

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Gabriel de Souza Salema

**TUTELA PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
da necessária limitação da expansão punitiva**

Belo Horizonte

2022

Gabriel de Souza Salema

**TUTELA PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
da necessária limitação da expansão punitiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Prof. Henrique Viana Pereira

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S163t Salema, Gabriel de Souza
Tutela penal e direitos fundamentais: da necessária limitação da expansão punitiva / Gabriel de Souza Salema. Belo Horizonte, 2022.
142 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Pena (Direito). 2. Sistema penitenciário - Brasil. 3. Princípio da inocência - Brasil. 4. Tutela. 5. Direitos fundamentais - Proteção. 6. Garantismo penal - Brasil. 7. Direitos e garantias individuais - Violação - Brasil. 8. Direito de defesa - Brasil. 9. Princípio da legalidade - Brasil. 10. Punição. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.2

Gabriel de Souza Salema

**TUTELA PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
da necessária limitação da expansão punitiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. José de Assis Santiago Neto - PUC Minas - (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Henrique Abi-Ackel Torres - Milton Campos - (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 06 de abril de 2022.

A todos que sofrem com a truculência do sistema penal.

Os rios não bebem sua própria água; as árvores não comem seus próprios frutos. O sol não brilha para si mesmo; e as flores não espalham sua fragrância para si. Viver para os outros é uma regra da natureza. (...). A vida é boa quando você está feliz; mas a vida é muito melhor quando os outros estão felizes por sua causa. (PAPA FRANCISCO, 2020).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter a mim como filho, pela sua larga bondade e amor que se renova a cada manhã.

À Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Ensino Superior (CAPES) pela bolsa de estudos cedida, sem a qual não seria possível a efetivação desta pesquisa.

Ao professor Henrique Viana Pereira, por sua valiosa e dedicada orientação.

Ao amigo Luciano Santos Lopes, pela preciosa leitura e amizade.

RESUMO

O objeto de estudo desta pesquisa é a tutela penal, os direitos fundamentais e a limitação da expansão punitiva, a qual passa pela perspectiva constitucional da intervenção punitiva estatal. O marco teórico tem como base o modelo garantista constitucional do sistema penal. Por essas razões, o objetivo central desta pesquisa é discutir a questão de que a tutela penal deve seguir uma orientação constitucional e se legitimar na proteção de direitos fundamentais. Isso só será possível se se limitar o expansionismo penal, que passa pela perspectiva constitucional da intervenção punitiva estatal. Para atingir esse objetivo, a metodologia utilizada incluiu a pesquisa bibliográfica, a documental, a qualitativa e a quantitativa. Esta investigação ainda considera os métodos pertinentes à pesquisa jurídica: interdisciplinaridade, a análise lógico-dedutiva, sob a perspectiva jurídico-dogmática e com a utilização de fontes primárias e imediatas de coleta de dados, que se norteiam pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: direitos fundamentais; garantismo; expansão penal; seletividade.

ABSTRACT

The main thesis of this research is criminal protection, fundamental rights and limitation of punitive expansion, which goes through the constitutional perspective of state punitive intervention. The basis of the theoretical framework is the constitutional guarantee model of the penal system. For these reasons, the main objective of this research is to discuss the issue that criminal protection must follow a constitutional orientation and legitimize itself in the protection of fundamental rights. This will only be possible if penal expansionism is limited, which involves the constitutional perspective of punitive state intervention. To achieve such an objective the methodology used included the bibliographic, documentary, qualitative and quantitative research. This investigation also considers the pertinent methods to the legal research: the interdisciplinarity, the logical-deductive analysis, under the legal-dogmatic perspective, and with the use of primary and immediate sources of data collection, all of them guided by the constitutional paradigm of the Democratic State of Law.

Key words: fundamental rights; guaranteeism; criminal expansionism; selectivity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCs	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
CG	Constitucionalismo Garantista
CIDH	Comissão Interamericana de Direito Humanos
CPP	Código Processo Penal
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
DPN	Departamento Penitenciário Nacional
OEA	Organização dos Estados Americanos
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	GARANTISMO E CONSTITUIÇÃO	14
2.1	Os fins do direito penal e o estado democrático de direito	14
2.2	O sistema de garantias de Luigi Ferrajoli	27
2.2.1	<i>Os dez axiomas segundo Luigi Ferrajoli.....</i>	<i>30</i>
2.3	O garantismo penal e o direito penal mínimo	39
2.4	Constitucionalismo Garantista (CG).....	51
3	EXPANSIONISMO PENAL	58
3.1	Critérios multiplicadores da expansão do direito penal	58
3.2	Consequências da expansão penal	92
4	AMBIVALÊNCIAS ENTRE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E GARANTISMO.....	102
4.1	Ambivalências da teoria do garantismo penal no direito penal brasileiro	102
4.2	A constitucionalização da tutela penal como forma de limitação da expansão punitiva	115
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
	REFERÊNCIAS.....	130

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo intenta tornar racional o poder do Estado, uma vez que, sabe-se, seu uso desmedido e abusivo por parte dos agentes estatais investidos dessas funções faz parte da natureza do próprio poder, porquanto aquele que detém o poder tende a dele abusar, avançando com ele até que esbarre em limites, ou barreiras.

Por essas razões, o objetivo central desta pesquisa é comprovar, ou refutar, ser verdadeira a hipótese de que a tutela penal deve seguir uma orientação constitucional e, dessa forma, se legitimar na proteção de direitos fundamentais. Isso será possível se respeitada a limitação do expansionismo penal, que passa pela perspectiva constitucional da intervenção punitiva estatal. Por isso, a pesquisa questiona a forma de se inscreverem os direitos fundamentais como fundamento para se limitar a atuação do Poder punitivo do Estado, reforçando o argumento garantista de limitação à expansão indevida do Direito Penal.

Nesse sentido, o problema desta dissertação é como organizar a intervenção penal, partindo estrategicamente da colocação dos direitos fundamentais como alicerce para limitar a atuação do Poder, assim organizando um limite humanístico (e constitucional) à expansão penal.

A metodologia desta dissertação incluiu as pesquisas bibliográfica, documental, qualitativa e quantitativa. Na bibliográfica, compilaram-se e estudaram-se teorias, doutrinas e o pensamento de eminentes autores e de renomadas figuras do cenário do Direito Penal, além de artigos, teses e dissertações, entre outras fontes impressas e digitais.

Na pesquisa documental, que se pauta pela natureza das fontes, investigaram-se documentos oficiais, material que não recebera tratamento analítico anterior, pelo menos não sob o prisma abordado nesta pesquisa.

No que tange à abordagem do problema, foram selecionadas as pesquisas qualitativa e quantitativa. A primeira, por viabilizar o trabalho com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos, o que envolve pontos não quantificáveis por si só, foi uma pesquisa de caráter exploratório e subjetivo que exigiu análise direta entre o pesquisador e o objeto de estudo.

Por seu turno, na pesquisa quantitativa, que consiste na quantificação dos dados coletados durante o trabalho, fez-se uso e se analisaram porcentagens traduzidas em números sobre opiniões e informações para a sua classificação e posterior análise. Todos esses tipos de pesquisa constituíram supedâneo para se argumentar, ponderar e apresentar sugestões para o problema da dissertação.

Esta investigação respeitará os métodos adequados à pesquisa jurídica, a saber: interdisciplinar, lógico-dedutiva, sob a perspectiva jurídico-dogmática e com a utilização de fontes primárias e imediatas de coleta de dados, e que se norteará pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o marco teórico associa-se ao modelo garantista constitucional do sistema penal.

Entre alguns objetivos definidos para esta pesquisa, incluem-se: definir e analisar o termo expansionismo penal no sistema penal, discorrer sobre o conceito de direitos humanos fundamentais, discutir o modelo garantista de sistema penal, definir o conceito, as funções e teorias do bem jurídico, apontar a relação entre Direito penal e Constituição Federal: esta como limite positivo ou negativo daquele, definir o conceito, alcance de alguns princípios constitucionais e penais: dignidade da pessoa humana, direito penal de *ultima ratio*, proporcionalidade/razoabilidade, entre outros, e, ainda, definir o campo da política criminal para a exata compreensão do significado de um direito penal mínimo e determinar uma hermenêutica constitucional que seja capaz de produzir um debate entre a questão penal e o paradigma dos direitos fundamentais.

Tendo definido os objetivos a serem alcançados com este trabalho, descreve-se, na sequência, a estrutura desta dissertação.

A Introdução, o primeiro capítulo, apresenta o objeto de estudo, contextualizando-o no tempo histórico, apontando que ele é um estudo sobre tutela penal e direitos fundamentais e a necessidade da limitação da expansão punitiva. Nesse capítulo, definem-se, ainda, os objetivos a serem atingidos, discorre-se sobre a metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho e apresenta-se a estrutura da dissertação.

Levando-se em conta que a construção, desconstrução e reconstrução das categorias selecionadas para esta investigação resultam da lenta evolução da humanidade ao longo da história, discute-se, no capítulo 2, Garantismo e Constituição.

Assim, analisar doutrinas, conceitos, teorias teses, hipóteses (pesquisa bibliográfica) e documentos oficiais, constituições, súmulas, acórdãos, decisões,

recursos etc. (pesquisa documental), literatura arcabouço da elaboração desta dissertação constitui o objetivo do capítulo.

Ocupa-se esta etapa do pensamento de admiráveis autores do Direito penal nacional e internacional que deram suporte a esta investigação, espaço no qual se analisam e comparam documentos, materiais escritos brasileiros e estrangeiros, com o objetivo de descrever e comparar conteúdos referentes ao Direito Penal, similitudes, diferenças e suas influências. Ainda se trata, no capítulo, dos fins do Direito penal e do estado democrático de direito, descreve-se o sistema de garantias de Luigi Ferrajoli, e os dez axiomas, segundo o mesmo autor. Na sequência, discute-se o garantismo penal e o direito penal mínimo, e aborda-se o Constitucionalismo Garantista (CG).

Narra-se, no capítulo 3, o Expansionismo Penal, cerne deste trabalho, a evolução histórica do expansionismo penal no exterior e no Brasil, como fenômeno da pós-modernidade-industrial-globalizada, que deu origem a uma nova sociedade, e que se manifesta de maneiras diversas, como, por exemplo, pela flexibilização da imputação e do conceito de bem jurídico. Discutem-se ainda neste mesmo capítulo, em meio a esclarecimentos sobre os critérios multiplicadores da expansão do direito penal, alguns movimentos, como o do direito penal de emergência à luz da sociedade de risco, o do populismo penal, o da inflação legislativa e o da lei e ordem, suas origens e influências, e avaliam-se suas consequências para a expansão penal no Brasil.

O capítulo 4, intitulado Ambivalências entre Expansão do Direito penal e Garantismo, teoria e fenômeno discutidos, respectivamente, no segundo e terceiro capítulos desta dissertação, versa sobre o fato de que a tutela penal somente será legítima se estiver fundada na proteção dos direitos fundamentais.

Discutem-se, ainda, neste capítulo, em meio a esclarecimentos gerais, as ambivalências da teoria do Garantismo Penal no Direito Penal Brasileiro, tendo em mente que uma concepção garantista engloba a efetivação e aplicação dos princípios penais contemplados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) de forma implícita e explícita, e devem ser observados pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para nortear o exercício da tutela penal.

O mesmo capítulo aponta, ainda, o garantismo como o estabelecimento de limites e vínculos ao poder, para minimizar ameaças, e que ele tem sua origem na Criminologia crítica, e se situa como um modelo de Política Criminal que busca

viabilizar a aplicação do Direito penal mínimo, uma vez que seu fundamento primeiro é que o Direito penal não é remédio para todos os males da sociedade.

No capítulo 5, Considerações Finais, tecem-se ponderações sobre o tema discutido, retomando-se aspectos gerais e específicos que conduziram aos resultados alcançados com a pesquisa e possibilitaram construir sugestões para o problema apresentado, momento em que se apela para o não expansionismo penal que se reputa como mecanismo para facilitar e disseminar abusos.

Deixa-se claro, também, o desejo de que o tema pesquisado possa servir de subsídio para trabalhos futuros e avanços para o Direito Penal.

2 GARANTISMO E CONSTITUIÇÃO

Neste segundo capítulo, discute-se o significado da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e suas principais implicações na intervenção penal. Para tanto, faz-se necessário revisitar conceitos como, por exemplo, os de Democracia e Constituição.

2.1 Os fins do direito penal e o estado democrático de direito

Democracia pode ser entendida como transformação ou mudança e Constituição, como se sabe, produto do Constitucionalismo, como segurança. Importante ressaltar que esses conceitos são trabalhados em detalhes, ao longo desta dissertação.

O termo Democracia nasceu no antigo pensamento político e filosófico grego, em Atenas, Cidade-Estado, na Antiguidade clássica, durante o período de Péricles, no século V a C. Etimologicamente, *democracia* é formada por duas palavras: *demos* que significa “povo” ou “muitos”, e *kracia* “governo” ou “autoridade”. Conjuntamente, elas implicam uma concepção singular de relações entre governados e governantes.¹

Complementando esses enunciados, José Afonso da Silva observa que

[...] democracia é conceito histórico. Não sendo por si só um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, **mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.**² (grifo nosso).

A palavra ficou conhecida como a experiência de autogoverno dos cidadãos atenienses. A adoção da democracia, um sistema de governo, veio em antítese à prática política até então adotada, isto é, o governo de um sobre todos (monarquia) ou de poucos sobre muitos (oligarquia), passando a conotar, à semelhança do que

¹ DEMOCRACIA. In: NÚCLEO DE PESQUISA EM POLÍTICAS PÚBLICAS. **Democracia**: origens. São Paulo: USP, 2021.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Editora Frase Ltda, 1999, p. 129-130.

pensavam Aristóteles e Platão, a ideia de uma forma de governo exercida por muitos. Consoante à democracia, os cidadãos elegíveis tinham poder de voz e direito ao voto na assembleia, órgão no qual se faziam as leis da Cidade-Estado.³

Equivoca-se, no entanto, quem considera tal forma de governo uma democracia direta, pois, em que pese ser ela um governo para muitos e exercido por muitos, não o era por todos nem para todos, porquanto dele se excluía “todos” os escravos, mulheres, e trabalhadores braçais.

No que tange ao vocábulo Constituição, impende relembrar, porquanto pertinente, que não se pode dela falar sem se remeter ao Constitucionalismo, por serem termos visceralmente atrelados. Por essa razão, na sequência, procura-se abordar os dois vocábulos conjuntamente.

Em que pesem as origens do Constitucionalismo datarem de 1215, no bojo da Carta Magna, na Europa, foram as revoluções na Inglaterra (1688) e na França, a Revolução Francesa (1789) e a Independência dos EUA que deram origem ao Constitucionalismo moderno, que se alastraria mundo afora.

Conforme José Luiz Quadros de Magalhães, os aspectos positivos advindos da implantação do Constitucionalismo moderno no século XVIII, indubitavelmente, contribuíram para a sua afirmação. Devido a isso, quaisquer constituições modernas, de feição liberal, social ou socialista, contêm os modelos e as regras de organização e funcionamento do Estado, a distribuição de competências em geral, “e, portanto, limitação do poder do Estado e normas que declaram e posteriormente protegem e garantem os direitos fundamentais da pessoa humana”.⁴

Não obstante, o conhecido Constitucionalismo moderno somente surgiria no final do século XVIII. Seu propósito era cercear o absolutismo do poder estatal. Entretanto, as bases teóricas da tripartição de poderes, sobre as quais se estabeleceriam os Estados modernos, viriam apenas com a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*,⁵ 1689) na Inglaterra, momento em que são estabelecidas definitivamente as limitações

³ CHOMSKY, Noam. Consentimento sem consentimento: a teoria e a prática da democracia. **Estudos Avançados**, São Paulo v. 11, n. 29, p. 259-276, jan./abr. 1997; GOLDMAN, Marcio. **Como funciona a democracia**: uma teoria etnográfica da política. Rio de Janeiro: 7Letras, 2006.

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Constitucionalismo moderno - ideologia, constituição e cinema**: dominação e encobrimento no final da modernidade. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2008.

⁵ O Bill of Rights (Lista de Direitos) foi uma carta de direitos, criada e aprovada pelo Parlamento da Inglaterra em 1689. Ele foi um importante avanço democrático na Inglaterra, em pleno século XVII, como também na questão dos direitos individuais. [...] foi criado no contexto do fim da Revolução Gloriosa (1688 – 1689), que limitou o poder do rei na Inglaterra, aumentando o poder do Parlamento. RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Bill of Rights de 1689**. [S. l.]: Sua Pesquisa, 2020.

impostas pelo Parlamento, pela representação popular, pelo Poder Legislativo, sobre o monarca.

Kildare Gonçalves Carvalho aponta que o Constitucionalismo “consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder”.⁶

Destarte, Constitucionalismo é, portanto, um movimento cujo propósito era “aperfeiçoar a ideia de estruturação racional do Estado”, impor limites ao exercício do seu poder, através do vaticínio de direitos e garantias fundamentais de base sociais, econômicos, ideológicas e culturais, e asseverar liberdade e igualdade.

Como bem elucida José Luiz Quadros de Magalhães, o Constitucionalismo não nasceu democrático e levou bastante tempo para sê-lo. Nessa toada, afirma o professor:

[...] o constitucionalismo nasceu liberal (logo, não democrático) **com o objetivo de limitar o poder do Estado frente aos direitos de homens, brancos, proprietários e ricos.** A liberdade individual, fundada na propriedade privada, passa a ser a essência do novo ordenamento jurídico. **Constitucionalismo significa segurança, e segurança é expressa no constitucionalismo pela busca de estabilidade econômica e social por meio da pretensão de permanência da constituição.**⁷ (grifo nosso).

Como se pode notar, o Constitucionalismo surge para dar sustentação às ideias da burguesia, afastar da esfera da vida privada a interferência do Estado, garantindo aos burgueses a expansão e segurança nas relações contratuais.

