permite o reconhecimento da conduta (confissão) e um despertar de consciência.

Referindo-se ao processo dialogado, Larrauri (2004, p. 73), observa que: “O diálogo é visto como uma forma de recuperação da participação, valor democrático do qual o sistema penal está necessitado. Na justiça restaurativa são as pessoas que deliberam sobre as consequências dos delitos, como tratá-los e prevenir sua recuperação”.

c. Acordos Restauradores

Os acordos construídos a partir do processo dialogado visam reparar simbolicamente ou materialmente a vítima, permitindo a reintegração do infrator e a restauração da comunidade afetada.

A vítima deve se sentir reparada moral e/ou materialmente, o que exige que o infrator realize algum tipo de atividade reparadora em seu benefício ou em benefício da comunidade. Em geral a reparação moral da vítima terá como pressuposto um pedido sincero de desculpas, por parte do infrator. Segundo Larrauri (2004, p. 75), “as desculpas não anulam o dano, porém a dor e arrependimento da desculpa sincera, seguida do igual difícil ato de perdoar, tem o poder de efetuar uma transformação social”.

O acordo construído deve impor ao infrator alguma atividade destinada a satisfazer a vítima, incumbindo ao Estado o dever de organizar os serviços para a efetivação das medidas negociadas. As práticas de justiça restaurativa existentes no mundo indicam que os acordos em geral são cumpridos, pois o infrator se compromete com ele.

Larrauri (2004) salienta, contudo, que os acordos construídos entre vítimas e autores não estão isentos de problemas, destacando que estes podem sugerir medidas ilimitadas ou degradantes aos infratores. Por isso acentua a importância de princípios claros que demarquem limites específicos e que

impeçam a construção de acordos que sejam degradantes ou humilhantes para uma das partes.

A legitimidade e eficácia das práticas restaurativas (baseadas na participação das partes, no processo dialogado e nos acordos restauradores) exige, segundo Larrauri (2004), uma regulação legal baseada em princípios gerais como o consentimento, a confidencialidade e a disponibilidade e, em regras jurídicas, que garantam os direitos processuais, em especial o direito de defesa.

As partes jamais devem ser compelidas a participar de práticas restaurativas, sendo o consentimento (adesão voluntária) um princípio fundamental a ser respeitado. Além disso, os processos devem garantir a confidencialidade, no sentido de que somente as pessoas interessadas na resolução dos conflitos sejam chamadas a participar, e a disponibilidade, de modo que as partes (vítima e acusado) possam desistir de sua participação em qualquer fase do procedimento.

Tomando como referência as características anteriormente apresentadas, a Organização das Nações Unidas, por intermédio de resolução de seu Conselho Econômico e Social, enunciou princípios da Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

1. Programa Restaurativo – se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos.
2. Processo Restaurativo – significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença.
3. Resultado restaurativo – significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator. (apud Pinto, 2005, p. 24)

Uma breve análise das principais características do modelo restaurativo permite evidenciar que este se diferencia profundamente do paradigma

retributivo, pois possui como norte a ideia de inclusão da comunidade e das vítimas, almejando uma cidadania participativa, sendo que a consensualidade, o diálogo e as medidas informais são a base sobre a qual se estrutura esta nova forma de realização da justiça penal.

Paradigma Restaurativo Versus Paradigma Retributivo

Como se vê, o paradigma da justiça restaurativa se diferencia radicalmente ao da justiça criminal tradicional, que tem base retributiva. Para demonstrar as principais diferenças entre estes dois modelos, Zehr (apud Rolim, 2006, p. 243) apresenta um quadro comparativo muito interessante, que será adiante reproduzido; nele o autor demonstra que, no paradigma restaurativo, o crime é visto como uma violação (dano) de uma pessoa por outra, e que este rompe o equilíbrio das relações sociais em uma determinada comunidade. O foco, a partir disso, será restabelecer as relações atingidas, reconstruindo o equilíbrio rompido com a prática do delito.

Assim, enquanto para a Justiça Retributiva o crime é uma violação contra o Estado, que se constituiu a partir da desobediência à lei e pela definição da culpa, cabendo ao sistema de justiça criminal determinar a culpa e infringir dor ao ofensor, para a Justiça Restaurativa o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos, sendo o que o objetivo da justiça é corrigir os erros a partir do “envolvimento da vítima, do ofensor e da comunidade, na busca de soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança” (Zehr, apud Pereira, 2008).

PARADIGMA DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA	PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA
Crime definido como violação do Estado	Crime definido como violação de uma pessoa por outra
Foco no estabelecimento da culpa, voltado para o passado (ele/ela fez isso?)	Foco na solução do problema; atenção direcionada para o futuro (o que deve ser feito?)
Relações adversárias e processo normativo	Relações de diálogo e negociação normativa
Imposição de dor para punir e prevenir	Restituição como meio de tratar ambas as partes, reconciliação como objetivo
Justiça definida como intenção e como processo: regras de direito	Justiça definida como relacionamentos corretos: julgada pelos resultados.
Natureza interpessoal do conflito é obscurecida: o conflito é visto como conflito entre o indivíduo e o Estado	Crime reconhecido como conflito interpessoal: o valor do conflito é reconhecido
Um dano social (crime) é substituído por outro (pena).	Foco na reparação do dano social.
Alijamento da comunidade que é representada pelo Estado	Comunidade aparece como facilitadora do processo.
Encorajamento de valores individualistas e competitivos	Encorajamento da colaboração.
Ação direta do Estado em direção ao infrator: vítima ignorada e infrator passivo.	O papel da vítima e dos infratores é reconhecido: as necessidades das vítimas são reconhecidas e os infratores são estimulados a assumir responsabilidades.
Responsabilização do infrator é vista como punição	Responsabilização do infrator definida a partir do entendimento do mal causado e da decisão de reparar o dano.
Resposta focada no comportamento passado do infrator	Resposta centrada nas consequências danosas do comportamento do infrator
Estigma do crime é irremovível	Estigma removível através da ação restaurativa
Nenhum estímulo ao arrependimento e ao perdão	Possibilidade de arrependimento e perdão

Na perspectiva Retributiva o objetivo central é a apuração da culpa, ao passo que para a Justiça Restaurativa o que se busca é a solução do problema. No viés restaurativo, apagam-se as luzes sobre o passado, focando-se no futuro. A busca de consenso através do diálogo é a norma, em oposição ao modelo de batalha adversarial do sistema retributivo. Buscam-se traços comuns, ao invés de salientar as diferenças. De igual maneira, tenta-se afastar a imposição da dor como regra, objetivando-se atingir a restauração e reparação dos danos sociais e das vítimas. O dano praticado pelo ofensor não é contrabalançado pelo dano imposto a ele, mas sim pelo bem realizado à vítima e à comunidade. Procura-se obter altos índices de restituição, bem como propiciar o maior nível de informações à vítima, fazendo com que ela vivencie a justiça. Busca-se a responsabilização do ofensor, incentivando sua integração com a sociedade. Fomentam-se valores de reciprocidade e colaboração, bem como a avaliação da

justiça pelos seus resultados e frutos, não pelos seus procedimentos (Pereira, 2008, p. 43)

O que se busca, portanto, são resultados que produzam ganhos para todas as partes. A lógica perde/ganha da justiça tradicional é substituída por uma lógica de ganhos, em que todos podem, a partir da situação conflituosa vivenciada, somar resultados positivos, mesmo que tais resultados derivem da imposição de uma sanção ao ofensor.

A Justiça Restaurativa não pretende eliminar o sistema de justiça criminal tradicional, apresentando-se apenas como uma opção que pode reduzir os efeitos estigmatizantes e criminógenos do mesmo. Ela visa apenas o respeito aos direitos humanos de vítimas e ofensores, apresentando-se como uma forma complementar de atuação, pois oferece respostas mais salutares aos conflitos sociais.