Nessa mesma direção, continua pontuando o autor:

A norma constitucional é capaz de oferecer segurança, uma vez que é superior a todas as outras normas e poderes do estado. A norma constitucional, portanto, traz estabilidade uma vez que se pretende permanente. Superioridade da norma constitucional; rigidez constitucional (dificuldade de alterar o texto constitucional); mecanismos eficazes de controle de constitucionalidade das leis e atos: significam estabilidade, permanência e logo, segurança.⁸

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo.** 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 487.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 46-47.

⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 47.

Portanto, uma ordem jurídica constitucional nova e superior a todo poder do Estado emerge com a consolidação do Constitucionalismo. Todavia, não se preserva a democracia apenas com uma Constituição. Exemplos disso são as Constituições brasileiras de 1824⁹, 1937¹⁰ e 1967,¹¹ outorgadas pelos mandatários do país nesses anos e a EC nº 01 de 1969,¹² todas frontalmente em contraposição àquelas, também denominadas democráticas ou populares, que derivam da vontade do povo, e são promulgadas pelos legítimos representantes eleitos, em uma Assembleia Nacional Constituinte.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva,¹³ a Constituição é a lei fundamental do Estado que rege o conjunto de normas que organizam e regulam os órgãos do Estado. Ele propugna que

[...] a constituição do Estado considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.¹⁴

A razão do surgimento da Constituição era a proteção dos contratos e, sob esse viés, itere-se, ela não nasce democrática. Logo, as assertivas anteriores constituem a comprovação da premissa de que Constituição e Democracia diferem, não se tratando, pois, de uma fusão de conceitos, já que um existe independentemente do outro.¹⁵

⁹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. [...]. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1839].

¹⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Leis Constitucionais**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945].

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1969].

¹² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1969.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Editora Frase Ltda, 1999.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Editora Frase Ltda, 1999, p. 39-40.

¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

Nesse sentido, ainda, manifesta-se José Luiz Quadros de Magalhães.

Os liberais, defensores da propriedade privada, da decisão individual, não podiam aceitar a democracia majoritária. O liberalismo, elitista e não democrático em sua essência, não podia admitir que a vontade do coletivo majoritário prevalecesse sobre a vontade do coletivo minoritário e logo sobre a vontade de cada um. O liberalismo vitorioso das revoluções burguesas viria garantir a liberdade de escolha individual de homens proprietários. A democracia majoritária se apresentava como incompatível com o liberalismo. **Neste período, as constituições garantem direitos individuais de homens brancos, proprietários e ricos, criando uma ordem segura para os proprietários, mas excluindo radicalmente parcelas expressivas da população. As constituições liberais estabelecem o voto censitário.**¹⁶ (grifo nosso).

Dessarte, na medida em que estabeleçam mecanismos de exclusão ou que apresentem dificuldades para a participação de setores da população, as constituições se distanciam do conceito de democracia que, para o professor Pinto Ferreira, “é a forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura às minorias no parlamento a representação, fiscalização e crítica”.¹⁷

Em relação ao exposto até este ponto sobre Democracia, Constitucionalismo e Constituições, vale citar o historiador José Murilo de Carvalho.¹⁸ Na obra intitulada *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, o autor traz importantes fatos e reflexões sobre os direitos políticos no Brasil atrelados às suas Constituições.

Ao discorrer sobre a Constituição outorgada de 1824, o autor desmistifica alguns dados equivocados, mas fossilizados em nossa história, em relação à Carta daquele ano. Nela, foram regularizados os direitos políticos, definidos os cidadãos que teriam direito de votar e serem votados. José Murilo de Carvalho pondera que, para os padrões da época, a legislação brasileira era bastante liberal, visto que nenhum país europeu da época tinha Leis tão abertas quanto às brasileiras.

Outra liberalidade da referida Constituição era que todos os trabalhadores de 25 anos e acima disto, com renda mínima de 100 mil-réis anuais, tinham direito ao voto. Entretanto, mulheres, apesar de cidadãs, não votavam. Escravos, se alforriados, podiam votar na eleição primária; os demais não eram considerados cidadãos. O limite

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47.

¹⁷ FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional moderno**. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983, p. 189.

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

de idade para votar contemplava exceções.¹⁹

Surpreendentemente, o critério renda não impedia as classes economicamente desprivilegiadas de votar, ou seja, os pobres tinham esse direito, uma vez que a maioria da população, itere-se, ganhava mais de 100 mil-réis por ano. Fato é que, em 1876, o menor salário do serviço público era de 600 mil-réis.

A grande contribuição e ato acertado da lei foi admitir que os analfabetos votassem, avanço da Lei que durou pouco, porque a Câmara dos Deputados, em 1881, aprovou lei que proibia o voto dos iletrados, decisão considerada, à época, de grande importância, já que 57% da população brasileira, em 1950, ainda eram analfabetos e se concentravam no campo. Dessarte, os trabalhadores rurais foram os mais prejudicados.²⁰

Embora uma Constituição formal, nos moldes como se conhece hoje, tenha emergido com o surgimento dos Estados Modernos, e inspirada pelas já mencionadas revoluções americana e francesa no século XVIII, sinalizando para a natureza constitucional, outros documentos, nesse sentido, já haviam sido anteriormente escritos. Exemplo disso, é que, após a Revolução Francesa de 1789, a França promulgou sua primeira Constituição, a qual incorporava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dentro do princípio constitucionalista de se imporem limites ao poder real. Naturalmente, a Carta Magna francesa foi fortemente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte.

Conforme Luiz Arnaut, em seu *Título Primeiro, disposições fundamentais garantidas pela Constituição*, a Constituição da França apregoa a igualdade e os direitos, e determinar que

[...] a Constituição garante como direitos naturais e civis que:

1º Todos os cidadãos são admissíveis aos cargos e empregos sem outra distinção senão aquela decorrente das suas virtudes e das suas aptidões;

2º Todas as contribuições serão igualmente repartidas entre todos os cidadãos proporcionalmente aos seus recursos;

3º Os mesmos delitos serão punidos pelas mesmas penas sem distinção alguma de pessoas.²¹

¹⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

²⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

²¹ ARNAUT, Luiz. **Constituição Francesa de 1791**. Belo Horizonte: UFMG, 2019.

A França, então, adotaria uma Constituição que poria fim ao Antigo Regime e estabeleceria a Monarquia Constitucional. Este país, à semelhança do Brasil, viria a promulgar várias outras constituições.

As Constituições modernas podem apresentar diferenças na forma de tratamento constitucional, no modo como o poder será distribuído, no limite desse poder do Estado e nas formas de o povo participar e respeitar a consciência individual e a livre expressão, “o respeito às minorias e a diversidade cultural e étnica (regime e sistema político), a forma de distribuição de competência e de organização do território do Estado (forma de Estado)”, a independente e harmônica “relação entre os poderes do Estado (sistema de governo) e os direitos fundamentais declarados e garantidos pela Constituição (tipo de Estado)”.²²

Vale recordar que o surgimento do Constitucionalismo moderno, do Estado Liberal, e o conseqüente aval à teoria econômico-liberal são coincidentes historicamente. O Estado liberal fundava-se na liberdade individual caracterizada pela propriedade privada e a não intervenção estatal, a denominada esfera privada que protegia as decisões particulares, sendo essas a essência do Constitucionalismo moderno.

Em síntese, a liberdade dependia da não intervenção do Estado naquela esfera privada. Segundo a teoria liberal, os homens eram livres por serem proprietários, condição que excluía as mulheres, as quais, na primeira fase do liberalismo, a nada tinham direito. Estes constituem aspectos cruciais para se ter noção de como era entendido o conceito de liberdade no modelo liberal dos séculos XVII e XVIII.

Teoria política, econômica e social forjada nos ideais de liberdade mercantil e individual, o Constitucionalismo e suas ideias iniciais viriam a ser superados no século XX pelas contemporâneas teorias e filosofias que suscitariam, obviamente, novos entendimentos e pensamentos. No entanto, no final do século XX, referida teoria pareceu ressurgir como uma armadilha para escamotear o “novo” real que se vislumbrava.²³

Além da de 1824, o Brasil teria outras tantas Constituições, algumas outorgadas, outras promulgadas, sempre envoltas em relevantes fatos e aspectos sociais e

²² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Constitucionalismo moderno - ideologia, constituição e cinema**: dominação e encobrimento no final da modernidade. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2008.

²³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Constitucionalismo moderno - ideologia, constituição e cinema**: dominação e encobrimento no final da modernidade. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2008.

históricos, a saber:

- a) 1891 - Constituição Republicana;²⁴
- b) 1934 - Democrática e de curta duração;²⁵
- c) 1937 - Instituição do Estado Novo com supressão de direitos e garantias;²⁶
- d) 1946 - Retomada democrática;²⁷
- e) 1967 - Consolidação do Regime Militar;²⁸
- f) 1988 - Retomada da democracia.²⁹

A Carta Constitucional de 1988, a mais recente, e denominada *Constituição Cidadã* que, entre outros aspectos, restituiu a democracia e promoveu a cidadania, garantiu direitos individuais e sociais, trouxe avanços, como igualdade de gêneros e incentivo ao trabalho feminino, mediante o reconhecimento de direitos individuais e sociais das mulheres. Em seu art. 1º, a Carta Magna determina o Estado Democrático de Direito e se baseia nos ideais de cidadania, soberania, nos valores da dignidade da pessoa humana, os sociais, os do trabalho e os da livre iniciativa, além de amparar o pluralismo político. No seu parágrafo único, define que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Esta nova ordem constitucional confere, portanto, a efetiva participação da sociedade na administração da coisa pública.³⁰

²⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1931].

²⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (DE 16 DE JULHO DE 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático [...]. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1936].

²⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Leis Constitucionais**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945].

²⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**. A Mesa da Assembleia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente [...]. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1966].

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1969].

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós,

A CRFB/1988 teve também como escopo fortalecer as garantias e os direitos fundamentais³¹ e naturais ao homem consoante Norberto Bobbio, independentemente de quem ele seja, a qual classe, gênero, etnia ou raça e religião pertença ou qual profissão exerça.

Nessa senda, Norberto Bobbio esclarece Estado de Direito.

Entendido como Estado limitado, em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, **todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto independentemente de sua própria vontade, e pelo menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade.**³² (grifo nosso).

Nessa toada, Luigi Ferrajoli que se denomina juspositivista crítico, esclarece que são fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.³³

Por seu turno, com a constitucionalização dos direitos e das garantias fundamentais, as funções do Direito penal já estão assinaladas ao Estado na sua conformação político-constitucional. Nessa linha de raciocínio, Paulo Queiroz aclara:

representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

³¹ Consoante a CRFB/1988, podem-se classificar os direitos fundamentais em: 1) direitos individuais (art. 5º); 2) direitos coletivos (art. 5º); 3) direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.); 4) direitos à nacionalidade (art. 12) e os direitos políticos (art. 14 a 17). Importante ressaltar que pequena parte da doutrina inclui os direitos fundados nas relações econômicas (art. 170 a 192). Quanto aos direitos fundamentais sociais, eles parecem não ser adotados pela Constituição.

Outra classificação possível de se encontrar na doutrina é a classificação moderna dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, seguindo ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Sobre o tema, escreve o ministro Relator Celso de Mello no bojo do Mandado de Segurança nº 22.164/SP: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, direitos sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constitui um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello, 30 out. 1995. **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

³² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 11.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 9.

O papel do direito, e em particular do direito penal, parece estar, por consequência, ao menos em linhas gerais, já constitucionalmente definidos. **Saber quais as funções que se devem creditar o direito penal implica saber, por isso, as funções constitucionalmente assinaladas ao Estado.** O perfil do direito penal - autoritário ou democrático - depende, portanto, da conformação política- constitucional que se lhe dá (ao Estado). Afinal as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a confiança, a convivência social, proporcional exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência.³⁴ (grifo nosso).

Relevantes, ainda, são as assertivas do supracitado autor, quando elucida que “definir os fins e os limites do direito de punir pressupõe, por conseguinte, conhecer os fins e os limites do próprio Estado”.³⁵

Por seu turno, Claus Roxin defende que

[...] a função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas políticas-sociais que afetam em menor medida a liberdade dos cidadãos.³⁶

Adicionalmente, ainda no que tange ao papel do Direito penal em um Estado democrático de direito, Claus Roxin afirma que consoante “o modelo teórico de estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”.³⁷

Resta, portanto, peremptório o tratamento equânime e igualitário a todos os cidadãos. Isso implica que cabe ao Estado, com os instrumentos jurídico-penais específicos disponíveis, asseverar as garantias supracitadas, tarefa que abrange não somente a proteção da vida e do corpo e da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, mas, também, a indicação de instituições e entidades estatais apropriadas para garantir este fim. Ademais, precisa-se de “uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudável, uma administração livre de corrupção etc., sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor”.³⁸

³⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112-113.

³⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 113.

³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 16-17.

³⁷ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 17-18.

³⁸ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André

Corroborando os enunciados anteriores, Luiz Regis Prado complementa:

Em um Estado democrático e social de direito, **a tutela penal não pode vir dissociada dos pressupostos do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária.** Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade - verdadeira presunção de liberdade - e da dignidade da pessoa humana.³⁹ (grifo nosso).

À vista disso, o Direito penal só deve interferir quando as questões não tiverem sido atendidas e resolvidas por outras esferas do direito, uma vez que sua função precípua é proteger bens jurídicos considerados relevantes, dentro das linhas das normas constitucionais.

Ainda sobre a análise do tipo penal no âmbito do Estado Democrático de Direito, bem cabem as assertivas do professor Cláudio Brandão, quando sustenta que “não há como interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal⁴⁰ de um Estado Democrático de Direito, sem a ideia de bem jurídico”.⁴¹

Nilo Batista também corrobora a relevância do bem jurídico no âmbito da dogmática penal em um Estado Democrático de Direito. Nessa direção, ele postula que “o bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal”.⁴² Com idêntico pensamento, Regis Prado afirma que “o bem jurídico se encontra no

Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 16-17.

³⁹ RADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2019, p. 67-68.

⁴⁰ Vale comentar sobre a importância do bem jurídico no âmbito da dogmática penal, face ao caráter subsidiário do direito penal no Estado Democrático de Direito. O professor Cláudio Brandão ratifica tal afirmação em algumas passagens: “o bem jurídico, enquanto instituição penal com uma função teleologicamente orientada, foi desenvolvido a partir da afirmação do método neokantista, impulsionado pela escola sudocientista alemã no início do século XX. [...] Nessa toada, a visão do bem jurídico em função da norma, que não se confunde com a lei, tal como dizia Binding, é o fundamento da antinormatividade penal, elemento presente na hodierna ciência e atual chave hermenêutica da tipicidade. BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, p. 7-45, 2018. Nessa mesma linha, complementa Luiz Regis Prado: “o seu aparecimento produz razões de natureza política e dogmática. No primeiro aspecto, vem a ser quase uma consequência necessária das transformações econômicas e políticas da época (uma nova concepção de estado). Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22.

⁴¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 134.

⁴² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 93.

limite entre a política criminal e o Direito Penal, como ponto de união”.⁴³

Em seu modo de entender, Claus Roxin⁴⁴ destaca que os bens jurídicos são:

Pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através de meios do direito penal, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.⁴⁵

Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli enunciam que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante tipificação penal de condutas que o afetam”.⁴⁶

Em comentário ao tema em questão, Jescheck postula que bem jurídico, “deve ser entendido como valor ideal da ordem social juridicamente protegido, em cuja manutenção tem interesse a comunidade e que não pode atribuir-se como a seu titular, tanto ao particular quanto à coletividade”.⁴⁷

Ainda neste sentido, Francisco de Assis Toledo define bens jurídicos: “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com objetivo de assegurar paz social, e

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 28.

⁴⁴ Claus Roxin eleger algumas críticas à Günther Jakobs, formando uma discordância entre os autores funcionalistas ou àqueles que fundamentam o direito penal como instrumento de alcance de uma função maior. Assim, [...] para Jakobs, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma. “Desde este ponto de vista, com a execução da pena sempre se alcançou o seu fim. Fica confirmada a configuração da sociedade”. Isto é uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de Hegel (a pena como “negação da negação do Direito”) salta aos olhos. Sem embargo, não compartilho este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, esse sistema social não se manteria de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas. ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33-34.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Vegas: Lisboa, 1998, p. 27-28

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 414.

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1981, p. 353. v. 2.

coloca sob sua proteção, para que não sejam expostos a perigos de ataque ou lesões efetivas”.⁴⁸

Já para Aníbal Bruno:

O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídica-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito. E na parte especial do código é segundo o bem jurídico ameaçado ou agredido que os fatos puníveis se classificam. Através da proteção de bens jurídicos, o fim do Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em línguas técnicas de bem jurídico, bens jurídicos **são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura que, na maioria dos casos fazem objeto de preceitos tanto jurídico quanto morais.**⁴⁹ (grifo nosso).

Não é demais lembrar, neste ponto, que a definição e a delimitação do bem jurídico devem guardar consonância explícita ou implícita com o texto da Carta constitucional, atuando a Constituição como limite aos operadores do direito e, em especial, ao legislador.

Em virtude e em função disso, Nilo Batista, em seguida, delimita as funções do bem jurídico frente ao direito penal.

O bem jurídico cumpre, no direito penal cinco funções: 1º: *axiológica* (indicadora das valorações que prescindiram a seleção do legislador); 2º: *sistemática-classificatória* (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para ciência do direito penal e como mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado pelo nosso código penal); 3º: *exegética* (ainda não circunscrita a ela, é inegável que o bem jurídico como diz Aníbal Bruno, é “o elemento central do preceito”, constituindo-se em importante instrumento metodológico da interpretação das normas jurídico-penais); 4º: *dogmática* (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo etc.); 5º: *crítica* (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidades para “a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão”).⁵⁰

À guisa de informação, e levando em conta que a seleção dos bens jurídicos deve se fundar na hierarquia de valores e nas necessidades concretas da coletividade, assertivas que muitos autores acatam, Nilo Batista critica severamente a seleção de

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁴⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 30-31. v. 1, t. 1.