Referindo-se a este modelo, Pereira (2008, p. 42) observa que “um dos objetivos da justiça restaurativa é a revitalização da vítima dentro do sistema, permitindo que ela desempenhe um papel ativo no curso do processo, vivenciando a justiça, bem como permitindo a ingerência da comunidade, podendo determinar seus próprios rumos”.

POLÍTICAS CRIMINAIS NÃO REPRESSIVISTAS – MINIMALISMO PENAL

O Minimalismo Penal de Alessandro Baratta

Para desenvolver sua proposta minimalista, Alessandro Baratta (1991; 1997) realiza uma profunda análise da funcionalidade operacional do sistema penal e demonstra que este produz mais problemas do que aqueles que ele se declara apto a resolver.

Para ele o sistema penal não compõe ou resolve os conflitos, apenas os reprime, fazendo com que estes, não raras vezes, adquiram um caráter mais

grave do que o conflito originário que pretendiam sanar; e, também, por efeito da intervenção penal marcadamente violenta, contribui para a emergência de novos conflitos. Observa que uma simples avaliação da programação normativa (leis penais e processuais penais), ante a capacidade estrutural/organizacional do sistema punitivo, revela que este é absolutamente inadequado para o cumprimento das funções declaradas normativamente. Seja pela sua estrutura organizativa ou pelo modo como funciona, o sistema é incapaz de cumprir com as funções de defesa social e controle do crime, próprias da ideologia penal dominante (Baratta, 1991).

O resultado da análise do funcionamento do sistema penal revela que a criminalidade é um status atribuído a determinados indivíduos, mediante um processo de dupla seleção: o processo de criminalização primária, pelos quais são selecionados os bens ou interesses dignos de tutela penal e são descritos, mediante a constituição dos tipos delitivos, os comportamentos criminosos; e um processo de criminalização secundária, quando são selecionados os indivíduos a serem estigmatizados como criminosos entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (Baratta, 1991).

Mediante análise destes processos de construção do comportamento desviante e dos mecanismos de execução das penas e/ou das medidas de segurança, é que Baratta (1991) propõe uma severa crítica ao Direito Penal, desmistificando-o como direito igualitário.

Assim, ao mito da igualdade Baratta opõe a fenomenologia da desigualdade baseando-se em investigações que comprovam: a) que o direito penal defende bens e interesses que não interessam a todos os cidadãos, e mesmo quando pune ofensas a bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) que a lei penal não se aplica a todos indistintamente, atribuindo-se desigualmente o status de criminoso, incidindo este especialmente sobre membros das camadas mais carentes da população; c) e, por fim, que os processos de criminalização primária e secundária não refletem o grau de danosidade social dos comportamentos, não se constituindo esta o principal elemento condicionante daqueles processos (1991, p. 162).

Apesar da desigualdade e da constatada incapacidade histórica quanto ao cumprimento das funções de controle do crime que declara, o sistema punitivo

mantém-se inabalado. Para Baratta (1997), isso ocorre porque, apesar do seu aparente fracasso, o sistema é funcional para o sistema de produção capitalista.

Para explicitar esta tese, Baratta (1991) usa o exemplo oferecido pela pena carcerária. Apesar do evidente fracasso desta instituição quanto ao cumprimento de suas funções declaradas de combate à criminalidade (prevenção geral), de ressocialização do condenado (prevenção especial), de defesa dos interesses mais elementares da comunidade, a pena carcerária é altamente funcional para o sistema de produção capitalista. Ao incidir prioritariamente sobre os grupos socialmente mais fragilizados (excluídos), produz e reproduz a ideia de criminalidade como um comportamento destas classes, comprometendo-se ideológica e materialmente com a reprodução das relações desiguais que marcam a sociedade capitalista.

Enquanto o sistema punitivo se mantém, sustenta-se seu exercício de poder, marcado pela violação encoberta (seletiva) e arbitrária (ilegal) dos direitos humanos. Por isso, o Direito Penal mínimo tem como objetivo estabelecer um programa que, de um lado, possa conduzir a superação do modelo punitivo de controle e, de outro, possa combater e conter a violência com que o sistema penal manifesta o seu exercício de poder.

Partindo destas reflexões, Baratta propõe uma política criminal alternativa a partir de conjunto de estratégias destinadas à redução gradual da pena e do Direito Penal como instrumentos de controle social. Na obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Baratta (1991) estabelece os princípios ou estratégias que considera fundamentais para uma política criminal alternativa:

a) esta política deve orientar-se, em primeiro lugar, pelo interesse das classes subalternas. Por isso afirma ser necessário o deslocamento das áreas prioritárias de atuação do sistema de justiça criminal, transferindo-se o foco da criminalidade contra o patrimônio individual e dos grupos subalternos, para a criminalidade contra o patrimônio coletivo (criminalidade econômica, poluição ambiental, criminalidade política, etc.) própria das classes dominantes. Partindo da consideração do Direito Penal como um direito desigual, propõe a ampliação/reforço da tutela penal em relação a áreas essenciais para a vida em comunidade. Este reforço exige que os mecanismos de reação institucional sejam dirigidos para a luta contra a criminalidade econômica, política,

organizada, ambiental, etc. Para Baratta, mesmo nestas áreas, a tutela deve ser realizada considerando-se sempre a possibilidade de aplicação de meios alternativos de controle;

b) como os crimes próprios das classes subalternas ou excluídas são respostas individuais “não políticas” às contradições e à desigualdade próprias da sociedade capitalista e a resposta penal não é um instrumento adequado para superar tais contradições, Baratta sustenta a necessidade de constituição de uma política criminal alternativa que, em oposição a política criminal circunscrita ao âmbito da função punitiva do Estado, se coloque como política de transformação social e institucional, baseada no acesso universal a direitos fundamentais;

c) propõe, paralelamente às estratégias de reforço descritas anteriormente um esforço de contração ao máximo do sistema penal, por meio da utilização de estratégias de descriminalização, despenalização e de descarceirização;

d) Baratta também sustenta que uma política criminal alternativa deve buscar como objetivo primordial a abolição do cárcere. Mas, para ele, a inviabilidade política e cultural de imediata abolição da prisão implicaria a utilização de estratégias que, em diferentes etapas, conduzissem à aproximação de tal objetivo: ampliação do sistema de medidas alternativas, de suspensão condicional da pena, de livramento condicional, do regime de semiliberdade, etc. Além destas medidas, sugere um amplo processo de reinserção social dos apenados com a finalidade de limitar as consequências estigmatizantes do cárcere em relação a estes.

e) uma política criminal alternativa exige a consideração da função exercida pela opinião pública e pelo elemento ideológico nos processos de legitimação/sustentação do Direito e do sistema penal. Assim, para Baratta, uma política criminal alternativa deve vir acompanhada de uma ampla discussão pública sobre as funções de fato cumpridas pelo sistema penal e sobre seu caráter desigual, na tentativa de se inverter a hegemonia cultural (Baratta, 1991, p. 56-58).

De todo o exposto, Baratta (1997, p. 221) conclui que Em uma política criminal alternativa o momento penal não pode ter senão um papel relativo e, em

certos casos, provisório. A relativização do momento penal como técnica de construção e de resolução dos problemas sociais significa, antes de tudo, sua integração em uma perspectiva extrapenal mais complexa de reconstrução dos problemas, tendo em vista uma resposta adequada e orgânica a estes. Esta reconstrução supõe considerar os efeitos nocivos e os custos sociais da pena, avaliados à luz de um sério controle empírico de sua efetividade.

Este é o panorama de reflexão a partir do qual o autor referenciado enuncia os princípios de Direito Penal Mínimo, cuja tarefa prioritária seria a preparação para a transformação do sistema penal até sua completa superação e a contenção da violência com que este manifesta o seu exercício de poder.

Os Princípios de Direito Penal Mínimo - Os Direitos Humanos Como Limite

Ao estabelecer seus princípios de Direito Penal mínimo, Baratta propõe-se a oferecer um programa de ação cuja finalidade é consolidar, a curto e médio prazos, a ideia de mínima intervenção penal. A estratégia proposta baseia-se numa rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias ao Estado de Direito e possui os direitos humanos como núcleo central. Para ele, a afirmação dos direitos humanos representa o núcleo a partir do qual deve ser estruturada qualquer estratégia político-criminal alternativa.

A partir da noção de direitos humanos é que devem ser construídos, a seu ver, os limites negativos e positivos da intervenção penal. Os limites negativos determinam que a intervenção penal ocorra no restrito respeito aos direitos humanos dos acusados e os limites positivos orientam a definição do objeto digno de tutela penal, sendo, neste caso, a violação dos direitos humanos condição necessária, mas nem sempre suficiente, para tal intervenção.

Ao relacionar o conceito de direitos humanos ao sistema penal, Baratta (1997, p. 46-50) observa que este atua muito mais como um sistema de violação dos direitos humanos do que como um sistema de tutela dos mesmos. Isso ocorre porque o sistema penal percebe o problema da violência de forma parcial, considerando apenas algumas formas de violência individual tomadas como expressões de ações de pessoas individuais e não como expressão de um

contexto social conflitivo. A violência estrutural (que é a violência da desigualdade e da exclusão social) não integra a reflexão penal, ocupando-se este apenas de uma ínfima parcela da violência presente na sociedade.

Para Baratta (1997), a luta pela contenção da violência significa, portanto, mais do que a luta para reprimir algumas formas de violência individual. Conter a violência significa, sobretudo, lutar pela contenção da violência estrutural e, conseqüentemente, pela afirmação dos direitos humanos e da justiça social. Neste sentido, os princípios de Direito Penal mínimo representam uma fórmula teórica a partir da qual o autor considera possível lutar, no espaço jurídico, pela afirmação das garantias jurídicas do Estado de Direito e pela limitação ao máximo da violência institucional e, no espaço extrassistêmico (político-social), pela superação do modelo punitivo de controle construído pela modernidade.

Ao estabelecer os princípios de Direito Penal mínimo Baratta (1987) os distingue em princípios intrassistêmicos e extrassistêmicos. Os primeiros referem-se aos limites e garantias que representam os requisitos para a introdução e/ou manutenção das figuras delitivas na lei. Os segundos se referem aos critérios políticos e metodológicos de descriminalização dos conflitos e dos problemas sociais e à construção de um sistema de resolução de conflitos diverso do penal.

1 - Os princípios intrassistêmicos: Dentre os princípios intrassistêmicos encontram-se os princípios da legalidade, da taxatividade, da irretroatividade da lei penal e da representação popular. Todos referem-se às garantias formais construídas sob a égide do Estado Liberal Moderno em que o poder de punir passou a ser limitado pela lei, e, portanto, legitimado pela legalidade.

Baratta observa que tais princípios representaram, em relação ao sistema punitivo vigente até o século 19, um avanço meramente formal/jurídico que não conduziu a modificações substanciais correlativas. Mesmo sob a égide do Estado de Direito o sistema punitivo continuou a se manifestar de forma arbitrária, porque sempre desrespeitou a legalidade instituída. Para o autor, a experiência histórica demonstra não ser possível associar a história da pena e do sistema penal com a história do Direito Penal. Esta experiência demonstra que sempre existiram e ainda existem sistemas sancionatórios que funcionam à

margem da lei e que fazem com que a história do sistema punitivo seja diversa da história do Direito Penal. Esta realidade funcional demonstra que o princípio da legalidade, assim como os demais princípios do direito penal liberal, sempre se manifestaram e continuam se manifestando como uma instância ideológica de legitimação e não como um princípio orientador do real funcionamento dos sistemas penais (1987, p. 81).

Além destes, também são descritos outros oito princípios extrassistemáticos, a saber:

a) **Princípio da Resposta não contingente:** este princípio exige que a resposta penal se apresente como solução aos problemas sociais graves que representem violações a interesses gerais e que sejam duradouros. Trata-se de um princípio que nega o caráter contingente da resposta penal, ou seja, sua aplicação para situações atípicas ou excepcionais. Para Baratta, a adoção deste princípio exigiria amplos e exaustivos debates parlamentares e públicos em torno dos comportamentos cuja criminalização seja considerada necessária. Do mesmo modo, conduziria a uma drástica contenção da proliferação incontrolada e não planejada das normas penais.

b) **Princípio da proporcionalidade abstrata:** sendo os direitos humanos o núcleo a partir do qual se move a política minimalista de Baratta, para ele somente graves violações a direitos humanos podem ser objeto de tutela penal, sendo esta proporcional ao dano social causado pela conduta violadora de direitos humanos;

c) **Princípio da idoneidade:** este princípio impõe um exame empírico dos efeitos socialmente úteis que se esperam da pena. Esta deve ser mantida somente nas situações em que se comprova a existência de algum efeito útil em relação às situações de grave violação a direitos humanos;

d) **Princípio da subsidiariedade:** a pena deve ser aplicada somente nos casos em que fique comprovado não haverem outros meios, alternativos ao penal, aptos a responder às situações conflitivas em que o comportamento se manifesta;

e) **Princípio da proporcionalidade concreta - adequação do custo social:** a avaliação dos custos sociais da pena não deve ser feita somente

considerando-se os aspectos econômicos, mas, sobretudo, a incidência negativa que esta pode ter sobre os indivíduos. Deve-se considerar o custo da medida penal para as pessoas que, direta ou indiretamente, são afetadas pelo sistema de justiça criminal, levando-se em conta a desigualdade de tais custos em relação à origem social do condenado. Para Baratta, o custo social da intervenção penal em relação ao indivíduo é tanto maior quanto mais baixo o extrato social ao qual este pertence;

f) **Princípio da implementabilidade administrativa da lei penal:** existe uma enorme discrepância entre os programas de ação da lei e a capacidade estrutural do sistema para efetivar esta programação mediante os processos de criminalização secundária. A operacionalidade seletiva dos sistemas penais se fundamenta nesta discrepância. Para estancar a seletividade do sistema, Baratta aponta duas alternativas: ou são adequados os recursos administrativos aos programas legislativos; ou, ao contrário, são reduzidos os programas normativos para que se tornem compatíveis com a capacidade operacional do sistema. Para o autor, a única alternativa realista é a última.

g) **Princípio do respeito pelas autonomias culturais:** partindo do pressuposto de que o sistema penal funciona como um sistema controlador totalitário que não contempla e, portanto, não aceita as diversidades culturais presentes na sociedade, Baratta considera necessária uma profunda análise sobre este campo do controle social. Para ele, uma política criminal alternativa não pode ser indiferente às diversas percepções da realidade, ao conjunto de normas e valores diferenciados que se manifestam em grupos culturais minoritários. Uma tal política deve se pautar pelo respeito às autonomias culturais e pela impossibilidade de criminalizarem-se condutas aceitas como não desviadas em culturas minoritárias. Este princípio se relaciona perfeitamente a uma concepção relacionada à mínima intervenção e a um modelo de sociedade que se pautar não só pela igualdade, mas também pela aceitação e pelo reconhecimento da diferença (antitotalitária).

h) **Princípio da primazia da vítima:** este princípio impõe uma maior consideração pelas necessidades da vítima. O sistema de justiça criminal contemporâneo não leva em consideração, ao estabelecer seus programas e seus objetivos, o interesse da vítima. Para Baratta, não se justifica a pretensão

de um sistema penal em tutelar bens que extrapolem os interesses da vítima. Neste sentido, considera válida a observância do princípio da primazia da vítima, pois por meio dele, podem-se buscar a descriminalização dos conflitos, substituindo-se o sistema de sanções punitivas pelas sanções restitutivas, que contemplem o interesse desta.