⁵⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 94.

bens jurídicos em sociedades divididas em castas sociais, nas quais referidos bens não só produzem e reproduzem, mas também perpetuam as relações de dominação entre tais classes, e sempre atendendo, em caráter protecionista, às demandas das elites, as camadas privilegiadas da população.

Ílison Eugênio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos⁵¹, em seu livro *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*, em veemente crítica, abordam a nefasta influência que o cognominado “totalitarismo financeiro” exerce sobre o sistema penal e, sobretudo, seus reflexos na criminalização da corrupção. Impende mencionar que essa abordagem crítica é contemplada ao longo deste texto.

Diante desse cenário e do exposto até este ponto, no regime democrático de direito, o papel da ciência penal é a proteção de bens jurídicos. Em seu livro já citado, Claus Roxin faz referência a essa limitação da ciência penal, quando declara que “defende um conceito de bem jurídico crítico, que pretende delimitar as fronteiras da punição legítima”.⁵² Certamente, Claus Roxin está mirando o poder de punir em equilíbrio com a intervenção estatal (mínima) e a proteção dos bens jurídicos delimitados nas cartas constitucionais.

Com o intuito de mais aclarar as questões até aqui expostas, na subseção seguinte se terá foco no sistema garantista de Luigi Ferrajoli.

2.2 O sistema de garantias de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli⁵³ denomina garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, o sistema penal de garantias referido pela sigla SG, um modelo-limite⁵⁴ à aplicação do poder punitivo, para preservar garantias, direitos e liberdades, que constituem, portanto, as linhas-mestras do Estado de Direito para fundamentar a tutela da liberdade do cidadão contra formas diversas do exercício arbitrário do poder de punir.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

⁵² ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 20.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006.

⁵⁴ Não expressam proposições assertivas, mas prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que devem satisfazer aos seus princípios normativos internos e/ou aos parâmetros de justificação externa. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 74.

O modelo garantista de direito, ou de responsabilidade penal, é constituído por dez axiomas⁵⁵, conexos e não deriváveis, que representam as regras do jogo no âmbito penal e processual penal.⁵⁶ São, pois, pressupostos elaborados pelo pensamento iluminista do Século XVII e XVIII, como princípios naturais, políticos, morais ou de limitação ao exercício absoluto do poder punitivo. A partir de então, foram tais pressupostos incorporados de maneira mais ou menos integral e rigorosa aos ordenamentos jurídicos dos países desenvolvidos, passando a simbolizar, neste sentido, os “princípios jurídicos do moderno Estado de direito”.⁵⁷

Em sua obra *Direito e razão*, ao apresentar a teoria geral do garantismo penal, Luigi Ferrajoli⁵⁸ tomou como postulado crucial o histórico antagonismo entre liberdade e poder, ou seja, a elaboração das bases do Estado de Direito, que teriam como finalidade a tutela das liberdades dos indivíduos como meio de enfrentamento às distintas e múltiplas formas do Estado de exercer arbitrariamente o poder.

O jurista italiano dedica parte de sua obra para discorrer sobre três significados, para o sistema de garantias. São atribuídas definições diversas, porém, todas interligadas entre si.

A primeira definição defende o garantismo como um modelo normativo de direito, que visa impor limites ao poder punitivo do Estado, privilegiando a liberdade em detrimento do sistema penal em um Estado Democrático e Social de Direito. Para alcançar esse intento, o autor separa o primeiro significado nos planos epistemológico, político e jurídico. No primeiro plano, se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o segundo plano, político, se caracteriza como uma técnica de tutela íntegra para minorar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva de Estado, para garantir os direitos dos cidadãos.

Em seguida, apresenta-se um excerto no qual Luigi Ferrajoli define garantismo, sob seu primeiro sentido.

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de

⁵⁵ Na obra, percebe-se que o autor também os denomina princípios.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 74.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 74.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

“estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁵⁹

O segundo significado ocorre sob o enfoque da teoria do direito e da crítica ao direito. Luigi Ferrajoli esclarece o ambíguo ponto teórico: o acercamento embasado na teoria que conserva o fato de *dever ser* atrelado ao *ser*. Elucida, ainda, o que ocorre na dissensão entre os ordenamentos garantistas e os não garantistas, o mais relevante ponto, segundo o autor.

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.⁶⁰

No terceiro significado para garantismo penal, a seguir, Luigi Ferrajoli aponta os papéis que cabem ao direito e ao Estado. Nesta definição, entre outros aspectos importantes relativos ao garantismo, o jurista preconiza a separação entre Direito e moral, validade e justiça, os pontos de vista interno e externo na valoração do ordenamento.

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.⁶¹

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 787.

2.2.1 Os dez axiomas segundo Luigi Ferrajoli

A base principiológica de toda a ciência penal se estrutura no sistema de garantias do qual se tratou na subseção anterior, por ele delimitar a aplicação do Direito Material e Processual penal⁶², estando presente em todas as fases e esferas de aplicação do poder punitivo dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Os princípios para Luigi Ferrajoli têm como pretensão responder às perguntas relativas ao “quando” e ao “como” da intervenção penal. São eles:

- a1 Nulla poena sine crimine
- a2 Nullum crimen sine lege
- a3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- a4 Nulla necessitates sine injuria
- a5 Nulla injuria sine actione
- a6 Nulla actio sine culpabilitate
- a7 Nulla culpa sine iudicio
- a8 Nullum iudicium sine accusatione
- a9 Nulla accusatio sine probatione
- a10 Nulla probatio sine defensione.⁶³

Por sua vez, os axiomas listados na sequência podem ser traduzidos a partir das garantias penais e processuais penais por eles expressas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.⁶⁴

⁶² Importante ressaltar que o modelo limite de responsabilidade penal (SG) para Luigi Ferrajoli é concebido através dos dez axiomas e, na ausência de um/alguns axioma/s se desenvolverá em outro/s sistema/s punitivo/s. Enuncia Ferrajoli, esses modelos teóricos e normativos de grau de garantismo continuamente inferiores, mas também para descrever as composições reais dos ordenamentos penais positivos ou de seus institutos específicos, que de fato carecem de garantias acerca de seus modelos normativos de nível jurídico superior. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

De forma didática, o autor separa os dez axiomas em três grupos relativos à pena, ao delito e ao processo. Todos estes princípios se multiplicam e se desdobram, mediante silogismos triviais, em quarenta e cinco teoremas.⁶⁵

O primeiro grupo é composto por três axiomas⁶⁶ A1, A2 e A3 – A retributividade, legalidade e necessidade – que respondem ao questionamento sobre o “quando” e o “como” punir, e expressam as garantias relativas à pena.

O outro grupo é composto por mais três axiomas: A4, A5 e A6 – lesividade, materialidade e culpabilidade –, e respondem às perguntas “quando e como proibir” e expressam as garantias relativas ao delito.

Finalmente, o terceiro grupo A7, A8, A9 e A10 – jurisdicionabilidade, separação entre juiz e acusação, ônus da prova e contraditório – estão associados às garantias do processo e respondem às perguntas de “quando” e “como” julgar.

A esta altura, insta esclarecer que o primeiro grupo de axiomas (composto pelos A1, A2 e A3) e o segundo (A4, A5 e A6) são atrelados às garantias penais e, por isso, são discutidos em detalhes, ao longo desta pesquisa. Por seu turno, o terceiro grupo de axiomas (A7, A8, A9 e A10) são garantias processuais e, devido ao recorte feito na investigação, são apenas mencionados nesta dissertação.

O primeiro princípio – o da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito – atrelado a uma garantia penal e definido pelo “nexo estabelecido entre pena e crime”⁶⁷ - determina que os pressupostos da sanção penal, incluídos todos os elementos do fato delituoso, assumam a medida redistributiva do desvio, em vez de uma medida preventiva. Em outras palavras, uma vedação à existência do chamado Direito penal de autor. Nessa trilha, complementa Luigi Ferrajoli:

Onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente “sem ação” e “sem fato ofensivo”. A lei, neste caso, não proíbe nem regula comportamentos, senão configura *status* subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

⁶⁶ O autor utiliza a simbologia da letra A em maiúsculo para expressar a palavra axioma.

⁶⁷ Luigi Ferrajoli fornece alguns exemplos nos quais o princípio da retributividade restaria violado, a saber: tipos penais elásticos, pelos aumentos de pena conexos pela lei não como circunstância do crime, mas como condição pessoal do réu: como a sua condição de reincidente, ou de delinquente habitual ou profissional ou por tendência ou a sua precedente submissão a medidas de prevenção. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 583.

contrárias. Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal.⁶⁸

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “ao menos na sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”.⁶⁹ Em resumo, a garantia da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito e à punição é consequência daquilo que se fez e não daquilo que se é.

Por sua vez, o princípio da legalidade admite duas dimensões, no sentido lato e no estrito. Em seu sentido lato, diz respeito à reserva legal “como condição necessária da pena e do delito”,⁷⁰ a “lei” em seu sentido formal. Para a segunda dimensão, o conteúdo da legislação é no sentido substancial.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli se pronuncia:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juizes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade e seus enunciados.⁷¹

Ainda nesse sentido, prossegue o mesmo autor:

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa da lei, entendendo a “lei” no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do Juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta da lei, entendendo “lei” no sentido substancial, de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso, resulta assim garantida a sujeição do

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80-81.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

juiz somente a lei.⁷²

O princípio da legalidade está descrito no artigo 5º, XXXIX, da CRFB/1988 “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁷³ Está também descrito no art. 1º do Código Penal Brasileiro.⁷⁴

De acordo com Aníbal Bruno,

esse princípio, que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito Punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime.⁷⁵

Nas palavras de Cláudio Brandão:

[...] um princípio dos princípios, constituindo-se, a um só tempo, a missão e o objetivo do sistema de justiça penal. Com o efeito, onde termina a legalidade começa a força despótica e um Direito Penal separado do Princípio da Legalidade é simplesmente um terror estatal. Isto posto, é na legalidade que o Direito Penal encontra sua legitimidade.⁷⁶

Ainda no que se refere ao princípio da legalidade, Nilo Batista escreve que ele “é base estrutural do próprio estado de direito, é também pedra angular de todo o direito penal”.⁷⁷ O autor corrobora Aníbal Bruno ao afirmar que esse princípio “é característico dos regimes democráticos nascidos das ideias liberais do século XVIII”.⁷⁸ O mesmo princípio em exame é decomposto em quatro outros princípios, os quais, para Francisco de Assis Toledo, constroem a denominada “função de garantia individual das cominações penais”, a saber:

- a. nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;
- b. nullum crimen, nulla poena sine lege scripta;
- c. nullum crimen, nulla poena sine lege stricta;

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

⁷³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

⁷⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

⁷⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 206. v. 1, t. 1.

⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

⁷⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65.

⁷⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 208. v. 1, t. 1.

d. *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.⁷⁹

Nilo Batista, ainda no tocante a esse princípio, disserta que ele “surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*”,⁸⁰ enquanto Francisco de Assis Toledo, corroborando Nilo Batista, afirma que “a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais”.⁸¹

Em seu segundo desdobramento, o princípio prevê a proibição da criação de crimes e penas pelos costumes; só a lei escrita pode criar crimes e penas. Portanto, esse princípio veda a invocação do direito consuetudinário para criação, fundamentação ou agravamento de penas. Isso não quer dizer que os costumes estejam excluídos na aplicação do direito penal. Nessa direção, Francisco de Assis Toledo⁸² enuncia que se trata de um “equivoco supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido em âmbito penal”. Evidenciado fica, portanto, que os costumes têm grande importância na aplicação do direito, quando, e se, eles operarem em benefício do réu.

No terceiro desdobramento, surge a proibição de se usarem analogias para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Isso porque, para Nilo Batista, a analogia é “o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira”.⁸³

⁷⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22-23.

⁸⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 66-67.

⁸¹ Francisco de Assis Toledo esclarece que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, também deve ser observado nas edições de medidas provisórias. Ele afirma: “medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX). Se o faz, choca-se com o princípio da reserva legal, apresentando-se um vício de origem que não se convalida pela sua eventual aprovação posterior, já que pode provocar situações de males irreparáveis” TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24.

⁸² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.

⁸³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 72.

Por seu lado, Francisco de Assis Toledo nos alerta sobre a possibilidade de analogia *in bonam partem*.⁸⁴⁻⁸⁵ Assim, se manifesta esse autor:

No direito penal, contudo, importa distinguir duas espécies de analogia: analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*. A primeira fundamenta a aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas. A segunda fundamenta a não - aplicação ou a diminuição da pena nas mesmas hipóteses. A primeira agrava a situação do acusado, a segunda traz-lhe benefícios.⁸⁶

E ainda esclarece que:

A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra justificada em um princípio de equidade. É preciso notar, porém, que a analogia pressupõe falha, omissão da lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.⁸⁷

O quarto desdobramento do princípio da legalidade é a proibição de incriminações vagas e indeterminadas; é a *lex certa*. Seguindo essa linha de pensamento, Nilo Batista defende que “a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível para todos os cidadãos”.⁸⁸

Em igual sentido, Francisco de Assis Toledo⁸⁹ complementa que a exigência da lei certa diz respeito à clareza de (seus) tipos que não devem deixar margens a

⁸⁴ Segue exemplo da jurisprudência de aplicação da analogia *in bonam partem*: EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL - PENAL INFERIOR A DOIS ANOS - RÉU REINCIDENTE - APLICAÇÃO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM DO ARTIGO 83 DO CÓDIGO PENAL - CONCESSÃO - CABIMENTO. Em virtude da ausência da lacuna legislativa para concessão de benefícios penais ao reeducando, reincidente e condenado à pena inferior a dois anos, aplica-se a analogia *in bonam partem* do artigo 83 do Código Penal para conceder-lhe o benefício do livramento condicional. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara de Direito Criminal). EP: 990092873334/SP. Relator: Willian Campos, 9 mar. 2010. São Paulo, 26 mar. 2010.

⁸⁵ Nilo Batista faz ressalva quanto à impossibilidade de aplicação da analogia *in bonam partem* nas legislações excepcionais.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

⁸⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

⁸⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 75.

⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

dúvidas, nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores abertos.

O terceiro axioma, denominado princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, estabelece que a pena não deva transcender o estritamente necessário no ato punitivo, não podendo este, pois, ser aplicado com atrocidade ou barbáries.

Sob esse mesmo viés, manifesta-se Luigi Ferrajoli:

Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas.⁹⁰

Anotem-se, ainda, as seguintes assertivas do supracitado autor:

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perverta o réu”: quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne o pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos.⁹¹

Nesse diapasão, escreve Salo de Carvalho que se trata de um “critério de economia que procura obstaculizar a elephantíase penal, legitimando proibições somente quando absolutamente necessárias. Assim, os direitos fundamentais correspondem aos limites do direito penal”.⁹²

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 364.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 365.

⁹² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 95.

O segundo grupo de axiomas se refere às garantias relativas ao delito e é composto por mais três axiomas: A4, A5 e A6 - lesividade, materialidade e culpabilidade.⁹³ O princípio da lesividade determina que o Direito penal só possa ser aplicado, quando a conduta lesionar ou expuser a perigo um bem jurídico. Sob esse mesmo ângulo, Nilo Batista observa que "a conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, ao bem jurídico (que era objeto de proteção penal e foi ofendido pelo crime) – e, por isso, “chamado de objeto jurídico do crime).” “Complementa o autor: “à conduta puramente interna ou puramente individual - seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal”.⁹⁴⁻⁹⁵

Por seu turno, o princípio da materialidade, ou exterioridade da ação, busca proibir incriminações que punam o modo de pensar, estilo de vida, os desejos, as convicções internas, condições pessoais ou os comportamentos imorais. Portanto, esse axioma busca separar o direito da moral.

Nesse mesmo diapasão, Luigi Ferrajoli pondera:

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, [sic] os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas - materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis - passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal.⁹⁶

Como bem aponta Salo de Carvalho:

Desde o pressuposto principiológico ilustrado da secularização, percebemos historicamente que o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, exigindo tolerância de toda atitude ou comportamento não-lesivo para terceiros, visto não ser função do direito (muito menos do direito penal) impor ou reafirmar determinada concepção

⁹³ Para fins didáticos reitere-se a informação de que esse grupo de axiomas (A4, A5 e A6 - lesividade, materialidade e culpabilidade) responde às perguntas "quando e como proibir", e expressam as garantias relativas ao delito.

⁹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89.

⁹⁵ Nilo Batista registra quatro funções básicas do princípio da lesividade: a) proibir a incriminação de uma conduta interna, b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90-91.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 384

moral.⁹⁷

O princípio de culpabilidade⁹⁸ repudia a teoria da responsabilidade penal objetiva ou de resultado⁹⁹ e compactua com a teoria subjetiva da responsabilidade penal. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o princípio da culpabilidade, em uma simples formulação, diz que “não há delito sem culpabilidade”. Prosseguem os autores explicando que o princípio da culpabilidade se decompõe em dois diferentes níveis: a) a tipicidade, que requer a necessidade de que, para ser típica, a conduta deve ser ao menos culposa; b) a culpabilidade, que apregoa não haver delito, se o injusto não é reprovável ao autor.¹⁰⁰ Portanto, nota-se que o delito deve ser cometido por dolo ou culpa e, além disso, deve-se verificar a condição de reprovabilidade para o autor da conduta.

No que tange a esse princípio, Nilo Batista informa que o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva derivada somente de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. Complementando seu pensamento, ele acrescenta que “a responsabilidade é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva”.¹⁰¹

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 97.

⁹⁸ Nilo Batista fornece um bom exemplo para se entender a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado, associado a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato: “Numa antiga coletânea legislativa da Babilônia, editada pelo rei Hamurabi (1728-1686 a.C.) encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse um morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginamos um julgamento “modernizado” desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou prender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou um morador: segue-se sua responsabilidade penal.” BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99.