Os princípios extrassistemáticos são separados em duas grandes categorias. Na primeira categoria os princípios referem-se à descriminalização, e na segunda são estabelecidos princípios metodológicos que se referem à construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Na primeira categoria encontram-se os princípios extrassistemáticos de descriminalização que funcionam como estratégias de descriminalização e que pressupõe a eliminação parcial ou total de figuras delitivas. Nela encontram-se os seguintes princípios:

a) princípio da não intervenção útil – com o do qual se busca assegurar o mais amplo espaço de liberdade e de respeito à diversidade dentro dos grupos sociais. Trata-se de um princípio que complementa – em âmbito extrassistêmico - o princípio intrassistêmico do respeito pelas autonomias culturais. Através dele se busca garantir que o processo de descriminalização de comportamentos não venha acompanhado pelo fortalecimento e pela utilização de outras formas de controle não penais que neguem, do mesmo modo que o controle penal totalitário, o direito à diversidade cultural e à autonomia dos indivíduos;

b) o princípio da privatização dos conflitos estabelece uma estratégia de reapropriação dos conflitos por parte das vítimas ou dos interessados, substituindo-se a intervenção penal por formas de direito restitutivo e por acordos entre as partes. Trata-se de um princípio que considera a vítima, fazendo com que ela retome seu papel no processo de resolução dos conflitos.

c) o princípio de politização dos conflitos é elaborado a partir da consideração de uma característica fundamental dos sistemas penais. Estes, por não se dirigirem às causas, mas somente às manifestações dos conflitos e por terem por objeto somente os comportamentos das pessoas envolvidas e não as situações conflitivas propriamente ditas, não resolvem os problemas, mas apenas os reprimem. Para o autor, apenas ao se reconstituir a dimensão política

às situações conflitivas é que se chegará, de fato, ao núcleo, à raiz das principais questões sociais. Em âmbitos como o da criminalidade organizada, econômica, de corrupção administrativa, de segurança do trabalho e do trânsito, que são núcleos propriamente políticos por estarem relacionados com a atividade dos órgãos de representação política, esta retomada é de fundamental importância. Devolver aos conflitos sua dimensão política significa estabelecer ou criar espaço para o controle e a participação popular na gestão dos principais problemas e contradições do sistema político;

d) o princípio de preservação das garantias formais é complementar ao princípio da privatização dos conflitos. Com ele busca-se assegurar a manutenção de todas as garantias formais (jurídicas) mesmo nas situações em que os conflitos forem resolvidos por meio da utilização de instrumentos de controle não penais. Trata-se de um princípio que busca enfrentar a principal crítica que incide sobre as políticas descriminalizadoras: a de que a transferência do controle penal para outras áreas de controle social, institucional ou comunitário reduziria o nível de garantias dos indivíduos envolvidos. Para Baratta, a transferência das garantias formais para quaisquer áreas de controle extrapenal, desde que efetivadas, poderia assegurar aos indivíduos o mesmo nível de garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e que, no âmbito do Direito Penal e do sistema penal não encontram efetividade real;

A segunda categoria de princípios extrassistemáticos elaborados por Baratta são os princípios metodológicos de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. Estes pressupõem, a seu ver, uma “liberação da imaginação sociológica e política em relação a uma cultura do penal que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais em uma sociedade” (Baratta, 1987, p. 645). São princípios que buscam reinterpretar os conceitos de criminalidade e de pena, propondo uma nova percepção e uma nova atitude em relação aos conflitos e aos problemas sociais.

a) princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena. Trata-se de um princípio que propõe a subtração hipotética dos conceitos de crime e pena para que, por meio dela, se avalie como os conflitos e problemas sociais poderiam ser construídos de forma alternativa. Mediante ela

poderiam ser construídas alternativas para a interpretação dos conflitos e para as respostas punitivas que historicamente a eles se dão;

b) princípio geral da prevenção. Trata-se de um dos mais importantes princípios extrassistemáticos elaborados por Baratta, pois oferece indicações políticas fundamentais para uma estratégia de superação do controle penal. A aplicação de um princípio geral de prevenção significa uma estratégia de contenção da violência a partir do controle de sua forma geral que é a violência estrutural. Esse controle implica substituição das estratégias repressivas, próprias do controle penal, por estratégias preventivas que respondam não só aos conflitos, mas, sobretudo, às situações complexas em que estes se produzem. Neste sentido, uma política preventiva é sempre externa ao sistema penal porque deve ser uma política de justiça social, de realização dos direitos humanos e de satisfação das necessidades reais, apta a modificar as condições de violência estrutural em que os conflitos se desenvolvem.

Segundo Baratta, uma política preventiva só produzirá resultados se for externa ao sistema penal. Por atuar repressivamente respondendo aos conflitos no lugar em que eles se manifestam dentro do contexto social, que nem sempre corresponde ao lugar em que estes efetivamente se produzem, o sistema penal não é apto para realizar a defesa dos direitos humanos. Sua atuação incide sobre os efeitos e não sobre as causas dos conflitos. Neste sentido, uma política preventiva é aquela que previne a ocorrência dos conflitos a partir da erradicação das suas causas e não da repressão dos seus efeitos.

c) princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais. Este é o princípio extrassistemático considerado por Baratta como o mais importante. Segundo ele, o sistema penal, ao atuar definindo os problemas e os conflitos que serão objeto de sua intervenção, realiza uma espécie de expropriação ideológica dos conflitos sociais, impedindo os sujeitos de perceberem a real dimensão dos conflitos em que se encontram envolvidos. A articulação autônoma dos conflitos requer que os indivíduos abandonem o polo passivo e passem a atuar como sujeitos ativos na definição dos conflitos de que fazem parte e na escolha de respostas alternativas para sua resolução, que sejam compatíveis com a afirmação de suas necessidades reais. Desta forma, a articulação autônoma permite uma melhor compreensão e consciência dos

conflitos, das necessidades reais e, por meio de uma comunicação livre de poder, permite a construção democrática de respostas mais adequadas aos problemas sociais.

Minimalismo Garantista de Luigi Ferrajoli

A construção minimalista elaborada por Ferrajoli foi desenvolvida na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Partindo da afirmação de que a história da repressão penal produziu mais horrores, mortes e violências do que muitas guerras, Ferrajoli propõe-se a discutir qual modelo de Direito Penal é compatível com o Estado Democrático de Direito e com a ideia de dignidade humana.

Em que se baseia o direito de castigar? Como se justifica o exercício da violência organizada que é a pena? São estas as questões que orientam a reflexão de Ferrajoli e a partir das quais o autor busca construir um novo fundamento legitimador da intervenção punitiva estatal. Sua reflexão constitui-se, portanto, a partir de um questionamento fundamental: Como construir um modelo de Direito Penal que seja adequado aos Estados Democráticos de Direito, que tem no princípio da dignidade humana seu valor fundamental?

Polemizando com as teses abolicionistas e com as teorias legitimadoras das penas tradicionais (teorias absolutas e relativas) que representam, respectivamente, respostas que não reconhecem qualquer espécie de justificação ao Direito Penal e respostas que justificam a intervenção punitiva a partir de uma suposta funcionalidade moral (retribucionismo) ou social (defesa social), Ferrajoli, constrói uma nova doutrina de justificação para o Direito Penal que denomina “utilitarismo penal reformado”. Segundo Ferrajoli, esta nova doutrina de justificação seria adequada para respaldar, em oposição aos modelos de direito penal máximos ou autoritários e aos modelos abolicionistas, um modelo intermediário, de Direito Penal mínimo, mais garantidor dos direitos fundamentais e, portanto, mais legítimo.

Para Ferrajoli (1995, p. 331), as tradicionais teorias preventivas da pena incorrem no equívoco de atribuir à pena um fim único, qual seja, a prevenção de

delitos, preocupando-se, exclusivamente, com a máxima felicidade ou utilidade da maioria não desviada, sem qualquer espécie de consideração ou referência à minoria desviada. Tais concepções, ao orientarem o Direito Penal unicamente segundo o fim de prevenção de delitos, “encaminham suas opções para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos”, justificando modelos de controle penal máximo.

Para evitar este defeito, Ferrajoli (1995) considera ser necessário recorrer a um segundo parâmetro, que se refira não aos interesses dos não desviados e sim aos interesses dos desviados. Assim, para ele, a pena deve buscar não só a prevenção de novos delitos, mas, sobretudo, deve prestar-se a garantir a prevenção de penas informais, ou seja, de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias que, na falta do controle penal estatal, poderiam emergir contra os desviados.

Assinala, portanto, que a pena não serve exclusivamente para prevenir delitos, mas também os castigos excessivos e arbitrários. Atribui, deste modo, uma dupla finalidade preventiva às penas, ambas de feição negativa: uma relacionada à prevenção de novos delitos, cujo objetivo é tutelar a maioria não desviada; e outra relacionada à prevenção de penas informais, cujo objetivo é a tutela da minoria desviada. Nas palavras de Ferrajoli (1995, p. 332): Há, sem embargo, outro tipo de fim ao que cabe ajustar o princípio da pena mínima, e é a prevenção, não de delitos, mas de outro tipo de mal antitético ao delito que é esquecido tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva porém não penal – que a falta de penas poderia provir da parte ofendida ou de forças sociais ou institucionais solidárias com ela. Impedir este mal, de que seria vítima o réu ou inclusive pessoas ligadas a ele, o que representa, me parece, o segundo e fundamental fim justificador do direito penal.

O autor, ao descrever esta dupla finalidade preventiva, observa que ela contempla, de um lado, os interesses da maioria não desviada e, de outro, o interesse do réu ou do acusado em um procedimento penal. Reflete, portanto, interesses conflitivos: de um lado o interesse de defesa social e de maximização da prevenção de novos delitos por meio das penas e, de outro, a defesa do interesse individual mediante a prevenção de penas arbitrárias ou excessivas.

Ferrajoli privilegia, entretanto, a segunda finalidade (prevenção de penas informais e arbitrárias) como fim fundamental da pena. Faz isso porque duvida, em primeiro lugar, da efetiva idoneidade do Direito Penal para prevenir futuros delitos, não acreditando na capacidade dissuasória da pena, e porque acredita ser este capaz de cumprir mais eficazmente com a segunda tarefa; em segundo lugar porque sustenta a necessidade desta segunda finalidade passar a ocupar o pensamento dos legisladores e das demais autoridades ligadas ao controle do crime, uma vez que estas estiveram ocupadas historicamente, quase que exclusivamente, pela ideia de garantia ou de segurança social em detrimento da segurança ou garantia do acusado; em terceiro lugar porque somente assim julga ser possível constituir um modelo de Direito Penal mínimo e garantidor; e, por fim, porque somente através da tutela do acusado e da minimização da violência ou da reação ao delito, é que o controle penal poderá ser diferenciado de outros sistemas de controle social, como o de tipo policial, disciplinário ou terrorista (Ferrajoli, 1995, p. 334).

Ferrajoli (1995, p. 335) acredita que a lei penal é um instrumento apto a minimizar a dupla violência que emerge, em primeiro lugar, da prática do delito e, em segundo lugar, da reação punitiva ou vingativa. A lei penal representa, no seu modo de ver, a proteção do débil contra o mais forte: “o débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”. Mediante o Direito Penal realizar-se-ia a prevenção de novos delitos e de penas informais e/ou arbitrárias. E estas duas finalidades “[...] legitimam conjuntamente a necessidade política do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, definindo estes, normativamente o âmbito e limites daquele, enquanto bens que não está justificado lesionar nem com os delitos nem com os castigos.”

A tutela dos direitos humanos constitui, deste modo, o fundamento incondicional do modelo de justificação (doutrina de justificação) proposto por Ferrajoli (2005). Para ele, a defesa dos direitos humanos dos cidadãos (desviados ou não desviados) representa a finalidade última do direito penal e, a partir dela, devem ser estabelecidos os limites e vínculos, ou as condições

mediante as quais o monopólio da violência pode ser exercido legitimamente pelo Estado.

Neste sentido é que, para Ferrajoli (2005), o único controle penal que pode ser justificado, desde uma perspectiva ético-política, é o controle mínimo, ou seja, um modelo de controle que permita somente níveis mínimos de lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos desviados e dos não desviados e que represente, por consequência, um menor custo social.

Por isso é que a doutrina de justificação de Ferrajoli é concebida como uma doutrina, simultaneamente, minimalista e garantista. Isso porque tem como finalidade geral a tutela dos direitos humanos de todos, tutela esta que exige a defesa e a proteção dos direitos dos indivíduos, tanto contra as arbitrariedades das proibições quanto também dos castigos, e que exige, portanto, a extinção dos modelos de controle penal máximos ou totalitários, fundamentando somente a possibilidade de modelos de controle penal mínimo.

Desta nova doutrina de justificação para o controle penal construída por Ferrajoli (2005) deriva o seu modelo de Direito Penal ideal: é um modelo que se situa entre os sistemas de controle penal máximos e o abolicionismo, ou seja, um modelo de Direito Penal mínimo, pelo qual se assegure, ao mesmo tempo, o máximo de bem-estar possível para os não desviados e o mínimo mal-estar para os desviados.

Direito penal mínimo significa, portanto, um Direito Penal maximamente condicionado e maximamente limitado às situações de absoluta necessidade, que corresponda, assim, não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos diante do poder punitivo do Estado, mas “[...] também a um ideal de racionalidade e de certeza”, razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos (Ferrajoli, 1995, p. 104).

A este modelo de intervenção mínima corresponde, portanto, um ideal de garantias, ou de tutela de valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação representa o fim justificador do Direito Penal. Neste sentido, para Ferrajoli seu modelo de Direito Penal mínimo é um modelo garantista, pois, por intermédio dele pode-se assegurar: a imunidade dos cidadãos diante das arbitrariedades das proibições ou dos castigos, a defesa dos débeis por meio da utilização de

regras semelhantes para todos, o respeito à dignidade da pessoa do imputado e a garantia de sua liberdade (Ferrajoli, 1995. p. 336).

A garantia de intervenção mínima só poderá ser assegurada, na ótica de Ferrajoli, pela da adoção de um sistema de princípios normativos. Estes princípios funcionam como condição “sine qua non” para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação ou execução da pena, e representam os pressupostos a partir dos quais se está permitido proibir e castigar. Tais princípios são constituídos a partir da adoção de dez garantias penais, assim descritas (Ferrajoli, 1995, p. 93):

1. Nulla poena sine crimine, que equivale ao princípio da retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito;

2. Nulla poena sine lege, que corresponde ao princípio da legalidade;

3. Nulla lex sine necessitate, que corresponde ao princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal;

4. Nulla necessitas sine inúria, que corresponde ao princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;

5. Nulla inúria sine actione, que corresponde ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

6. Nulla actione sine culpa, que corresponde ao princípio da culpabilidade;

7. Nulla culpa sine judicio, que corresponde ao princípio da jurisdição;

8. Nullum judicium sine accusatione, que corresponde ao princípio acusatório;

9. Nulla accusation sine probatione, que corresponde ao princípio da verificação;

10. Nulla probatione sine defensione, que corresponde ao princípio do contraditório ou da ampla defesa.

Os seis primeiros princípios referem-se às garantias penais e os quatro últimos dizem respeito às garantias processuais. Tais princípios, em seu conjunto, constituem o modelo garantista de responsabilidade penal, e sua efetivação é considerada necessária para a consolidação de um sistema de controle penal mínimo. Segundo Queiroz (1999, p. 121)

Por este modelo garantista, exige-se, como pressuposto necessário de toda e qualquer punição, o prévio cometimento de um delito, sua previsão por lei como tal, necessidade estrita de sua proibição e punição, efeitos lesivos para terceiros, o caráter exterior ou material da ação criminosa, a imputabilidade, a culpabilidade do autor e, ainda, sua prova empírica levada por uma acusação ante um juiz imparcial em processo público e contraditória com a defesa e mediante um procedimento preestabelecido.