⁹⁹ Eis uma decisão em que a jurisprudência repudia a aplicação da responsabilidade penal objetiva pela ausência da comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA REJEIÇÃO DE ADITAMENTO À DENÚNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL POR VIOLAÇÃO A DEVERES FUNCIONAIS. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. **A imputação penal não pode ser feita estritamente com base na análise da relação de causalidade material, que é o componente objetivo do delito, ficando ainda na dependência da demonstração do elemento subjetivo, sob pena de responsabilidade objetiva, há muito banida dos ordenamentos jurídicos democráticos.** [...] (grifo nosso). PARÁ. Tribunal de Justiça. (1ª Câmara Criminal Isolada). **Recurso Penal Em Sentido Estrito: 00034536620058140000**. Relator: João José da Silva Maroja, 30 out. 2007, 1 nov. 2007.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011,

2.3 O garantismo penal e o direito penal mínimo

No prefácio da 1ª edição italiana da obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, escrito por Norberto Bobbio, pode-se visualizar que a obra tem pilares no direito penal mínimo e a intervenção penal estaria autorizada a patamares estritamente necessários.¹⁰² Deste modo, a teoria do garantismo restaria construída nas colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente no odioso direito penal.¹⁰³

De início é importante salientar que muitos confundem as diretrizes defendidas pela teoria do garantismo penal – as quais têm suas raízes no minimalismo penal¹⁰⁴ – com as defendidas pela doutrina abolicionista.¹⁰⁵ É um equívoco, portanto, interpretá-las e compreendê-las como sinônimas.¹⁰⁶ As premissas da Teoria do Garantismo Penal se postam contrárias às defendidas pela doutrina abolicionista,¹⁰⁷ engano

p. 99-101.

¹⁰² O direito penal mínimo é equivalente ao garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que se funda na legitimação e preservação do sistema penal de forma estritamente necessária e reduzida. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

¹⁰⁴ Trabalha-se a expressão minimalismo penal, primeiro, para confirmar uma existente diferença com o minimalismo radical; segundo, para deixar claro que o modelo de direito penal mínimo defendido por Luigi Ferrajoli é o minimalismo penal, e não o minimalismo radical que apela a esse modelo como tática e/ou passagem para o abolicionismo

¹⁰⁵ Para Luigi Ferrajoli o abolicionismo penal constitui um conjunto um tanto heterogêneo de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviança. Importante salientar, que esse movimento surgiu constituindo uma íntima relação entre a teoria e a práxis, tanto que ficou conhecido como teorização de uma militância social, por isso é comum dizer que o abolicionismo é um movimento político-criminal de “dupla via”, isto é, teorizado ou acadêmico e de militância social, portanto, também se apresenta como práxis. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

¹⁰⁶ Essa generalizada confusão pode ser justificada pelo simples motivo de que ambos os movimentos político-criminais colocam na linha de argumentação teórica a deslegitimação do sistema penal. Para Paulo de Souza Queiroz, o abolicionismo nega validade aos pressupostos sobre os quais se assentam as teorias tradicionais de justificação do direito de punir, pretende a abolição de todo o direito de punir, pretende a abolição imediata de todo o sistema penal. O minimalismo defende a adoção imediata de um direito penal mínimo como tática de passagem para a abolição gradual do sistema penal. Portanto, para erradicar essa confusão, traçaremos o cruzamento entre as teorias minimalistas-abolicionistas para comprovar suas existentes diferenças e confirmar que a antítese do abolicionismo não é o minimalismo, e sim as teorias legitimadoras do direito penal que reconhecem nas normas penais a necessidade do controle da criminalidade. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Rev. dos Tribunais, 2008.

¹⁰⁷ Em que pese serem movimentos diferentes, Queiroz alerta que são movimentos contemporâneos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta de anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a

generalizado que também se deve à multiplicidade de conceituações.

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade ensina que “o” abolicionismo e “o” minimalismo, no singular, não existem, mas, sim, diferentes abolicionismos e minimalismos.¹⁰⁸

Eugenio Raúl Zaffaroni também sustenta a existência de diferentes tipos de abolicionismos,¹⁰⁹ mas foca seu pensamento no abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, em sua radical substituição por outras instâncias de solução de conflitos.¹¹⁰ Tal movimento surge “nas duas últimas décadas, como resultado da crítica sociológica ao sistema penal”.¹¹¹ Nesse sentido, difere dos outros abolicionismos em sentido estrito, que sustentam, por exemplo, a abolição da pena de morte, da escravidão e da prisão. O abolicionista radical não quer uma reestruturação ou modificação do sistema penal, mas sua completa extinção, por acreditar na sua ineficiência para atingir os meios por ele propostos. Para Paulo de Souza Queiroz,¹¹² o sistema penal é em si mesmo um problema social, um mal social que cria mais problemas do que os resolve, razão pela qual deve ser abolido para dar

criminologia positiva), e sob a influência de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõe ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, o paradigma do controle ou reação social QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Rev. dos Tribunais, 2008, p. 84-86.

¹⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.** Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 254-255.

¹⁰⁹ Para Eugenio Raúl Zaffaroni “o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991. Completa Rolf De Folter, afirmando tratar-se do “desafio mais radical no âmbito desta nova teoria criminológica”. DE FOLTER, Rolf S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie; DE FOLTER, Mathiesen. **Abolicionismo penal.** Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989, p. 57-86

¹¹⁰ Frise-se a diferenciação entre os abolicionistas: o radical, referenciado por Eugenio Raúl Zaffaroni que prever a substituição do sistema penal por outros meios de solução de conflitos, e o abolicionismo em sentido estrito que sustenta, por exemplo, a abolição da pena, e não, de todo o sistema penal. Importante destacar que para os abolicionistas radicais que defendem a real substituição do sistema penal por instâncias alternativas de conflitos são divididos em mecanismos formais e informais. Os formais não se vinculam ao sistema penal, se referem a outros ramos do direito, como por exemplo, o direito privado e ao direito administrativo. Por seu turno, os informais funcionam fora do direito, como a igreja, escola, família, trabalho etc. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 97

¹¹² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Rev. dos Tribunais, 2008.

vida às comunidades, às instituições e aos homens.

Para o abolicionista radical, o crime é uma realidade construída, em que os fatos tipificados como crimes são frutos de decisões humanas, e para os quais a lei apontará onde está o crime e definirá quem é o criminoso.

A única coisa que tais situações têm em comum é a ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável [...]. Um belo dia o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. [...]. É a lei quem diz onde está o crime; é a lei que cria o “criminoso”.¹¹³

Esse processo de tipificação/criminalização é feito pela escolha política dos bens jurídicos a serem tutelados, que acata uma escolha verticalizada das classes hegemônicas em prejuízo de outras camadas da sociedade, recaindo o *status* de criminalizável sobre aquelas que não detêm o poder.¹¹⁴ Nesse processo, surge a figura dos historicamente perigosos ou inimigos,¹¹⁵ a saber: os parasitas para os

¹¹³ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 63-64.

¹¹⁴ Para os que não dominam o poder Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli denunciam a existência de sistemas penais subterrâneos, com desaparecimentos, torturas e execuções policiais, individuais e em massa, sem nenhum respaldo legal. Enuncia ainda, que as leis penais só mostram a cara visível do sistema penal formal e alguma coisa do sistema penal paralelo, enquanto no campo do invisível, impera o mais terrível, o subterrâneo, sem lei e sem limites. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹¹⁵ Em 1985, conforme Luís Greco, Günther Jakobs apresenta o trabalho *Criminalizações no Estádio prévio à lesão a bem jurídico*. Nessa pesquisa, enuncia, pela primeira vez, a expressão Direito Penal do Inimigo, e, em sentido crítico, confronta o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Nesse sentido, Luís Greco afirma que “para Jakobs, é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual ele parte. O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir, quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. O direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos; o direito penal cidadão otimiza esferas de liberdade. Ao contrário de uma difundida opinião, Jakobs não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma ideia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais frequentes antecipações da proibição penal.” GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 6, n. 7, dez. 2005, p. 204. Esclarecem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que o tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou de daninho [...] na medida em que se trata um ser humano como ente perigoso e, por conseguinte, necessitando de pura contenção; dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim, a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 18. Esse

soviéticos, sub-humanos para os nazistas e os inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais.¹¹⁶

Nesse sentido, Nils Christie postula que

[...] não importa muito o que o marginalizado faz ou deixou de fazer, pois, no momento em que ele é estigmatizado como criminoso potencial, começam a ser acionados os mecanismos legais (polícia, tribunais, júris e autoridades penitenciárias) que farão com que a profecia se autorrealize. E, quando o marginalizado efetivamente comete o crime, este deve ser tratado apenas como uma das variáveis que explicam a criminalização da marginalidade, não como o fenômeno a ser propriamente explicado.¹¹⁷

Nesse complexo processo político de escolha do bem jurídico no qual a política é a escolha por se criar o criminoso, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos¹¹⁸ chamam a atenção para o processo da América Latina,¹¹⁹ onde o totalitarismo financeiro é que decide que o poder punitivo seja gerado pelo domínio hegemônico de uma elite, criado, mantido, fortalecido e perpetuado pelos países do Norte, e se manifesta de forma cruel e brutal nos países do Sul.¹²⁰ Os sistemas totalitários

tema será abordado à frente.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 54.

¹¹⁷ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 286

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

¹¹⁹ Lembram Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual, em relação ao aprisionamento, é que a grande maioria - aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados. Continua o autor, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 70-71.

¹²⁰ Importante destacar a observação feita por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli de que o discurso do autoritarismo norte-americano é o mesmo que se instala no resto da América, porém, sua funcionalidade é tão diferente quanto a realidade do poder repressivo. Enquanto os Estados Unidos fazem dele uma empresa que ocupa milhões de pessoas, desviando recursos da assistência social para a o sistema penal, e contribuindo para a resolução do problema do desemprego, na América Latina, o sistema penal, longe de proporcionar emprego, serve para controlar os excluídos do emprego, torna-se brutalmente violento e as polícias, autonomizadas e em dissolução, sitiam os poderes políticos. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73. Complementa Loic Wacquant sobre essa transição do Estado social para o Estado Penal nos Estados Unidos: a transição ao tratamento penal da miséria nos Estados Unidos, na medida em que realizam uma tripla operação. Inicialmente, eles drenam recursos preciosos, em orçamentos, pessoal e programas, do setor social e sanitário do Estado para seu setor policial e judiciário. Por exemplo, enquanto os serviços de psiquiatria de sua administração penitenciária (e de seus hospitais públicos)

caracterizaram-se pelo desrespeito aos direitos fundamentais e pela violência contra seus opositores, utilizam-se da força para impor seus objetivos, muitas vezes sendo essa utilização instrumentalizada pelo Direito Penal. As consequências disso são a miserabilidade, a desigualdade e a marginalização dos povos do Sul.

Assevera Eduardo Galeano¹²¹ que a marca do sistema penal nos maltratados países do hemisfério sul é que eles pagam pela figura imponente que fazem as nações do norte, e as consequências são visíveis: hospitais sem remédios, escolas sem teto, alimentos sem subsídios.

Dessa forma, a mão comercial da ordem globalitária rouba o que a mão financeira empresta. Por isso, valeria, neste ponto, uma paródia de um ditado famoso popular: “diz-me o quanto vendes, que te direi o quanto vales”. Confirmando esses enunciados, as exportações latino-americanas não chegam a cinco por cento (5%) das exportações mundiais e as africanas somam dois por cento (2%). Cada vez custa mais o que o Sul compra, e menos o que ele vende. Para comprar, os governos se endividam de modo crescente, mas, para pagar os juros dos empréstimos, vendem as joias da avó e a avó.¹²²

Ainda no âmbito do totalitarismo financeiro, Eugenio Raúl Zaffaroni, em entrevista concedida a Marcelo Galli, explana que existiriam dois tipos de sociedade: uma exclusiva e outra inclusiva, ambas possuindo como métrica o grau de punitivismo. Assim, segundo o emérito autor,

se quisermos ter uma sociedade 30% incluída e 70% excluída, precisamos punir mais, para conter os 70% que ficam de fora. Se nós pensarmos em uma sociedade mais ou menos inclusiva, com Estado de bem-estar social, outro

gritam miséria, o estado de Michigan obteve e despendeu uma subvenção federal de meio milhão de dólares para informatizar seu registro de condenados por atentados aos costumes e colocá-los na telinha, ao mesmo tempo em que a Virgínia destinava mais de 300 mil dólares a seu site de cibervigilância dos “sex offenders”, Em Nova Jersey, onde os tribunais desabam sob o peso de processos empreendidos, sobretudo, no quadro da “guerra à droga” e os serviços de condicional sofrem, como em toda parte, de um penúria gritante de meios, cada um dos 36 condados viu-se obrigado, em virtude da lei de Megan votada nesse estado em 1994, a destacar em tempo integral um procurador para proceder às audiências, visando a estabelecer o nível de periculosidade presumida e, portanto, das modalidades de notificação pública de cada delinquente sexual em instância de liberação. Só estas audiências custam mais caro em salários do que os processos por atentados aos costumes. WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 140.

¹²¹ GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

¹²² GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

grau de punitivismo é aplicado.¹²³

Completando seu raciocínio sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos¹²⁴ apregoam que, na atualidade, o modelo de sociedade que se teria, especificamente na América Latina, seria assim composto: 30% de incluídos e 70% de excluídos, ou seja, um núcleo social pautado pela exclusão da maioria da população.

Na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, haveria uma clara evidência de que

não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contacta (sic) com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre.¹²⁵

Por essas razões, os autores advogam a radical substituição do sistema penal por outras instâncias de solução de conflitos, tornando-se, assim, expoentes do abolicionismo radical.

Vera Regina Pereira de Andrade, nessa senda, ensina que

Outros protagonistas importantes da perspectiva teórica abolicionista são Sebastian Scheerer (Alemanha), Heinz Steinert (Áustria), Alessandro Baratta (Itália e Alemanha), Eugênio Raúl Zaffaroni (Argentina). O abolicionismo já foi caracterizado por "antiplatonismo", precisamente para designar que inexistente uma "essência", uma "ontologia" do abolicionismo ou uma teoria totalizadora abstrata apta a abarcar todos os aspectos de suas distintas variantes. Não partilhando de uma total coincidência de pressupostos, **os abolicionistas também debatem questões-chave como o objeto e os caminhos da abolição, na tentativa de identificar sua extensão, métodos e táticas da abolição, bem como seu impacto na sociedade.**¹²⁶ (grifo nosso)

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal". [Entrevista cedida a] Marcelo Galli. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, 1 nov. 2015.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73.

¹²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 257.

Ao discorrer sobre as variantes do movimento abolicionista,¹²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni as separa em três correntes, com diferentes tipos de fundamentações metodológicas, para explicar a abolição. Pondera o autor que

os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticos para alcançarem seus objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes de pensamento. Neste sentido, deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturante de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológico-historicista de Nils Christie.¹²⁸

Michel Foucault, apesar de não reputado como abolicionista na acepção dos autores Thomas Mathiesen, Louk Hulsman e Nils Christie, foi, sem dúvida, um abolicionista e influenciou outros autores com seus escritos nos quais apregoava que o papel da criminologia tradicional era justificar práticas punitivas por meio de um discurso ressocializador em cujo bojo o exercício do poder ocorre em níveis quase invisíveis, apagados.¹²⁹ Seu livro *Vigiar e punir: nascimento da prisão*¹³⁰ viria a influenciar e alterar o modo de pensar e fazer política social no mundo ocidental.

Por seu turno, Thomas Mathiesen defende a variante materialista de orientação marxista e afirma que o sistema penal é mais um instrumento de dominação de classe, enquanto Louk Hulsman defende a variante fenomenológica acrescida da faceta de Nils Christie, a fenomenológico-historicista.

Louk Hulsman¹³¹ aponta três razões básicas para, cabalmente se erradicar o sistema penal:

¹²⁷ Nesse ponto, pode-se também falar das três ideologias: a liberal/cristã, a anarquista e a marxista. A base liberal/cristã trabalha com o conceito de “solidariedade orgânica” ou “eunomia” na qual os próprios indivíduos se ocupariam dos conflitos (“situações problemas”) que estivessem envolvidos. Isto se opõe à tese da “anomia” criada pelas sociedades repressivas, e demonstra ser necessário impor limites à dor infligida aos presos. Já o anarquismo concentra sua crítica não no sistema penal propriamente dito – para eles, as instituições colonizam e impedem a felicidade plena dos homens – mas na ausência de liberdade e autonomia do indivíduo que é eclipsado por obra do Estado, e, portanto, propõem a supressão do Estado para que o homem possa ser livre. Por fim, o abolicionismo marxista entende o sistema penal como instrumento repressor a serviço do ocultamento dos verdadeiros conflitos sociais, onde o principal é o conflito de classes antitéticas. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 346.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 101.

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹³¹ HULSMAN, Louk. **Pensar em clave abolicionista**. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: Cinap, 1997.

- a) ele causa sofrimentos desnecessários e distribuídos socialmente de modo injusto;
- b) não apresenta efeito positivo algum sobre as pessoas envolvidas nos conflitos;
- e
- c) é extremamente difícil de ser mantido sob controle.

Louk Hulsmann¹³² advoga que o correto seria uma Política Criminal, desvinculada do sistema penal formal. E a substituição do sistema repressivo se procederia, porém, por instâncias intermediárias ou individuais de solução de conflitos, que atendessem às necessidades das pessoas envolvidas nos conflitos, e não em nível do Estado. Aponta, ainda, que abolição não significa meramente a extinção das instituições formais de controle do sistema penal, mas, extinguir a cultura punitiva, por meio de uma linguagem própria que substitua os termos “crime” e “criminalidade”, rótulos sempre maculados.