Ao analisar tais princípios, Ferrajoli (2005) observa que todos os sistemas penais que os desrespeitam, seja porque não os assumem como princípios jurídico normativos ou porque não os cumprem em sua prática efetiva, são sistemas penais autoritários que representam modelos de controle penal máximo. São modelos que se assemelham ao controle penal próprio dos Estados absolutos ou totalitários, nos quais os poderes públicos ou não estão disciplinados pela lei, ou, quando estão, só o são formalmente limitados, sendo, portanto, ilimitados e incondicionados.

O autor salienta, por outro lado, que o modelo de controle penal mínimo representado pelo Sistema Garantista é o modelo de controle penal inerente aos Estados Constitucionais de Direito, entendido este como um ordenamento em que o poder público e o poder de controle penal está rigidamente limitado e vinculado à lei, tanto no plano formal quanto substancial e processual.

Os princípios que constituem o modelo garantista de controle penal mínimo propostos não são novos, estando, inclusive, incorporados à grande parte das Constituições contemporâneas. São apenas uma reformulação aperfeiçoada dos princípios elaborados pelo pensamento jusnaturalista nos séculos 17 e 18, que foram inicialmente concebidos como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto e que foram posteriormente incorporados, sob a forma de direitos fundamentais de liberdade, à grande parte das Constituições Contemporâneas, transmutando-se, assim, em princípios jurídicos.

Ferrajoli (1995, p. 356) observa que, quando assumiram a condição de valores jurídicos, tais princípios passaram a oferecer respostas jurídicas às questões relativas à qualidade e quantidade do controle penal (quando e como proibir, castigar e julgar). A partir de sua incorporação tornou-se possível a

avaliação do grau de justiça interna de um ordenamento, expresso, sobretudo, pela adequação dos níveis normativos inferiores (leis ordinárias, sentenças, etc.) ao texto constitucional.

Quando um ordenamento jurídico não assume, ou assume parcialmente como princípios normativos os axiomas descritos pelo sistema garantista, permite que sejam efetivadas modalidades de controle penal máximo, uma vez que a atuação punitiva do Estado não estará limitada ou vinculada aos pressupostos por ele estabelecidos e que se referem à finalidade genérica de controle das duas grandes formas de violência na sociedade: a violência do delito e a violência derivada do arbítrio punitivo.

Neste sentido, para que um sistema de controle penal seja efetivamente mínimo e garantista, é necessário:

a) que tenha incorporado normativamente os princípios garantistas estabelecidos, e desta incorporação derivará o nível de justiça externa do ordenamento;

b) que a prática operacional do sistema se paute incondicionalmente pelo respeito a estes princípios, no sentido de que todos os atos normativos (legislativos, judiciários, etc.) e operacionais sejam direcionados para sua efetivação. Desta prática derivará o grau de justiça interna do ordenamento, que será tanto maior quanto maior for o nível de correspondência entre seus planos normativos.

Pela incorporação normativa destes princípios, que consistem em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador ou ao juiz quando e como não proibir, não castigar e não julgar, e da sua efetivação, garante-se maior inviolabilidade aos direitos de liberdade dos cidadãos. Quanto maiores forem os valores que se incorporam aos níveis normativos superiores de um ordenamento, maiores serão os vínculos ou os imperativos negativos, reduzindo-se as possibilidades de ingerência (o que se dá mediante de proibições e punições penais) do Estado em relação aos indivíduos.

Os Princípios Garantistas

O princípio da retributividade está diretamente relacionado à questão “quando castigar?”, sendo apresentado como a primeira grande garantia do Direito Penal. Por meio dele fica determinado que somente a prática do delito constitui causa ou condição necessária, ainda que não suficiente, para a aplicação da pena. Representa a negação absoluta das ideias de prevenção especial (ressocialização) e do correcionalismo, ou de qualquer outra que se assente em medidas punitivas ‘ante’ ou ‘extra’ delito. Está relacionada a uma concepção formalista (puramente jurídica) e não substancialista de delito, no sentido de que são considerados crimes somente os comportamentos assim definidos por uma norma jurídica e não aqueles comportamentos construídos a partir de definições ontológicas ou naturalistas. (Ferrajoli, 1995, p. 368-371).

Ao referir-se ao princípio da legalidade, Ferrajoli (1995, p. 379) observa que, por incidir sobre a liberdade pessoal dos cidadãos, a lei penal está obrigada a vincular a si mesma não somente nas formas, mas também na substância dos conteúdos dos atos que regula.

Com esta afirmação, o autor reforça a tese de que um modelo de Direito Penal maximamente limitado e condicionado, ou seja, um modelo de Direito Penal mínimo só se faz possível nos Estados Constitucionais de direito, em que o exercício do poder punitivo encontra-se limitado não só formal, mas também substancialmente. Nestes Estados, marcados pela incorporação em nível constitucional de vínculos substanciais ao exercício do poder - representados pelos direitos fundamentais -, o respeito à legalidade se opera não apenas com a simples emanção do poder punitivo por meio de normas gerais e abstratas ou particularizadas, mas por intermédio da completa vinculação deste poder, em todas as suas instâncias normativas e operacionais, aos limites materiais traçados constitucionalmente. Estes limites materiais forjam o sentido estrito da legalidade e representam, na ótica de Ferrajoli (2005), a principal garantia de liberdade dos indivíduos diante do poder de controle do Estado, pois somente permitem a justificação interna de modelos de controle penal mínimo, ou seja, de modelos de controle penal que se pautem pelo respeito estrito aos limites formais e substanciais traçados.

O princípio da necessidade da pena foi uma formulação tipicamente moderna, tendo sido elaborado pelo movimento penal reformador do Iluminismo

como primeira e principal resposta “humanitária” para a pergunta “como castigar?”, resposta esta expressa, sobretudo, na obra dos Delitos e das Penas, de Cesare Beccaria (1993)¹¹. Com tal princípio foi afirmada a tese, inspirada em uma ética utilitarista que objetivava a mitigação e a minimização das penas, de que a pena deveria ser sempre necessária, entendida como a mínima possível para o cumprimento de um fim geral de prevenção de novos delitos.

Valendo-se desta formulação iluminista, mas não se restringindo a ela, Ferrajoli (1995, p. 395) observa que os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção de delitos, ainda que necessários para estabelecer o limite mínimo das penas, não são suficientes para estabelecer seu limite máximo. Observa a necessidade de ressaltar, ao lado dos argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção geral de delitos, o princípio da humanidade das penas.

De acordo com seu raciocínio, este princípio, constituído a partir do postulado elaborado pelo pensamento iluminista “do respeito à pessoa humana”, constitui-se como o principal argumento filosófico de apoio à redução das penas, sobretudo porque, por intermédio do seu respeito, pode-se garantir, com penas brandas, que o condenado não seja tratado como coisa ou como um meio, mas como um fim ou como uma pessoa (Ferrajoli, 1995, p. 396).

O princípio da necessidade, complementado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, corresponde à dupla finalidade atribuída à pena por Ferrajoli (1995) e apresentada como critério ético-político de justificação do seu modelo de controle penal mínimo.

Neste sentido, os fins de prevenção de novos delitos e de prevenção de reações informais, ilimitadas e extralegais, atribuídos à pena são apresentados como novo parâmetro para determinação da quantidade mínima e máxima, assim como da qualidade da pena. Enquanto a finalidade de defesa social e de prevenção de novos delitos serve para sugerir o limite mínimo da pena, o princípio da humanidade da pena serve para determinar o seu limite máximo.

O princípio da humanidade refere-se à finalidade de prevenção de penas extralegais e excessivas, sendo relacionado, não à utilidade social, mas à utilidade da pessoa do réu, no sentido de que toda pena maior que a suficiente para frear reações informais mais severas para o réu, pode ser considerada

lesiva para a dignidade da pessoa, por ser desnecessária. Este é o critério a partir do qual deve-se estabelecer o limite máximo da pena.

O princípio da lesividade exige a exclusão de toda proibição penal (crime) que se refira a comportamentos meramente imorais ou que se relacionem a estados de ânimo pervertidos. Neste sentido, para Ferrajoli (1995), a lei penal deve ser direcionada somente à proibição de comportamentos cujos efeitos lesivos para terceiros sejam graves, pois somente estes efeitos podem justificar o custo das penas e das proibições a ela relativas. Neste sentido, busca tutelar a liberdade pessoal de consciência e de crença, assim como a autonomia e a relatividade moral, exigindo tolerância jurídica a toda atitude não lesiva para terceiros. (Ferrajoli, 1995, p. 466).

O princípio da lesividade representa, quando incorporado aos ordenamentos jurídicos, uma das principais garantias do indivíduo ante proibições penais ilimitadas.

Este princípio, enquanto garantia jurídica constitucional, atua como uma afiada navalha “[...] idônea para excluir, por serem injustificados, muitos tipos penais consolidados ou para restringir sua extensão mediante mudanças estruturais profundas” (Ferrajoli, 1995, p. 477). Desta forma, pode representar um instrumento eficaz para o controle da inflação legislativa que caracteriza os ordenamentos contemporâneos em matéria de proibições penais, à medida que evidencia a ilegitimidade interna de um grande número de normas jurídico-penais que, não obstante estarem vigentes, são inválidas por não se adequarem aos critérios por ele estabelecidos.

O princípio da materialidade da ação exige que nenhum dano, por mais grave que seja, possa ser penalmente punido se não for resultado de uma ação. Por isso os delitos não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo subjetivos, mas devem concretizar-se por meio de ações humanas empiricamente observáveis, pois somente estas podem produzir danos a terceiros (Ferrajoli, 1995, p. 480).

A materialidade da ação é, portanto, o pressuposto necessário para a lesividade ou a danosidade do resultado. Nesse sentido, qualquer proibição que se dirija a atos internos seria inútil não somente porque o ato proibido não

ocasiona dano algum, mas também porque a pena não serve para impedi-lo e, sobretudo, porque diante deles existe uma absoluta impossibilidade de controle.

Segundo este princípio, somente os atos exteriores são suscetíveis de proibição penal, reservando-se os atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral. O princípio da materialidade da ação marca o nascimento da moderna figura do cidadão, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, porém imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, do mesmo modo, à tutela de sua liberdade interior como pressuposto não somente de sua vida moral, mas também de sua liberdade exterior para realizar tudo o que não está proibido (Ferrajoli, 1995, p. 481).

Para Ferrajoli (1995), este princípio sustenta a necessidade de respeito à pessoa humana enquanto tal e no respeito a sua identidade, mesmo que desviada, garantindo-a contra qualquer tipo de prática corretiva destinada à transformá-la.

Paralelamente aos princípios penais, o autor também elabora um conjunto de princípios processuais que são os princípios da jurisdicionalidade, do acusatório, da verificação e da ampla defesa.

O princípio da jurisdicionalidade é considerado a principal garantia processual, uma vez que se constitui como pressuposto de todas as demais. Segundo este princípio, num sistema processual garantista ou de intervenção mínima, a legitimidade do poder judiciário e a validade de seus pronunciamentos não residem no valor político do órgão judicial ou num suposto valor intrínseco de justiça das suas decisões, mas fundam-se na verdade dos fatos, mesmo que esta seja inevitavelmente relativa. Nele a jurisdição representa a atividade necessária para a obtenção da prova, pois sem ela não se pode considerar um indivíduo culpável submetendo-o a uma pena. Neste sentido, em virtude dos princípios da legalidade e da jurisdicionalidade, as sentenças judiciais exigem uma motivação que deve estar fundada nos fatos e também no direito. Para Ferrajoli (1995, p. 542), na jurisdição penal a verdade obtida mediante provas e refutações é também garantia de liberdade diante do abuso e do erro.

O princípio da jurisdicionalidade expressa também a garantia de presunção de inocência e a conseqüente refutação de qualquer espécie de prisão processual, assim como o valor relacionado à inderrogabilidade do juízo,

no sentido de que somente por meio dele pode se realizar a atividade de produção da verdade penal e a consequente imposição da sanção penal.

Diretamente relacionado ao princípio da jurisdicionalidade está o princípio acusatório, que exige a absoluta separação entre o juiz e a acusação. Para Ferrajoli, esta separação deve comportar não somente a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções de julgamento e de postulação – no sentido de impedir àqueles de procederem de ofício - como também o papel de parte para o órgão da acusação, posto este em posição de paridade com a defesa, garantindo-se, com isso total ausência de poder da acusação sobre o imputado (Ferrajoli, 1995, p. 567).

A garantia de separação, assim compreendida, representa, sob sua ótica, não só uma condição essencial da imparcialidade do juiz em relação às partes, como também o pressuposto da carga da imputação e da prova atribuídas à acusação.

O modelo processual acusatório é considerado como um modelo que garante uma verdade controlada pelas partes em causa e a liberdade do inocente ante o erro e o arbítrio.

Para Ferrajoli, o processo penal somente se justifica como técnica de minimização da reação social diante do delito e como técnica de minimização do arbítrio, por isso o mesmo deve se orientar por duas finalidades diversas: o castigo dos culpados e, sobretudo, a tutela dos inocentes. Estas duas finalidades podem, sob sua ótica, ser alcançadas em um processo do tipo acusatório em que a verdade é concebida como resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas que portam, de um lado, o interesse no castigo do culpado e, de outro, a tutela do acusado que se presume inocente até prova em contrário (1995, p. 604).

Neste modelo processual, o princípio da verificabilidade impõe a carga da prova à acusação e exige que a hipótese acusatória seja confirmada por uma pluralidade de provas ou de dados probatórios; exclui qualquer forma de colaboração do imputado com a acusação, seja mediante sugestões ou negociações; persegue uma verdade do tipo formal, a ser garantida com a máxima exposição da hipótese acusatória à refutação da defesa, ou seja, o livre

desenvolvimento do conflito entre as partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes.

A atribuição da carga da prova para a acusação traz como contraponto óbvio a necessidade de garantia de ampla defesa. Esta consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado e representa a principal condição epistemológica da prova, posto que a refutabilidade da hipótese acusatória, por meio da defesa contraditória, é o maior instrumento de controle daquela. Neste sentido, observa que mais importante que a necessidade da prova, é a garantia do contraditório, ou seja, a possibilidade de refutação ou da contraprova, e salienta que se uma prova não deve ser suficiente para justificar a convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma única contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário (Ferrajoli, 1995, p. 150).

Esta concepção do processo como contenda expressa os valores democráticos de respeito à pessoa do acusado, da igualdade entre as partes e da necessidade da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado.

Para que se desenrole com igualdade, representando efetivamente uma garantia para o acusado, são necessárias duas condições: a) a primeira exige que o imputado esteja assistido por um defensor em condições de competir com o órgão da acusação; b) a segunda diz respeito à possibilidade de que a defesa esteja dotada dos mesmos poderes da acusação, admitindo-se que ela exerça seu papel contraditório em cada momento do procedimento e em relação a cada ato probatório.

Estado Constitucional de Direito, Justiça Penal e Democracia

Para Ferrajoli (1988) o Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pela incorporação, em seus níveis normativos superiores (CONSTITUIÇÃO) de limites não só formais, mas também substanciais ao exercício do poder. Ele não designa simplesmente um Estado regulado pela lei, mas um modelo de Estado caracterizado pelo princípio da estrita legalidade que subordina o exercício do poder público a leis gerais e abstratas que estabelecem limites formais e também

substanciais para este exercício. No plano formal a legalidade disciplina as formas mediante as quais o poder pode ser exercido e, no plano substancial, representa a funcionalização dos poderes públicos do Estado à tutela dos direitos fundamentais incorporados às Constituições.

Esses direitos representam os limites substanciais do exercício do poder porque estabelecem, por um lado, proibições que significam impossibilidade de intervenção do Estado em determinadas esferas de liberdade do indivíduo e, por outro, obrigações, que exigem dele uma intervenção ativa, no sentido da efetivação de certos direitos.