Adicionalmente, nas palavras de Louk Hulsmann:

A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o ‘preconceito de gênero’ e o ‘preconceito racial’ existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos.¹³³

Destarte, esclareça-se, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, que abolicionismo não implica a extirpação do controle social, mas, a supressão do modelo punitivo adotado e vertical:

não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução dos vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo (vertical e) formalizado abstratamente.¹³⁴

Eugenio Raúl Zaffaroni, dissertando sobre a importância do movimento abolicionista na América Latina, afirma:

¹³² HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, 58.

¹³³ HULSMAN, Louk. **Pensar en clave abolicionista**. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: Cinap, 1997, p. 212.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 105.

As três razões apontadas por Hulsmann para destacar a total deslegitimação do sistema penal são de uma evidência inegável em nossa região marginal: as mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte de integrantes dos órgãos penais.

Por outro lado, a experiência latino-americana, demonstrando a incapacidade dos setores penais para resolver os conflitos gerados pela poluição, pelo *white collar*, pelos crimes econômicos e de trânsito, afasta qualquer pretensão neste sentido. Até agora, em relação aos [...] crimes do poder existe uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos. [...] “múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade.”¹³⁵

Com o minimalismo não seria diferente, porquanto existe uma pluralidade de conceitos heterogêneos e diferenciados, apontando para vários minimalismos que têm em comum a limitação da violência estatal com a máxima diminuição da ação do sistema penal.¹³⁶

Em relação ao minimalismo, Vera Regina Pereira de Andrade¹³⁷ lista, sob seu ponto de vista, os mais relevantes teóricos: o filósofo e criminologista italiano Alessandro Baratta, (de base interacionista-materialista), o do penalista e criminologista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (de base interacionista, foucaultiana e latino-americanista) e o do filósofo e penalista italiano Luigi Ferrajoli (de base liberal iluminista).

A autora apresenta uma separação dos modelos para o minimalismo e o abolicionismo em dois grupos: modelos que partem da deslegitimação do sistema penal (concebida como uma crise estrutural de legitimidade) para o abolicionismo ou

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 107-108.

¹³⁶ Para Paulo de Souza Queiroz, “essa contração do sistema operar-se-á principalmente por meio da descriminalização de condutas para cuja repressão seja inadequada a intervenção do sistema penal, seja pelos custos sociais que dela resultam, seja pela ineficácia dessa intervenção, seja, ainda, pela possibilidade de se poder submeter a controles mais apropriado, jurídico (civil, administrativo, processual) ou não, como educação, assistência social, intervenções comunitárias etc. Outras tantas formas de contração dos sistemas são propostas: despenalização, diversificação, adoção de penas alternativas à prisão, com vistas à sua abolição etc.” QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Rev. dos Tribunais, 2008, p. 99.

¹³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

minimalismos como meio; e modelos que partem da deslegitimação (concebida como uma crise conjuntural de legitimidade) para a relegitimação do sistema penal, ou minimalismos como um fim em si mesmos.¹³⁸

O primeiro grupo sustenta que a deslegitimação do sistema penal, orientada com base na crise estrutural e irreversível desse sistema, não visualiza a possibilidade de relegitimação, seja no presente ou no futuro. Em outros termos, são minimalismos como meio, ou seja, acreditam no minimalismo como transição para a doutrina abolicionista.¹³⁹

Em breve passagem, Eugenio Raúl Zaffaroni sustenta a ausência de legitimação do sistema penal, confirmando o direito penal mínimo como uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável, mas, como passagem ou trânsito para o abolicionismo.

Em nossa opinião o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do 'unfinished' (inacabado) de Mathiesen e não como um objetivo 'fechado' ou 'aberto'.

O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica.¹⁴⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni arremata afirmando que, “deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista”.¹⁴¹

¹³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 257-258.

¹³⁹ Destacam-se como expoentes os modelos de Alessandro Baratta, que sustenta uma política criminal alternativa em suas obras: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014; BARATTA, Alessandro; BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios do direito penal mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Florianópolis: Habitus, 2020. Eugenio Raúl Zaffaroni em sua obra *Em busca das penas perdidas* escrita em homenagem a *Penas perdidas* de Louk Hulsmann, sustenta a proposta de oferecer um panorama geral da deslegitimação do sistema penal como forma de reinterpretá-lo na realidade latino-americana. Denominou, portanto, esse modelo como “realismo jurídico penal marginal” que nada mais é que “uma espécie de ensaio de realismo jurídico-penal a partir do ponto de vista de uma região marginal do poder planetário”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 5.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 106.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 105.

Conforme listou anteriormente Vera Regina Pereira de Andrade,¹⁴² outro grande expoente desse modelo que defende a deslegitimação do sistema penal para o abolicionismo ou minimalismo como meio é o criminólogo italiano Alessandro Baratta. Porém, o ilustre criminólogo pondera:

Todavia, a ideia reguladora de uma política criminal alternativa permanece a da ultrapassagem do sistema penal. Orientar a reforma sobre esta ideia reguladora não significa renunciar a reformas possíveis, mas significa, é preciso sublinhá-lo mais uma vez, escolher e avaliar as reformas na base da sua possibilidade de transformar radicalmente o sistema no interesse das classes subalternas. Noutras ocasiões [...] tentei definir, em linhas gerais, o modelo de uma política alternativa que utilizaria como ideia reguladora ou 'utopia concreta' a ultrapassagem do direito penal. Propor tal perspectiva, não significa adiar qualquer reforma possível no presente à espera do advento, bastante longínquo (ou talvez mesmo impossível?) de uma sociedade que saiba dispensar a pena, mas afirmar um critério para orientar e escolher a política criminal. Nas teorias radicais da política criminal, como o são as teorias 'abolicionistas', o critério funciona no sentido de avaliar as reformas como se o seu destino pudesse ser o de ultrapassar o sistema penal tradicional e está ultrapassagem fosse efetivamente possível.¹⁴³

Por seu turno, o segundo modelo, apresentado e defendido por Luigi Ferrajoli, parte da deslegitimação do sistema penal, devido à crise conjuntural da legitimidade, sustentando o argumento de um direito penal mínimo balizado na limitação do poder punitivo e na efetiva tutela dos direitos dos indivíduos frente a esse poder, caminhando para a relegitimação do sistema penal, ou, como já mencionado, para o conhecido minimalismo como um fim em si mesmo.¹⁴⁴

Em comento a um excerto de Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni explica esse pensamento:

Para este autor [Luigi Ferrajoli], a deslegitimação do sistema penal não corresponde à idéia (sic) que tem sido exposta aqui, ou seja, à irracionalidade de nossos sistemas penais vigentes e operantes, mas sim à impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal, inclusive futuro e mínimo que seja. Ferrajoli recusa esta radicalização, que parece identificar como própria do abolicionismo, afirmando que, mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada).¹⁴⁵

¹⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 162.

¹⁴⁴ Minimalismo como um fim em si mesmo também consagrado como teoria do garantismo penal ou minimalismo reformista, entende o problema da legitimidade do sistema penal como uma "crise conjuntural".

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991,

Eugenio Raúl Zaffaroni expõe o pensamento de Luigi Ferrajoli, que não vislumbra em sua teoria a extinção do sistema penal, mas uma aplicação mínima dele, quando e se necessária¹⁴⁶. O direito penal mínimo se configura como um modelo de intervenção penal limitado. Isso se justifica, porque o garantismo tem como função limitar e vincular o poder frente ao exercício arbitrário do poder punitivo.

Nessa direção, Luigi Ferrajoli explana:

Por isso, o primeiro modelo [direito penal mínimo] pode ser identificado como modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos [direito penal máximo], ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti*, ou “totais”. Quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.¹⁴⁷

Nessa seara, nos escritos de Paulo de Souza Queiroz lê-se:

[...] no sentido de que, à luz da nova ordem constitucional, a criação de leis – leis penais, sobretudo, mas não só a sua criação, e sim também a sua aplicação e a sua interpretação – há de orientar-se, ou reorientar-se, por essa mudança de perspectiva, diante desta nova realidade político jurídica. No que toca especificamente ao direito penal, como aqui se faz, um modelo de ‘direito penal mínimo’ é prestigiar, antes, o espírito constitucional vigente, é prestigiar a liberdade em favor da dignidade da pessoa humana, supremo valor constitucional, somente se admitindo a não-liberdade, cujas formas mais incisivas são representadas pelos modos de atuação do direito penal, quando se associar, de forma inquestionável, a absoluta necessidade social à adequação dessa intervenção (princípio da proporcionalidade): *nulum crimen, nulla poena sine necessitate*.¹⁴⁸

O que se expôs até aqui comprova que a teoria do garantismo penal tem seus pilares em um direito penal mínimo, e a intervenção penal restaria autorizada a patamares estritamente necessários e definidos nas linhas mestras do Estado de direito.

p. 95.

¹⁴⁶ Outro ponto que merece destaque é a diferenciação da teoria da intervenção mínima do direito penal com a teoria do direito penal mínimo; aquela deslegitima o sistema penal e não se ocupa da sua futura legitimação; este tem como partida o processo de deslegitimação e se preocupa com a futura legitimação do sistema penal.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 101.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

2.4 Constitucionalismo Garantista (CG)

Nas primeiras páginas deste capítulo, contextualizou-se o surgimento da Democracia, do Estado e do Constitucionalismo moderno, destacando-se suas origens, seus conceitos e desdobramentos históricos, espelhados nas experiências liberais e sociais para a instituição de direitos.

Discorreram-se, também, aspectos que conformam a história e a experiência do constitucionalismo, até chegar a seu estágio contemporâneo, sob a égide do movimento histórico e, também, a proposição de um constitucionalismo garantista a partir da teoria de Luigi Ferrajoli.

Por essas razões, nesta subseção, justifica-se, em alguns momentos, a retomada, de certas teorias e ideias já discutidas.

Nesta subseção, aborda-se o Constitucionalismo Garantista, surgido na Itália, nos anos 1970, que se contrapõe, categoricamente, ao Constitucionalismo Principialista, porquanto este reaproxima direito e moral.

Sobejamente contemplado nesta investigação como um novo paradigma positivista sobre direito e democracia, que marcam este modelo, o Constitucionalismo garantista completa o padrão tradicional de positivismo jurídico, sistema que vincula e limita matérias à normatividade positiva. Mas, sobretudo, o Constitucionalismo garantista se destaca por ser uma atualização do paradigma positivista que completa o modelo tradicional de positivismo jurídico, denominado “paleo-jus-positivista” por Luigi Ferrajoli.¹⁴⁹

A despeito de o termo garantismo trazer à mente eventos históricos do século XVIII, ou fazer lembrar autores que viam o garantismo como um paradigma destinado a limitar o poder, sua inserção no meio jurídico é hodierna, consoante afirmativas de Luigi Ferrajoli em entrevista concedida à *Universidad Carlo III* de Madrid. Nela, o italiano declarou que

a palavra garantismo é nova no léxico jurídico. Ela foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal. Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito.¹⁵⁰

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁵⁰ FERRAJOLI *apud* TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jun. 2013.

Insta reiterar que a presença do vocábulo garantismo veio a ser consolidada no cenário jurídico mundial graças aos trabalhos e às obras escritas pelo jurista Luigi Ferrajoli, das quais se destaca a publicação do já mencionado e renomado livro *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, em 1989, no qual a intenção do jurista era, como é cediço, elaborar a teoria geral do garantismo, que viria de um modo ou de outro, a interferir no curso das funções do Direito Penal.

À semelhança da Colômbia, Argentina e do México, no Brasil, a importação do garantismo aconteceu ao longo dos anos de sua redemocratização, período em que se promulgaram novas Constituições que propugnavam o respeito aos direitos, sobretudo, aqueles no tocante às liberdades individuais e às garantias fundamentais dos cidadãos, confrontando, assim, os despotismos e as iniquidades do Estado.

Muitos autores postulam que, talvez existam diversos graus de garantismo, possibilidade que se torna quase tangível se se examinar a realidade do ordenamento jurídico do Brasil, porquanto, afinal, para nosso sistema jurídico, trata-se de “um modelo ideal de cuja realidade se pode mais ou menos aproximar”.¹⁵¹

Trata-se de um paradigma jurídico forjado para se garantir a segurança dos cidadãos. Busca o garantismo, acima de tudo, maior garantia dos princípios e direitos contemplados na Constituição, e, originalmente, é modelo normativo de Direito, principalmente do Direito Penal.

O Garantismo Penal postula um Estado democrático de direito, no qual o poder compulsoriamente se origina do ordenamento jurídico, principalmente da Carta Magna. Por esse motivo, ele também possui pressupostos essenciais: as garantias penais e processuais.

Atua como um instrumento, cujo escopo é, precipuamente, reduzir e controlar o poder punitivo do Estado e garantir, sob quaisquer prismas, a liberdade dos cidadãos, balizando e impedindo arbitrariedades do poder estatal.¹⁵²

Consoante Luigi Ferrajoli,¹⁵³ essa é a essência do que ele chama de “garantismo constitucional”, “o paleo-justapositivista” (expressão na qual *paleo* significa *antigo*), sendo sua principal característica a presença de uma constituição

¹⁵¹ FERRAJOLI *apud* TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jun. 2013.

¹⁵² FERRAJOLI *apud* TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jun. 2013.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 61.

inflexível.

Para o supracitado autor, o constitucionalismo é a orientação-paradigma que atualmente prevalece na teoria e na filosofia do Direito, porque, como é cediço, terminada a II Grande Guerra, os sistemas jurídicos sofreram alterações substanciais, e, na Europa Continental, advieram Constituições rígidas que possibilitaram a ampliação dos direitos fundamentais dos cidadãos e o conseqüente aumento do controle jurisdicional da constitucionalidade.¹⁵⁴

Nessa direção, Luigi Ferrajoli¹⁵⁵ explica que as supracitadas alterações introduziram nas condições de validade das leis, pelo paradigma constitucional, a previsão da dimensão substancial no conceito de democracia, trazendo em seu bojo as normas que determinavam proibidas quaisquer formas de violações à liberdade, direito garantido na Magna Carta. Nas duas citações a seguir, o autor complementa o tópico da mencionada dimensão substancial:

Esta mudança incidiu sobre a natureza das nossas democracias, tornando, a meu ver, inadequadas as tradicionais concepções puramente formais ou procedimentais da democracia enquanto conjunto de regras do jogo, independentes do (e indiferentes ao) conteúdo do jogo democrático. Isto, de fato, **introduziu na democracia uma dimensão substancial**, correspondente à dimensão substancial da validade das leis e delimitada pelos limites e vínculos jurídicos, de substância ou de conteúdo, impostos aos poderes políticos majoritários. Impôs, em resumo, o que podemos chamar de *esfera do não decidível*: aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode legitimamente deixar de decidir, isto é, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos.¹⁵⁶

[...] a dimensão substancial introduzida nas condições de validade das leis pelo paradigma constitucional modificou profundamente a estrutura do Estado de Direito. Não se tratou apenas da subordinação ao direito do próprio poder legislativo, mas também da subordinação da política a princípios e direitos estipulados nas Constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico. Tratou-se, portanto, de uma transformação e de uma integração, além das condições de validade do direito, também das fontes de legitimidade democrática dos sistemas políticos, vinculados e funcionalizados à garantia de tais princípios e direitos (grifo nosso).¹⁵⁷

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 61.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 11.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 11.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 61.

A referida dimensão substancial nas condições de validade do modelo Constitucional de Direito resume-se a quatro postulados:

- a) Princípio da Legalidade;
- b) Princípio da completude deôntica;
- c) Princípio da jurisdicionalidade;
- d) Princípio da acionalidade.

Esses postulados, também denominados garantias, dividem-se em dois grupos: garantias primárias e secundárias. As primárias são garantias da normatividade das constituições, a saber: o princípio da legalidade e o da completude deôntica.

O princípio da legalidade, dentro desse paradigma constitucional, assume, como princípio normativo, uma nova complexidade, por ser, ao mesmo tempo, princípio lógico. Esse princípio apregoa que

[...] onde quer que haja um poder “devem existir normas primárias, não apenas formais, mas também substanciais, que regulam seu exercício, submetendo-o aos limites e vínculos nos quais consistem as garantias correspondentes aos direitos e interesses constitucionalmente estabelecidos”.¹⁵⁸

Arremata, ainda, o autor:

O princípio da mera legalidade, por força da qual a lei é condicionante da validade de todos os atos prescritivos a ela subordinados, o constitucionalismo rígido acrescenta o *princípio da estrita legalidade*, por força da qual a própria lei, por sua vez, é condicionada, dependendo a sua validade da conformidade das suas formas e da coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substâncias, sobre a sua produção.¹⁵⁹

De igual forma, semelhante ao princípio da legalidade, o princípio da completude deôntica pertence ao primeiro grupo, e estabelece que

onde quer que existam direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos deveres correspondentes, como garantias

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 62.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 62.

primárias deles; isto significa a proibição de lesá-los e a obrigação de tutelá-los e de satisfazê-los, por parte das funções e instituições de garantias primárias, por sua vez, também separadas de qualquer outro poder.¹⁶⁰

Esse princípio, portanto, estabelece que quaisquer lacunas de ordem estrutural no ordenamento são indevidas. Por isso, tal incompletude deve ser sanada, uma vez que não é sem razão que o nome desse princípio é "completude deôntica".

Por sua vez, o princípio da jurisdicionalidade e o da acionabilidade pertencem ao segundo grupo de garantias, ou seja, às secundárias. O princípio da jurisdicionalidade

impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também deve existir, contra as suas possíveis violações, norma secundária que predisponham a intervenção de garantias secundárias ou jurisdicionais levadas a efeito por funções, instituições de garantias, secundárias, também estas separadas de qualquer outro poder.¹⁶¹

Em resumo, o supracitado princípio garante o controle jurisdicional da legalidade imerso em um controle jurisdicional constitucional.