Segundo observa Ferrajoli (1988), no Estado Constitucional de Direito não existem poderes sem regulação. Nele a lei não é só condicionante, mas também está condicionada pelos conteúdos relativos aos direitos fundamentais. Os condicionamentos substanciais impõem, assim, limites às possibilidades de decisão por maioria, estabelecendo, deste modo, uma dimensão substancial não só para o direito, mas também para a própria democracia.

A intangibilidade dos direitos fundamentais traz como consequência o fato de que em relação aos direitos de liberdade não se pode decidir, nem sequer por maioria, e, em relação aos direitos sociais, não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria. Tratam-se, portanto, de condicionamentos que procuram estabelecer um mínimo de direitos capazes de garantir o respeito pelas minorias e por seus direitos, dentro de um modelo democrático fundado nas maiorias.

Assim, para Ferrajoli (1988), no Estado Constitucional de Direito a democracia é mais do que um simples procedimento de validação ou de legitimação de decisões políticas, apresentando-se vinculada aos valores que inspiram o modelo jurídico e político. Nele, a democracia já não pode ser vinculada à simples regra da maioria, em que tudo se decide por maioria, pois o respeito às minorias exige a defesa de um núcleo estável de direitos.

Nesta perspectiva Ferrajoli (1988, p. 3) observa que o Direito e o processo penal representam instrumentos ou condições de democracia, entendida esta em seu sentido substancial. Isso porque são um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos para estabelecer os limites de seu poder punitivo, ou seja, um conjunto de medidas asseguradoras dos direitos fundamentais dos indivíduos contra a arbitrariedade e o abuso no uso da força

por parte do Estado. O autor afirma, contudo, que desde uma perspectiva processual são necessários três pressupostos para a democratização (substancial) da justiça penal: o primeiro se refere aos níveis de legalidade dos poderes públicos, o segundo às fontes de legitimação do processo penal e terceiro se refere à ideologia e à cultura dos juízes e às dimensões da jurisdição.

O primeiro pressuposto é o monopólio legal da violência punitiva. Nesse sentido afirma que o processo de democratização da justiça penal passa necessariamente por uma redução significativa do sistema penal preventivo ou de polícia – dominado, pelo Direito Penal, processual e administrativo e por formas amplas de discricionariedade administrativa – e sua substituição pelo sistema penal ordinário – dominado pelos princípios da estrita legalidade, do reconhecimento das garantias da materialidade da ação, da concreta ofensividade do fato, da culpabilidade do autor, da presunção de inocência, do sistema acusatório, do direito de defesa, da publicidade, oralidade e legalidade do processo. Passa também pela redução do sistema de abusos e de desvios formado pelas práticas legais e extralegis da polícia e pela redução entre normatividade e efetividade (Ferrajoli, 1988, p. 7)

O segundo pressuposto é a independência da magistratura e dos magistrados em relação aos demais poderes do Estado. A jurisdição deve ser uma atividade estritamente cognoscitiva em relação ao fato e ao direito. Por meio dela deve se expressar uma verdade, ainda que relativa, constituída a partir da verificação empírica, sujeita à prova e à contraprova, aberta à negação e à confirmação através de um processo contraditório.

A terceira e última condição para uma justiça penal democrática relaciona-se à prática judicial. Desde um ponto de vista interno ou jurídico, a jurisdição penal deve ser efetivada a partir da Constituição, ou seja, a partir dos princípios e dos direitos fundamentais nela incorporados como parâmetros normativos de validade e, desde um ponto de vista externo, deve considerar os sujeitos titulares de direitos fundamentais violados e insatisfeitos. Desta forma compete tanto a juízes quanto a advogados a função de verificar o divórcio interno do ordenamento, ou seja, a antinomia entre os parâmetros constitucionais de validade e as leis vigentes e sua aplicação. Sob sua ótica, nos Estados Constitucionais de direito os juízes estão vinculados à lei constitucional e como

tal devem pautar suas decisões pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais dos cidadãos, apontando os níveis de ilegitimidade da legalidade ordinária. Do mesmo modo devem os advogados solicitar interpretações conforme a constituição ou declarações de inconstitucionalidade sempre que estiverem diante de atos normativos que afrontem aqueles princípios fundamentais (Ferrajoli, 1988, p. 11).

A atividade jurisdicional assume, neste contexto, um papel de garantia do cidadão ante as violações de seus direitos fundamentais por parte de qualquer um dos poderes do Estado. Isso porque o dogma da sujeição do juiz à lei não mais significa sujeição cega à letra da lei, independentemente de seu significado.

No Estado Constitucional de Direito o juiz está sujeito à lei somente se esta for válida, ou seja, se sua produção houver respeitado os limites substanciais estabelecidos pela constituição. O juiz assume, assim, o papel de guardião da constituição pela valoração crítica e determinação da validade ou invalidade de cada norma vigente. Sua sujeição à lei transmuta-se em sujeição à constituição, pela qual poderá consolidar a garantia dos direitos fundamentais. Assim os juízes passam a operar como instrumentos de crítica e como fatores de permanente deslegitimação. A constituição não realizada, os direitos proclamados e insatisfeitos equivalem a instrumentos de crítica e de questionamento da legalidade viciada e a orientações judiciais respectivas. E por isso representam “[...] elementos de transformação do ordenamentos no sentido progressivo” e a jurisdição assume papel de “propulsão no processo de democratização do ordenamento” (Ferrajoli, 1988, p. 12).

Vislumbra-se, deste modo, que, na perspectiva teórica desenvolvida por Ferrajoli, o papel a ser desempenhado pela atividade jurisdicional é absolutamente relevante. Por meio dela, acredita ser possível a afirmação, ainda que não de forma absoluta, dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Neste sentido pode-se dizer que o autor manifesta com sua “teoria garantista” uma profunda crença no Direito enquanto instrumento de efetivação de direitos humanos, vinculando-a a uma atuação comprometida daqueles que, nas mais variadas instâncias, operam com a lei penal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na auto composição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. In: WUNDERLICH, Alexandre. Política criminal contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. Doctrina Penal, Buenos Aires, n. 40, 1987

BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. México: Siglo Veintiuno, 1991.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos – entre a violência estrutural e a violência penal. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais, 1997.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2003.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel D. Sistema Penal e Política Criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANTERJE, Rafael B. Política Criminal e Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Salo de. A política de guerras às drogas na América Latina: entre o Direito Penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord). Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Salo de e outros. Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DELMAS MARTY, Mireille. Modelos e movimentos de Política Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madri: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como um sistema de garantias. In: OLIVEIRA Jr., José Alcebíades (Org.). O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em Democracia. São Paulo: Instituto Piaget, 2004.

GARCIA, Pablos. Criminologia. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flávio (Coord); PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia; BIANCHINI, Alice. Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HULSMANN, Louk. Penas perdidas : o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo. Noções e críticas. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

LARRAURI, Elena. Tendências actuales de la justicia restauradora. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 2004.

LARRUSCAHIM, Paula Gil. Justiça restaurativa. Tecendo um conceito para a Margem. In: CARVALHO, Salo; AZEVEDO, Rodrigo G. (Org.). A crise do Processo Penal e as novas formas de administração da justiça criminal. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo? In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 2007.

PEREIRA, Lincoln Luiz. Justiça restaurativa. In:_. 2008. p. 24-52. Disponível em: Acesso em: 28 mar de 2011.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: é possível no Brasil? In SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: DF: Ministério da Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes; A construção da Justiça restaurativa no Brasil: O impacto no sistema de justiça criminal.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do Direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogério D. (Org.). Introdução crítica ao estudo do Sistema Penal. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha – policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Crime e constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAQUANT, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WERMUTH, Maiquel. A deslegitimação do Sistema Penal e as Políticas Criminais Contemporâneas. Monografia (Curso de Graduação em Direito). UNIJUÍ, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas – o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Revan, 1991.