Já o princípio da acionabilidade, quarto e último postulado, propugna que onde quer que exista uma jurisdição, deverá haver, como ulterior garantia secundária, a possibilidade de sua utilização pelo indivíduo que se sentir lesado, garantia de todos os outros direitos concretizados no direito de acesso à justiça. "Esse é o princípio geral do modelo garantista capaz de assegurar a efetividade dos outros três princípios - de jurisdicionalidade, de legalidade e de completude -, por intermédio da integração da ação privada com aquele confiado a um órgão público".¹⁶²

Para a teoria do Garantismo Penal, os princípios fundamentais previstos na Constituição/1988 vinculam o legislador e o aplicador da lei, condicionando todo o ordenamento jurídico.

No excerto em seguida, Luigi Ferrajoli disserta sobre o assunto.

O constitucionalismo é um modelo normativo de ordenamento produzido por uma mudança de paradigma, seja do direito, seja da democracia, graças a qual a validade das leis e a legitimidade da política são condicionadas ao respeitar a efetivação das garantias dos direitos estipulados na

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 63.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 64.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 66.

Constituição.¹⁶³

Para o garantismo penal, a produção das leis não deve apenas observar as formas de produção, mas, também, a produção de seus conteúdos materiais (dimensão substancial).

Nessa toada, Ferrajoli define o constitucionalismo brasileiro como constitucionalismo de terceira geração, devido aos complexos e articulados sistemas de garantias, sendo esse constitucionalismo um processo comum nas constituições atuais de países da América Latina, como o Brasil, Uruguai, Equador, Bolívia e República Dominicana, nascidos após o final das ditaduras militares radicais, marcando a terceira fase do constitucionalismo.¹⁶⁴

E ainda, o constitucionalismo garantista se caracteriza “essencialmente como um sistema de limites de vínculos e controles impostos a quaisquer poderes, para a garantia primária e secundária dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos”¹⁶⁵. E o CG surge nesse contexto para proteger não só as formas ou os procedimentos da democracia para a produção das leis, mas, também, para a proteção de seus conteúdos materiais.

Resta por óbvio que o Constitucionalismo Garantista, por negar o constitucionalismo ético e moral, não mistura Direito e Moral. Contudo, tal modelo normativo tem conhecimento de que há um fato, uma legislação anterior ao Direito e sobre o Direito e que ela é moral e política, e a respeita. Porém, isso não constitui razão plausível para se amalgamar Direito e Moral.

Que não se olvide, portanto, que validade e justiça não se confundem. Por essa razão, conste-se, também, que uma norma não é invalidada por ser injusta, porquanto, o plano normativo não se abala por aquilo que for justo ou injusto, uma vez que o critério para a invalidação da norma é estar ela ausente ou presente na Carta Magna. Obviamente, tendo isso em mente, o Juízo “Garantista” lança mão da Constituição independentemente de ser aquela norma injusta ou justa.

É nesse sentido que se afirma que não se deve mesclar a validade do Juízo, o

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 167.

dever ser, com a justiça dos Legisladores, o ser, nem justificar ou corrigir um possível erro dos legisladores com argumentos de ordem ético-moral, e, muito menos, utilizar-se de ponderações, porque, por vezes, elas vêm interpretadas “como um tipo de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno”.¹⁶⁶

Em assim sendo, a correção de possíveis antinomias jurídicas e o preenchimento de prováveis lacunas do Direito, para o Garantismo, não envolvem hermenêutica, razão pela qual não se devem esperar soluções por via do Poder Judiciário, mas da política legislativa.

Em síntese, não há que se rotular o garantismo penal de Luigi Ferrajoli como um paradigma que propõe, ou assume ser o delitoso *il favorito per sempre*. Verdade seja dita, o que ele almeja, através de sua doutrina, é a garantia de que serão respeitados todos os direitos fundamentais determinados pelas Cartas Magnas e que o poder punitivo do Estado seja limitado.

Neste capítulo, apresentaram-se e discutiram-se conceitos de termos fundamentais ao objeto de estudo desta pesquisa, e discorreram-se sobre os conteúdos de teorias, doutrinas em livros e artigos de autores pertinentes ao tema, e analisaram-se dados de documentos que subsidiaram esta investigação.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9., 2010, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2011. p. 95-113.

3 EXPANSIONISMO PENAL

Fenômeno pós-moderno-industrial-globalizado que se manifesta de maneiras diversas, como, por exemplo, pela flexibilização da imputação e do conceito de bem jurídico, o expansionismo penal constitui o cerne deste capítulo.

Fomentada pela globalização, cujos efeitos oscilam entre positivos e negativos, a tecnologia atingiria um progresso frenético e desmedido em seu desenvolvimento que se propagaria pelo planeta com uma velocidade incalculável. Tudo isso deu origem a um novo tipo de grupo social: a sociedade industrial-global do pós-Guerra Mundial.

Nesse sentido, este capítulo apontará as possíveis causas desse fenômeno, e analisará alguns critérios considerados fatores responsáveis pela veloz escalada punitivista. Procedendo a um recorte, nesta pesquisa abordar-se-ão também alguns movimentos, como o do Direito penal de emergência à luz da sociedade de risco, o do populismo penal, o da inflação legislativa e o da lei e ordem.

3.1 Critérios multiplicadores da expansão do direito penal

Como se sabe, a função precípua do Direito penal é a proteção de bens jurídicos relevantes, e, com o progresso da nova sociedade em vários níveis, resta por óbvio o surgimento de “novos interesses ou novas valorações de interesses preexistentes”,¹⁶⁷ como, por exemplo, os do meio ambiente, os da genética, os da informática, os da virtualização de condutas e os da economia. A consequência natural disso, reiterar-se, é a expansão do Direito penal que deve proteger esses novos interesses.

No que concerne às novas valorações de interesses preexistentes, é importante discorrer sobre esses interesses.

O sintagma novos interesses foi cunhado por Jesús-María Silva Sánchez, e, em comentário a ele, Felipe Azevedo Rodrigues afirma:

Os novos interesses foram consagrados nos ordenamentos jurídicos mais diversos, tal como estão presentes nos ordenamentos português, espanhol e

¹⁶⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

brasileiro, como os "direitos econômicos, sociais, e culturais, conforme a teorização de José Joaquim Gomes Canotilho.¹⁶⁸

Conforme a sistematização de Norberto Bobbio, a nova listagem de direitos e interesses se referem aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, em relação às quais o citado filósofo assim se expressa: “ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda e terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga”.¹⁶⁹

Esse constitui um panorama consentâneo a novas realidades, ou inexistentes em tempos passados, ou existentes, mas não com a mesma intensidade, à semelhança das disputas sobre tentar preservar a ordem econômico-financeira internacional, garantir um meio ambiente equilibrado ecologicamente e o patrimônio histórico-cultural, a despeito, conforme advertência de Bobbio sobre a heterogeneidade e o caráter vago desses novos difusos e coletivos interesses da sociedade contemporânea.¹⁷⁰

Isso posto, e diante do avanço e da expansão do Direito Penal, posta-se a questão de que não há que se indagar se a intervenção penal deve ou não ocorrer em determinadas matérias, mas, sim, como ela deve operar. Nesse sentido, verificar-se-á se a expansão do Direito penal é legítima.

Para atingir esse objetivo, há que se verificar se o próprio Estado Democrático de Direito observa os princípios fundamentais, principalmente o da legalidade e o da proporcionalidade, sempre visando ao Direito penal como *ultima ratio*. Disso se conclui que nem toda expansão penal será ilegítima, se ela estiver em obediência aos princípios delimitadores do Direito Penal, e sirva para proteger bens jurídicos com valores relevantes.

Corroborando essa conclusão, Jorge de Figueiredo Dias, defende o princípio da *ultima ratio* da intervenção penal, ao argumentar:

Decerto, de acordo logo com o bom princípio da ‘ultima ratio’ da intervenção penal, cabe um papel de primeira linha e fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controle das fontes dos mega-riscos que pesam sobre a humanidade. Mas isto é uma coisa que sem mais deve ser

¹⁶⁸ RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 142-143.

¹⁶⁹ BOBBIO *apud* RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 142-143.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del REY, 2014, p. 142-143.

reconhecida, outra diferente – e inadmissível – é esquecer que para tanto são indispensáveis, antes de tudo, normas de comportamento; e depois que estas, em si mesmas, não são suficientes, tornando-se em certos casos, nos mais graves, necessária a uma prevenção que se espere minimamente eficaz a punição criminal das suas violações. Em tais casos não vejo como possa pedir-se (e esperar-se de) meios não jurídicos de política social, como o hoje tão reclamado fomento das formas de autoproteção da vítima ou o apelo patético às forças autorreguladoras do mercado.¹⁷¹

Jorge de Figueiredo Dias, complementa, advogando que

a tutela dos novos grandes riscos típicos da ‘sociedade do risco’ deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do Direito Penal, para tanto, não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal.¹⁷²

Jesús-María Silva Sánchez, assevera:

Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual.¹⁷³

As mudanças às quais se refere Jesús-María Silva Sánchez desembocaram, como comentado no início deste capítulo, em uma nova realidade, em um novo tipo de sociedade, fruto do modelo desenvolvido após a Revolução Industrial, a denominada sociedade pós-industrial globalizada, a segunda modernidade e, ainda, a sociedade “de risco”.

A expressão “sociedade de risco” foi cunhada por Ulrich Beck em sua obra “Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade”.¹⁷⁴ Neste livro, o sociólogo alemão descreve a passagem da era moderna para a pós-modernidade, apontando

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-55, jan./mar. 2001.

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’ **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-55, jan./mar. 2001.

¹⁷³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 35

¹⁷⁴ *Risikogesellschaft*, original em alemão.

os nefastos impactos sociais e ambientais decorrentes de decisões impensadas tomadas pelos governos, por não levarem em conta os riscos inerentes.¹⁷⁵

Conforme Julia Silva Guivant, Ulrich Beck também discute em seu livro essa ruptura na modernidade que a distanciou da clássica modernidade, dando, então, o surgimento à referida sociedade de risco, e nesta expressão o termo risco implicando o acúmulo de riscos contra os quais não há como se fazer seguros, por não serem eles previsíveis ou calculados; riscos a que as sociedades globais se expõem, diante do desenfreado, desmedido e descuidado uso de agrotóxicos e da energia nuclear. Por isso, esses riscos alojam-se no terreno da incerteza. Terrorismo, ecologia, finanças, forças armadas, bioquímica, informatização, crime organizado e os crimes contra a humanidade são outras áreas de risco que Beck aponta em seu estudo. Todos eles, incontestavelmente, garantem suas presenças no mundo atual. Não obstante, o sociólogo alemão empregou o termo risco não com o sentido de catástrofe iminente, mas com o de antecipação dela.¹⁷⁶

Consoante Ulrich Beck, a causa dos problemas graves que acometeram a nova sociedade pós-industrial teriam sido trazidos e incrementados pelo progresso na economia e o avanço extraordinário da tecnologia nos últimos tempos.¹⁷⁷

Complementando o pensamento de Ulrich Beck, Jesús-María Silva Sánchez pondera que “a sociedade pós-industrial, além da “sociedade de risco” tecnológico e ambiental, é uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem para sua caracterização como uma sociedade de “objetiva insegurança”.¹⁷⁸ Esclarece que a nova configuração social delinea uma dimensão subjetiva e sob essa visão, a sociedade teria outra definição mais clara, a de sociedade de “insegurança sentida”, cujo produto é a sociedade (do) medo. E, certamente, “um dos traços mais significativos da sociedade da era pós-social é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma nova forma especialmente aguda de viver os riscos”.¹⁷⁹

¹⁷⁵ GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo v. XIX, n. 1, p. 229-240, jan./mar. 2016.

¹⁷⁶ GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo v. XIX, n. 1, p. 229-240, jan./mar. 2016.

¹⁷⁷ GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo v. XIX, n. 1, p. 229-240, jan./mar. 2016.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora

Vale acrescentar que, nos últimos anos, o que agrava essa sensação de insegurança é o generalizado aumento do índice de violência no mundo onde muitas pessoas foram e são assassinadas, o que tornou o homicídio a causa mais prevalecente de morte violenta, com números de mortos que chegam a suplantar até os das guerras.

Nessa direção, um novo estudo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC),¹⁸⁰ baseado em seu conjunto de dados de Estatísticas de Homicídios de 2019, no informe *Homicídio mata mais do que conflitos armados*,¹⁸¹ revela que, em todo o mundo, o número de mortes causadas por homicídios violentos aumentou de 395.542 de 1992, para 464.000 em 2017.

Esse cenário, naquele ano, se tornou ainda mais grave no continente americano, o mais violento do globo, consoante a UNODC, que informa que 37% das mortes globais ocorreram na América, e esta seguida bem de perto pela África, com pouco mais de um terço (35%) do total das mortes. A Ásia, a despeito de sua superpopulação, representou menos de um quarto do total (23%). A Europa (4,7%) e a Oceania (0,2%), continentes que, de longe, apresentaram os menores índices de ocorrências de mortes.¹⁸²

Em síntese, em números absolutos, a Nigéria e o Brasil, que juntos representam cerca de 5% da população mundial, foram os responsáveis por 28% dos homicídios globais. Assim sendo, o Brasil, lamentavelmente, em 2017, era um dos países mais violentos do continente e do mundo, com uma taxa de 30,5 homicídios a cada 100 mil habitantes,¹⁸³ porcentagem que inclui, sobretudo, os indivíduos das camadas mais vulneráveis da sociedade.

Essa situação que a todos aflige, ocorreu, na maioria das vezes, devido à ausência de políticas públicas, e, também, por sua população diariamente acompanhar o desenrolar desses crimes pela mídia e, de certa forma, se influenciarem, mesmo estando conscientes de que a criminalidade não é vivida de

Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

¹⁸⁰ NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Drogas e Crime. **Estudo global sobre homicídio**. Vienna: UNODC, 2019.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil Search. **Homicídio mata mais do que conflitos armados, diz novo estudo do UNODC**. Viena: UNODC, 2019.

¹⁸² NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Drogas e Crime. **Estudo global sobre homicídio**. Vienna: UNODC, 2019.

¹⁸³ NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Drogas e Crime. **Estudo global sobre homicídio**. Vienna: UNODC, 2019.

forma igual por todos. Na verdade, hoje em dia, não se ter notícia dessa criminalidade é quase impossível, porquanto, novelas, séries de TV, jornais e outros meios de comunicação a veiculam massivamente, mormente por terem se apercebido de que noticiar violência e tragédias gera lucros vultosos às empresas de segurança, à imprensa e aos referidos meios de comunicação. Essa massificação de notícias sobre criminalidade acaba por levar a opinião pública à exaustão, e faz com que os cidadãos passem a exigir uma postura mais decisiva e concludente do Estado.

Nessa toada, Jesús-María Silva Sánchez, disserta sobre a relação entre a mídia e a sociedade de perigo. Leciona ele que

[...] é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos *meios de comunicação*. Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da “*sociedade da informação*”, e no seio de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas, e, em outros, pelo menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com o qual se examina (sic) determinadas notícias, atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo.¹⁸⁴

Como mencionado, desse processo participam os meios de comunicação¹⁸⁵ e, também, “as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens oblíquas da realidade, que contribuem para a difusão da sensação de insegurança”.¹⁸⁶

Nesse diapasão, porém, Sánchez afirma que seria “ingenuidade pensar que o medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação ou pelas instituições

¹⁸⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47-48.

¹⁸⁵ “Os meios de comunicação, que são um instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltosos [...] os assassinatos de crianças se convertem em acontecimentos nacionais para uma opinião pública fascinada pela morte e a transgressão. Sua exasperação pelos meios acabará por fazer crer ao cidadão menos avisado que esse tipo de crime é frequente, o que não é o caso. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 94;99.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

públicas. É, ao contrário, mais razoável a hipótese de que eles, em todo o caso, reforçam e estabilizam medos já existentes”.¹⁸⁷

Não se está, pois, negando a existência da violência; ela existe e é latente. O que se teme é que, em nome dessa sociedade do perigo, “a segurança se converta em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o direito Penal, devem oferecer uma resposta”.¹⁸⁸ E, na maioria das vezes, essa resposta se configura apenas em legislações emergenciais que em nada diminuem ou resolvem o problema da segurança.

Prova disso é o cada vez mais crescente aumento da criminalidade e, simultaneamente a criação de novas legislações sancionadoras, sem que a recíproca seja verdadeira, porquanto, em contrapartida, não há diminuição dessa violência. Dito de outra forma, não se nega o problema (aumento da violência); ele aí está; apenas se discorda da frágil solução proposta, que não se apresenta no Direito penal que, como se sabe, deve ser a *ultima*, e não a *prima ratio*.

Essa escalada da criminalidade, nas palavras de André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade está associada

com os constantes avanços tecnológicos, científicos e econômicos que propiciam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém, também trazem aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança.¹⁸⁹

Tais considerações remetem à sociedade pós-industrial e de risco mencionada anteriormente, aquela a que se referiu Ulrich Beck.

Nesse sentido, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara arremata:

[...] nesse contexto de maior vulnerabilidade, verifica-se uma tendência de elevada sensibilidade ao risco, isto é, a vivência subjetiva dos riscos acaba por se revelar claramente superior à sua própria existência objetiva. Referida sensação de insegurança, potencializada pelos meios de comunicação,

¹⁸⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

¹⁸⁹ CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 115-140, 2020, p. 18.

converte-se, então, em uma pretensão social a que o Estado, por meio do Direito Penal, deve fornecer resposta.¹⁹⁰

Importante ressaltar que, na supracitada sociedade pós-industrial globalizada, por trazer realidades e necessidades novas que, se intituladas bens jurídicos, podem acertadamente ou não, almejar proteção penal, criam-se novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difusos,¹⁹¹ sendo eles um apenas, entre outros, dos possíveis responsáveis pelo processo de expansão do Direito Penal.

Nessa direção, a tutela penal caminha para a centralidade da proteção à supraindividualidade, em tendente administrativização da intervenção penal, especialmente pela expansão de normas penais em face do direito administrativo sancionador.

Conforme definem Luciano Santos Lopes e Ticiane Moraes Franco,¹⁹² a intervenção penal “expande-se, de modo a abarcar questões relacionadas não só ao indivíduo, mas também à segurança e ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade pós-industrial”. Portanto essa sociedade de risco implica o estabelecimento de uma relação oposta entre garantias e efetividade, o que se expressa por meio do Direito penal de emergência, pela austeridade e rigidez das leis e pelas medidas punitivas, que, ainda que de forma simbólica, são imprescindíveis, porque aumentam a sensação de segurança dos cidadãos.

Nesses termos, Jesús-María Silva Sánchez explica que

não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar-se as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídica-política na instância estatal.¹⁹³

¹⁹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 p. 411-436, jan./dez. 2008.

¹⁹¹ CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 115-140, 2020, p. 115

¹⁹² LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

¹⁹³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na**

Adicionalmente, ainda em relação à situação do atual estágio do Direito penal brasileiro, face às mudanças na nova sociedade, escreve Luís Antônio Chaves Camargo:

A complexidade social fez surgir uma série de fatos e comportamentos até então não previstos pelo legislador penal, o que obrigou à produção de uma legislação extrapenal capaz de fazer frente a esta criminalidade, apenas como um simbolismo, uma resposta do Direito Penal à sociedade, ansiosa por medidas que diminuam os crimes modernos. É o caso da lei dos crimes hediondos, lei do meio ambiente, sistema financeiro etc. Não conseguiu dar validade a estas normas, porque o Direito Penal brasileiro ainda se apegava ao positivismo jurídico kantiano, o que o impede de um desenvolvimento para acompanhar a ciência penal no mundo moderno.¹⁹⁴

Complementando esse raciocínio, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara leciona que

a esse Direito decorrente da pretensa resposta imediata do Estado à demanda social de segurança podemos chamar de Direito Penal de Emergência, caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança.¹⁹⁵

Nesse sentido, a mesma autora dispõe sobre o Direito penal

Consideramos, então, como missão do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos. Subsidiária na medida em que a intervenção penal deve ser apenas a última dentre todas as medidas protetoras a ser considerada, o que vale dizer, apenas poderá intervir quando falharem todos os demais meios de solução social do conflito, formais ou informais. Por isso, a sanção penal é denominada a última ratio da política social. De outro lado, é de se ressaltar o caráter fragmentário da proteção penal, intimamente ligado ao conteúdo dos bens jurídico-penais, apontando justamente o fato de que, dada a gravidade das consequências penais, não é possível utilizar tal controle sempre, senão diante de casos bastante específicos, de significação relevante na vida social.¹⁹⁶

sociedade pós-industriais. 3. Ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

¹⁹⁴ CAMARGO, Luís Antônio Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 87.

¹⁹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 p. 411-436, jan./dez. 2008.

¹⁹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 p. 411-436, jan./dez. 2008.

Conforme o eminente jurista italiano Luigi Ferrajoli, a legislação de emergência tem origem na Itália. Ele ensina que as grandes modificações estruturais promovidas em seu sistema de justiça, a partir da década de 1970, tinham como fim primordial o combate ao terrorismo e ao crime organizado.¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

Ainda sobre o mesmo tópico, descreve o supracitado autor:

A legislação de emergência, erigiu, progressivamente, um sistema punitivo especial, de caráter não penal, mas substancialmente administrativo. A propósito, passemos ao amplo leque de sanções extra, ante ou *ultra delictum* e extra, ante ou *ultra iudicium*, representado pelas medidas de segurança, medidas de prevenção, de ordem pública e cautelares de polícia, por meio das quais funções substancialmente judiciárias e punitivas são confiadas a órgãos policiais, ou de qualquer modo exercitadas em formas discricionárias ou administrativas.¹⁹⁹

Em relação ao exposto até esse ponto sobre o Expansionismo Jurídico Penal na Sociedade de Risco, vale citar Henrique Abi-Ackel Torres que resume bem a questão:

A expansão do Direito Penal é uma realidade manifesta em nossa sociedade como fenômeno determinante da resposta do Estado às demandas de segurança do cidadão, já que a própria sociedade atual (chamada sociedade de risco, como já vimos) sofre o incremento da criminalidade e a aparição de novos riscos inerentes à própria modernidade. Isso leva a uma tensão com as garantias próprias do Direito penal, e já não se trata mais de proteger bens jurídicos clássicos, mas de estender a proteção a novos interesses, em geral coletivos, que surgiram com o desenvolvimento da sociedade. Trata-se justamente de uma postura que aceita a sociedade do risco como uma realidade atual.²⁰⁰

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 620

¹⁹⁸ Essa legislação de emergência consistiu na criação e reforma das leis penais da Itália. O autor fornece alguns exemplos dessa legislação. “E de 11.04.1974 o Decreto-lei 99, que duplicou os tempos máximos de encarceramento preventivo para os últimos graus de jurisdição, elevando-os, nos delitos mais graves, a até 8 anos (art. 1, parágrafo 5.º, n. 3). Segue-se a Lei Reale 152, de 22.05.1975, que introduziu a proibição da liberdade provisória para numerosos delitos (art. 1) e ampliou as hipóteses de prisão temporária judiciária por força de atividade de polícia (art. 3). Depois, a extensão operada pelo art. 1 do Decreto-lei 151, de 30.04.1977, referente às hipóteses de suspensão do decurso dos termos nos casos de reenvio devidos a impedimentos pelo imputado. Depois para os crimes de terrorismo, o prolongamento de um terço de todos os termos precedentes - até o máximo de 10 anos e 8 meses - compreendido nos arts. 10 e 11 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 620.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 620.

²⁰⁰ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 178-179.

Portanto, o uso do Direito penal de emergência nessa nova sociedade pós-industrial globalizada em nada contribui para a solução de problemas criminais, apenas os desloca para o plano simbólico, infringindo princípios e garantias constitucionais e tranquilizando a opinião pública, através dos meios de comunicação, a qual se sente representada pela simbologia do Direito penal no combate à violência.

O segundo critério que se considera ser preponderante para esse processo de expansão penal é o populismo penal. Dentre os estudiosos do tema destaca-se seu pioneiro, o criminólogo britânico Anthony Bottoms, responsável por criar e disseminar esse conceito.

Nesse sentido, para Ricardo Jacobsen Gloeckner e Marcelo Butelli Ramos,²⁰¹ Bottoms foi o primeiro teórico a prescrever “a possibilidade de se estabelecer um ponto analítico de convergência entre o fenômeno populista e o fenômeno de expansão da normatividade jurídico-penal”.

Descrito por Anthony Bottoms como “movimento principal do pensamento” (*main movement of thought*), a punitividade populista (*populist punitiveness*) apontaria uma peculiaridade característica da conduta de agentes políticos cujo desejo é obter alguma vantagem eleitoral, através da produção, ou da

indução de reformas legislativas inspiradas em teses como as seguintes: (i) o incremento das sanções de caráter penal produz, imediata e automaticamente, uma redução significativa nos indicadores da criminalidade (prevenção social negativa); (ii) a pena, per se, reforça determinados consensos morais essenciais para a manutenção da vida em sociedade (prevenção social positiva).²⁰²

Em comentário ao supracitado britânico Anthony Bottoms, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Marcelo Butelli Ramos afirmam:

Apresentado pelo autor como uma espécie de estratégia política escuso voltado unicamente à manipulação da opinião pública, o populismo punitivo destacar-se-ia, nesse contexto, como uma manifestação concreta da retórica manejada por políticos profissionais que procuram realizar, de forma cínica e oportunista, um conjunto de reformas penais com o intuito de ganhar votos ao invés de reduzir, de forma efetiva, a conflitividade social.²⁰³

²⁰¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2, n. 3, p. 248, 2017, 253-254.

²⁰² BOTTOMS *apud* GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. CSOnline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 5, n. 12, abr./jul. 2011, p. 39.

²⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre**

Na trilha do pensamento de Anthony Bottoms, André Moysés Gaio observa que

o populismo penal deve ser caracterizado pela conjunção de três principais transformações doutrinárias que legitimam novos tipos de sentenças encontradas em vários países: um modelo de punição que reivindica que o objetivo deve ser encontrar uma punição proporcional ao crime cometido (*just deserts model*), o que significaria o abandono das questões relativas aos direitos humanos, a criação de um sistema baseado na gerência dos riscos e a inclusão da comunidade como uma peça decisiva no combate ao crime. A primeira transformação levou a uma explosão da população carcerária e um aumento da severidade das penas, uma relegitimação das prisões e o fim dos direitos humanos para os réus condenados; a segunda transformação se relaciona à criação de métodos para tornar o sistema criminal mais eficiente, com baixo custo, envolvendo várias agências em processo de cooperação e a produção frenética de estatísticas (para parecer que há neutralidade) visando a reconhecer indivíduos perigosos e áreas de risco. Bottoms afirma que tal estratégia visa também dar uma resposta às vítimas de crimes, mostrando que as agências governamentais se preocupam em evitar que novos crimes ocorram, diminuindo, portanto, um potencial aumento de vítimas; a terceira transformação traz duas considerações: ao mesmo tempo em que a comunidade deve participar da guerra ao crime, ela se caracteriza por ser instável e incapaz de se regular (a comunidade) e por isso, as alternativas de cumprimento de penas na comunidade são cada vez mais restritas, preferindo o sistema a incapacitar o indivíduo perigoso, evitando soltá-lo, alongando as suas penas.²⁰⁴

E ainda André Moysés Gaio explica que “o populismo penal obedeceria a um senso comum anti-intelectual contra o sistema criminal vigente, e a mobilização emocional seria mais importante do que estatísticas que provariam a eficácia e a eficiência do sistema criminal”.²⁰⁵ Por sua vez, Luís Wanderley Gozoto afirma que “denomina-se populista todo o movimento ou toda a doutrina que faz apelo de maneira exclusiva ao povo ou às massas”.²⁰⁶

Em assim sendo, nunca é demais lembrar que, para o populismo penal, a participação da força mediática juntamente com a demanda popular é fundamental, para criação de leis cuja ineficácia já é sobejamente conhecida. Nesse sentido, o legislador se aproveita de acontecimentos, tragédias e crimes do cotidiano para legislar. Tal ocorrência é bastante comum, sendo que, na maioria dos casos, os nomes

o Delito, v. 2, n. 3, p. 248, 2017, 253-254.

²⁰⁴ GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. **CSOnline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ano 5, n. 12, abr./jul. 2011, p. 20.

²⁰⁵ GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. **CSOnline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ano 5, n. 12, abr./jul. 2011, p. 22.

²⁰⁶ GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo**: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. 2010. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 68.

dos cidadãos envolvidos nesses eventos criminais são utilizados para batizar as legislações criadas, reforçando o seu plano no caminho da simbologia.

Nesse sentido, André Moysés Gaio advoga que, no populismo penal, dar às leis o nome das vítimas traria autenticidade e validade para a elaboração de políticas para o controle do crime. Nessa trilha, várias leis norte-americanas feitas sob a égide do populismo penal recebem os nomes das vítimas dos crimes. Exemplo disso, é o caso da Lei Megan, de âmbito federal, que aumenta as penas para o estupro, promulgada em referência à morte de Megan Kanka, de cinco anos, estuprada e assassinada por um tarado que vivia nas ruas de Nova York.²⁰⁷

Nesse diapasão, verificam-se semelhanças entre a lei no Direito norte-americano e no brasileiro. O teor e a motivação da lei supracitada, promulgada nos EUA, assemelham-se às seguintes leis brasileiras: Lei Daniella Perez (nº 8.930, de 06 de setembro de 1994),²⁰⁸ Lei Maria da Penha (nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)²⁰⁹ e a Lei Carolina Dieckmann (12.737/2012, 30 de novembro de 2012).²¹⁰

É fato que a legislação deve ser atual e expressar os anseios da população. O que se constata, entretanto, é que, na maioria das vezes, os legisladores não estão preocupados com uma legislação que, de fato, seja eficaz e resolva o problema da violência. Reiteradas vezes, apenas ocorrem nas leis substituição de palavras, reedição de legislações passadas, legislações que preveem aumento de penas e diminuição de garantias. Tal fato ameniza o anseio popular, porque os cidadãos se sentem protegidos por um agrupamento considerável de legislações.

²⁰⁷ GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. **CSONline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ano 5, n. 12, abr./jul. 2011, p. 22.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; [...] Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012.

Ainda sobre esse assunto, valem as palavras de David Garland:

A tendência populista na política criminal contemporânea é, em certa medida, uma postura ou tática política adotada para lograr vantagem eleitoral a curto prazo. Como tal, pode ser revertida rapidamente se as iniciativas “populares” deixam de coincidir com os cálculos do benefício político. Porém, devemos ser conscientes de que este momento populista esteve acompanhado por uma renovação das ferramentas dos mecanismos da ação política neste campo, um câmbio que terá consequências duradouras, no modo em que se faz política e na capacidade dos políticos para dar forma às práticas da justiça penal. Com aparição da condenação mínima obrigatória e outros instrumentos para orientar detalhadamente a tomada de decisões penais - como guias para as condenações, “verdade na condenação”, normas nacionais para a liberdade condicional e o serviço comunitário, indicadores de cumprimento de obrigações nas prisões e etc.-, as legislaturas e os ministros alcançaram meios mais diretos e com menos limitação para obter resultados práticos. Na área dos esquemas, os programas legais e administrativos agora vigentes reduzem significativamente a capacidade de tomada de decisões por parte dos profissionais e a revisão discricionária das condenações e delinquentes. Como diria Nils Christie, existe um sistema de distribuição de dor mais eficiente, com menos obstáculos entre o processo político e a irrogação de castigos individuais. As demandas públicas de maior castigo se traduzem agora mais fácil e instantaneamente no incremento das penalidades e em períodos de encarceramentos mais longos.²¹¹

O populismo penal ocorre nas três esferas de poder, mas tem maior visibilidade no poder legislativo, o chamado populismo penal legislativo, embora não se possa afirmar que os outros dois poderes não se apropriem desse movimento, tomem decisões ou apliquem legislações populistas. Como exemplo disso, cite-se o judiciário, poder constitucionalmente constituído para aplicar as sanções penais. Portanto, ao aplicar uma lei advinda de um processo legislativo populista, esse poder corroborará esse processo.

Ainda no poder judiciário, pode-se falar sobre a judicialização da política, “a expansão dos tentáculos do judiciário para decisões habitualmente de competências de outros poderes”,²¹² que, quando ocorrem, em alguns casos, não ficam isentas de teor populista.

Nessa direção, destaquem-se passagens em que Luís Roberto Barroso,²¹³ ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), defende a ideia de uma supremacia judicial no sistema representativo, função precípua do poder legislativo. Se o poder

²¹¹ GARLAND, David. **La cultura del control**. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 283.

²¹² SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 67.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016.

judiciário informa que vai ouvir a vontade do povo, já se anteveem aí vestígios de movimento populista. Porém, sua função precípua é ser majoritário na proteção de garantias individuais, mesmo na contramão da vontade popular, o que, na maioria das vezes, pode deflagrar um movimento populista.

Afirma o supracitado magistrado que, hoje, vive-se um cenário político no qual, em certas circunstâncias, vereadores, senadores e deputados são menos representativos do povo e de suas demandas do que os tribunais e juízes. Isso significaria que a sociedade confia mais nos juízes do que nos seus representantes eleitos democraticamente.²¹⁴ Esses enunciados do eminente magistrado, perigosos em nosso entender, podem veicular um entendimento de sugestão para mudança da forma de governo vigente, cujo poder passaria para as mãos do Judiciário, uma afronta à CRFB/1988 e à divisão tripartite do poder.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso pondera que

[...] o acesso à (sic) uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos empresariais. Esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor ou com mais independência a vontade da sociedade.²¹⁵

Tratando do populismo penal, Luiz Flávio Gomes e Luís Wanderley Gazoto, em trabalho dedicado à concepção de uma teoria geral sobre o populismo punitivo, analisaram as razões que determinaram a consolidação de uma tendência de exacerbação da legislação penal no Brasil, nas últimas décadas. Para isso, analisaram 161 leis penais, de 1940 a setembro de 2019, e projetos de leis tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal. Dessas análises, destacam-se alguns pontos parafraseados, a seguir:

- a) “as exposições de motivos dos projetos de lei quase sempre trazem como argumento a necessidade de repressão, sem, todavia, apresentar dados empíricos que possam sustentar suas posições.”
- b) O apelo “exagerado, puramente retórico, do valor ético-moral da proteção

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016.

estatal aos interesses” em questão, mas sem referência alguma a critérios de proporcionalidade.

- c) Os parlamentares, muitas vezes, “deixam expresso que suas preocupações decorrem de leituras de jornais” e dos argumentos influenciáveis da mídia. Em geral, legisla-se a partir de alguns emergencialismos. Foi assim que nasceu a lei de crimes hediondos, depois de uma onda de sequestros.
- d) Prática comum da criação de medidas extrapenais meramente programáticas, em projetos envolvendo o tema proteção de menores, mulheres, idosos e minorias, “mais que, concretamente, aumentam penas e incidência de aplicação de leis penais”. Tais projetos apresentam “como autores indiretos entidades e associações representativas de interesses desses segmentos sociais”.
- e) Maior focalização nos crimes praticados na direção de veículo automotor – “mormente a embriaguez, bem como nos de pedofilia, corrupção e infrações de menores, fatos sempre” recorrentes no país, mas com forte presença na mídia, nos últimos anos.
- f) “As representações, influências e tendências ao rigor penal são encontradas, em um mesmo grau de intensidade, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como em todos os principais partidos políticos.”
- g) Muitos “projetos penalizantes são de autoria de parlamentares” cujas profissões são atreladas à “repressão criminal: policiais civis e militares e membros do Ministério Público”.²¹⁶

A famigerada lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990)²¹⁷ e a lei de tóxico (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)²¹⁸ são frutos do populismo penal pós-democratização, ou seja, após a promulgação da CRFB/1988. Ambas as legislações nasceram com marcas evidentes de inconstitucionalidade, o que foi reconhecido ao longo tempo e comprova que o populismo penal está vivo no ambiente

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luíz Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 20-21.

²¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

²¹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

democrático. Têm em comum o fato de serem legislações aprovadas por parlamentares democraticamente eleitos.

Henrique Abi-Ackel Torres chama atenção para o sucesso do populismo penal em nossa região, marcado pelo processo comum a alguns países que sobreviveram a períodos de ditaduras militares.

O êxito dos populismos, como os movimentos político latino-americanos, se deve, em boa medida, à capacidade de criar identidades dentro das massas. A população latino-americana é completamente heterogênea, formada por gente de origens distintas, possuindo classes sociais muitas vezes com uma enorme diferença cultural e econômica. Os líderes através de sua retórica, e do seu carisma - que invocam mitos -, puderam gerar “espaços e identidades” e falar justamente o que as massas queriam escutar.²¹⁹

No Brasil, o populismo penal é latente. Provas disso são a propaganda eleitoral e os debates políticos que comprovam o quanto é forte a presença desse movimento. Portanto, a população, que não se sente atendida pelas políticas públicas, se vê representada nos discursos populistas, como o armamentista, por exemplo. Verifique-se, também, que esse movimento não pertence a partidos políticos, não tem idade, classe social ou sexo, e seus adeptos são a grande parte da população que acredita no discurso populista, que se resume, simplesmente, a um conjunto de práticas e discursos de apoio ao poder punitivo.

Consoante Alessandro Baratta

os modelos populistas normalmente estão vinculados a um líder carismático. Os sistemas penais populistas, porém, são edificados a partir da confluência de inúmeras ‘lideranças carismáticas’ no melhor estilo ‘empresários morais’: âncoras autoritários de programas de grande audiência (agência de comunicação social); parlamentares *law and order* e gestores caudilhescos (agência legislativa e executiva); policiais inquisidores, promotores ‘tolerância zero’ e juízes decisionistas (agências policial e judicial).²²⁰

E ainda, no dizer de Alessandro Baratta, o populismo punitivo “é baseado no *marketing* da pena, produto cultural de alto consumo nas sociedades contemporâneas (sociedades punitivistas) com profunda capacidade de naturalizar a violência bruta do sistema penal”.²²¹

²¹⁹ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 268-269.

²²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 642.

²²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do**

Nessa esteira, Claus Roxin adverte sobre os efeitos do populismo penal no plano do Direito penal simbólico,

[...] que não geram, primeiramente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se através de leis previsivelmente ineficazes, impressão de que se está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.²²²

Sintetizando o exposto até este ponto, elencamos sete traços que Henrique Abi-Ackel Torres aponta como característicos do populismo punitivo:

- a) a crença de que todos os males da insegurança podem ser resolvidos com leis mais duras;
- b) a análise técnica na produção normativa deixa de ser fundamentada para dar lugar à improvisação frente ao caso concreto;
- c) a flexibilização e relativização de direitos e garantias fundamentais;
- d) mudança de lógica no discurso para uma lógica polarizada sobre conflitos, e uma crítica para desconstruir os discursos dissonantes, de cunho tradicional, tanto no universo acadêmico como no universo doutrinário;
- e) a utilização do medo como paradigma no discurso para manter o terror ao delito como pauta social;
- f) a inobservância dos princípios limitadores do direito penal;
- g) a submissão ao clamor criado pelos meios de comunicação.²²³

O terceiro movimento escolhido para análise como causa da expansão penal, ao qual o jurista italiano Francesco Canelutti denomina²²⁴ "inflação legislativa", complementa o movimento do populismo penal, também responsável pela crescente elevação do número de leis na sociedade brasileira.

direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 642.

²²² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012, p. 47.

²²³ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 202-203.

²²⁴ CARNÉLUTTI, Francesco. **Crise da arte e crise do direito**. Tradução e notas de João Baptista Villela. Belo Horizonte: Kriterion, 1973.

Nas palavras de Giovani Clark,²²⁵ a “profusão legislativa tornou-se um problema nos países subdesenvolvidos, especialmente pela carência de soluções para seus graves problemas e pela alienação de seus legisladores à realidade com que se defrontam”.

Prossegue o autor, esclarecendo que

dois pontos cruciais se nos apresentam: o excesso de leis que não são obedecidas e, por vezes, nem mesmo postas a funcionar; e a atitude dos profissionais do direito, os seus operadores, distantes da realidade e indiferentes a comprovar a eficácia das mesmas.²²⁶

Ainda nas palavras de Giovani Clark:

A classe dominante brasileira e os governos nacionais, durante anos, vêm embalando os sonhos do nosso oceano de miseráveis e das dilaceradas classes média e trabalhadora, através de seus aparelhos de divulgação, propagando a miragem de uma sociedade justa, bem como do desenvolvimento econômico. Para tanto, em regra, basta se ativar, assiduamente, a milagrosa fórmula de mutação ou de criação de leis, a fim de que a magia da transformação socioeconômica se realize no futuro. “Sugere-se” que um dos grandes vilões da caótica realidade brasileira seja, supostamente, a legislação existente.²²⁷

Na sequência de seu raciocínio, Giovani Clark explica que

[...] a fantasia da alteração das estruturas sociais seria executada por intermédio da revogação total ou parcial das normas legais, seja criando novas, seja dando roupagem jurídica a matérias ainda não versadas por aquelas. Também não é pouco frequente a produção de novas normas jurídicas sem a ab-rogação ou derrogação das anteriores, estabelecendo-se o convívio anárquico e complementar entre elas. Contudo, em um passo de mágica, a nova legislação, como a antiga, cai no descrédito popular, invariavelmente, por não se tornar eficaz em virtude dos interesses dos “donos do poder”.²²⁸

Deveras, o número elevado de legislações no Brasil amedronta qualquer pessoa, sendo impossível até aos próprios operadores do Direito terem conhecimento de todas elas. O legislador percebeu que criar leis severas é

²²⁵ CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004, p. 175.

²²⁶ CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004, p. 175.

²²⁷ CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004, p. 175.

²²⁸ CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004, p. 176.

procedimento eficiente, no sentido de se angariar apoio popular, já que o processo de criação de leis não depende de investimento, além do fato de se saber que, na maioria dos casos, as leis não serão implementadas.

Ao contrário das legislações, decisões garantistas não são aprovadas por falta de apoio popular e, em raras vezes, quando aprovadas, não são implementadas sob a alegação do forte impacto financeiro.

Evidência disso é um trecho da decisão liminar do presidente do STF, o ministro Luiz Fux, que decidiu suspender a implementação do juiz das garantias até que a decisão seja referendada no Plenário da Corte, sob um dos vários argumentos, o financeiro. Escreveu o Ministro:

O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.²²⁹

Em comentário ao excesso de leis, a denominada inflação legislativa, Francesco Carnelutti expõe:

A crise do direito não é apenas, mas é principalmente crise da lei; e a crise da lei decorre de um fenômeno de inflação. O mecanismo do direito sofre de uma hipertensão cada dia mais grave. O comandado deve obedecer sem saber efetivamente o que lhe é comandado.²³⁰

Impende ressaltar que o movimento da inflação legislativa, que dá vida ao movimento do populismo penal, precisa deste para acontecer. Portanto, a inflação legislativa sem o movimento populista seria o avanço legítimo do direito, e, no caso investigado nesta dissertação, a expansão legítima do direito penal.

A inflação legislativa, como o próprio nome deixa antever, é um movimento do poder legislativo no âmbito da função legiferante. Há, porém, situações em que os outros poderes, ao exercerem funções atípicas, e que não são de sua alçada, interferem e se apossam da função típica e própria do poder legislativo. Essa referida interferência, ultimamente, e reiteradas vezes, vem ocorrendo, quando o judiciário

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 jan. 2020.

²³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Crise da arte e crise do direito**. Tradução e notas de João Baptista Villela. Belo Horizonte: Kriterion, 1973, p. 278.

legisla ou administra, o legislativo julga e administra e o executivo legisla e julga, em flagrante desobediência ao modelo tripartite que atribui a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções Legislativa, Executiva e Judiciária previstas, como se sabe, no art. 2 da CRFB/1988, que determina: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E esses poderes não se eximem de inflacionar o sistema de legislações vigentes.

Retomando a argumentação do início desta subseção, o Direito penal deve proteger bens jurídicos com valores relevantes. E é nesse sentido que Claus Roxin aponta nove limites ao legislador, em que não se identifica a intervenção penal fundada em bens jurídicos.

- a) “Primeiro, são as normas exclusivamente motivadas ou fundadas ideologicamente em violações a direitos fundamentais”. Claus Roxin exemplifica: “a punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a raças distintas atentariam contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente”.²³¹

Esses dois exemplos são contemplados na Constituição alemã e reconhecidos internacionalmente; assim, o legislador se vê obrigado a obedecê-las.²³² Todavia, não raro, surgem projetos inconstitucionais que atentam contra os Direitos Fundamentais. Prova disso é a interminável discussão sobre a cruel pena capital ou o encarceramento perpétuo, cujo pedido de aprovação se pode ler ou ouvir várias vezes e em muitos discursos.

Na sequência, e retomando a obra de Claus Roxin, expõe-se o segundo caso.

- b) É o princípio: “a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico”.²³³ Não se trata aqui de má técnica legislativa, mas, sim, da ausência

²³¹ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20-21.

²³²ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20-21.

²³³ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

do bem jurídico, objeto de proteção da tutela penal, inexistente, muitas vezes, no processo legislativo populista.

Para elucidar o ponto anterior, o jurista alemão apresenta dois exemplos do Direito penal de seu país: as sanções de um certo número de gramas de haxixe para consumo pessoal e o comércio de órgãos humanos para transplantes. Claus Roxin explana que

[...] se, como entre nós ocorre frequentemente, considera-se, no primeiro evento, a liberdade da sociedade para ter trato com drogas, e no segundo a liberdade de doações de órgão para fins comerciais como bens jurídicos protegidos, isto não é suficiente para a legitimação da regulação, pois com isso somente se expressa o que fez o legislador. Entretanto, o que se trata é se desta forma se diminui a coexistência livre e pacífica dos homens. Quando através do controle estatal se impedem abusos se deve responder a isso negativamente.²³⁴

A seguir, aponta-se o terceiro caso conforme o penalista alemão:

- c) “Os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança do cidadão, não lesionam um bem jurídico”.²³⁵
- d) “O atentado contra a própria dignidade humana não é, todavia, lesão ao bem jurídico”.²³⁶

Para esse quarto caso, o jurista cita como exemplo o art. 5 da Constituição alemã que determina a proteção dos embriões e penaliza toda modificação artificial de informação hereditária de uma célula germinal humana. Entretanto, no caso de ser o objetivo da intervenção o impedimento de doenças hereditárias, e se a criança não for lesionada, mesmo havendo a intervenção na dignidade humana, não se pode dizer que se trata de lesão de bens jurídicos. Não obstante, qualquer modificação artificial na informação genético-hereditária de uma célula germinal humana é punível, já que

²³⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

²³⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

²³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

intervenções semelhantes no gameta, supostamente, atentam contra a dignidade humana.²³⁷

- e) “Trata das normas que meramente tutelam sentimentos, e estes só podem ser objeto de tutela quando tratam de sentimentos de ameaça”.²³⁸

Por isso, quando o legislador alemão sanciona a discriminação com uma pena, como, por exemplo, a incitação ao ódio ou ao desprezo, ou à utilização de medida violenta, isso merece tutela, pois é tarefa do estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre de medo. A punibilidade das ações exibicionistas vigentes na Alemanha também se pode justificar sempre, quando elas ocorrem sob circunstâncias que despertam o temor das mulheres afetadas por abusos sexuais.²³⁹

Porém, qualquer proteção de sentimentos que se estenda para além da função explicitada não cabe ao Direito penal, porquanto o homem moderno vive em uma sociedade multicultural, e, nela, a tolerância diante das visões de mundo contrárias às suas próprias é condição de sua existência.

Nessa direção, Claus Roxin complementa:

[...] por isso, passa-se do limite quando o Direito Penal alemão sanciona o fato de que alguém provoque escândalo público realizando uma ação sexual ou o envio a alguém de uma publicação pornográfica sem que essa a tenha solicitado. Muitas outras coisas podem ser desagradáveis para alguém, e precisamente o problema nos casos expostos se pode solucionar por si mesmo, fazendo-se vista grossa ou reiterando o documento. Em todo o caso, a liberdade e a segurança da vida em comunidade não se afetam dessa forma. Aqui a punição é uma reação desmesurada. Os assédios periféricos serão, ademais, objeto do Direito de polícia.²⁴⁰

²³⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22.

²³⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22.

²³⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22-23.

Mais um limite, conforme Claus Roxin,

- f) “é ocupado pela consciência de autolesão que não seria em si um objeto de tutela por norma penal, pois a proteção de bens jurídicos tem por objetivo a proteção destes bens frente a outro indivíduo e não a si próprio”.²⁴¹

A autolesão consciente, o suicídio premeditado (voluntário) ou o assistido, como também a possibilidade de sua realização, “não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente a outra pessoa, e não frente a si mesmo”.²⁴² Há, ainda, um paternalismo estatal, que deve ser praticado através do Direito penal, e é por isto justificável, somente tratando-se de sujeitos com *déficit* de autonomia, ou seja, os menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si”.²⁴³

Nesse ponto, Claus Roxin provê exemplos de limites impostos para se legislar sobre a autolesão.

O penalista leciona que “a participação no suicídio (eutanásia) não deva ser punível como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a própria morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade”. Acrescenta ele que esse ponto também “é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre a eutanásia”.²⁴⁴

Claus Roxin esclarece que se, durante a prática de esportes de risco, “ocorrem acidentes, os organizadores e promotores devem ficar isentos das consequências jurídico-penais sempre que os desportistas estiverem conscientes dos riscos inerentes às práticas desportivas. Pontua ainda que a “aquisição de pequenas quantidades de drogas suaves para o consumo pessoal pertence a esse âmbito. O mesmo se aplica ao consumo de álcool e tabaco”.²⁴⁵

²⁴¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

²⁴² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

²⁴³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

Em prosseguimento, o penalista delinea o caso sete, a saber:

- g) “As normas penais simbólicas não são necessárias para a garantia de uma vida em comunidade, de forma reversa, perseguem fins que estão fora do âmbito protetivo do direito penal”.²⁴⁶

Assim sendo, não se está à cata de proteção de bens jurídicos. Para o autor, tipos penais simbólicos são leis não necessariamente orientadas para asseverar a vida em comunidade, mas, de modo contrário, para acossar propósitos que se postam fora do Direito Penal, “como apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecida do Estado”.²⁴⁷

- h) Neste oitavo caso, Claus Roxin aduz que “as regulações de tabus tão pouco são bens jurídicos, e, por isso, não devem ser protegidos através do direito penal”.²⁴⁸

Ou seja, tabus não são bens jurídicos e, em assim sendo, não há por que o Direito penal os regular ou proteger.

Nessa seara, Claus Roxin oferece o incesto como exemplo de caso punido com pena no Direito alemão, bem como na legislação de outros países, a despeito de não se ter clareza sobre prejuízos advindos de um evento no qual irmão e irmã consanguíneos adultos, e consensualmente, decidem manter relacionamentos sexuais.²⁴⁹ Casos de incesto são assaz complexos.

Outro exemplo de tipo penal simbólico no Direito alemão, ainda nas palavras de Claus Roxin, seria a punição com pena, diante da

[...] negação ou a diminuição de importância dos delitos de genocídios cometidos sob o regime do nacional-socialismo. Não obstante, a negação total ou parcial de fatos históricos, que inclusive não compreende aceitação

²⁴⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

²⁴⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22.

²⁴⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24-25.

de delitos, não menospreza a vida em comunidade dos homens que vivem hoje em dia, tanto mais que estes fatos foram provados, e sua verdade histórica, reconhecida em geral.²⁵⁰

Essa norma, parece, traz em seu âmago o significado e o fito de mostrar a atual Alemanha como um país expurgado, cuja pretensão não é encobrir os crimes da Segunda Guerra Mundial cometidos por Adolf Hitler, ou a seu mando, propósitos elogiáveis, porém, persegui-los não acolheria a proteção de bens jurídicos. Não é, pois, legítima, a aplicação do Direito penal para esse fim.²⁵¹

Finalmente, Roxin trata do nono caso, a saber:

- i) “Os objetos de proteção de uma abstração incompreensível [...] não devem reconhecer-se como bem jurídico. O Direito Penal alemão sanciona, por exemplo, numerosas formas de comportamento sobre a condição de que sejam “idôneas” para perturbar a “paz pública”. Dessa forma, não se descreve suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um bem jurídico de valor não fundado empiricamente.”²⁵²

O penalista alemão arremata explanando que

soluções racionais argumentadas convincentemente somente são possíveis quando se renuncia a um conceito geral vago desta classe e se pergunta se uma regulação tal previne uma verdadeira ameaça à segurança ou se ela somente tem por objeto a proteção de sentimentos ou convicções sobre tabus.²⁵³

Isso posto, Henrique Abi-Ackel Torres delimita o real papel do legislador penal:

A decisão legislativa penal deve ser predominantemente racional e elaborar-se atendendo aos dados relevantes da realidade social e jurídica. Ainda que os meios de comunicação sejam grandes intelectuais dessa realidade, quando a distorcem não colaboram para as contingências políticas necessárias ao proceder técnico-legislativo. Não estamos falando aqui de

²⁵⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

²⁵¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

²⁵² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24-25.

²⁵³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

uma neutralidade técnica plena, que ocultaria uma realidade operacional e conceitual, mas do aporte de conteúdos que devem ser baseados na realidade social verdadeira.²⁵⁴

Destarte, o movimento do populismo penal e a inflação legislativa constituem fenômenos perversos, especialmente para as camadas desprivilegiadas da sociedade, dominadas, sempre as mais afetadas, de modo violento ou com agressividade, brutalidade e tirania, simbolicamente ou não. Contudo, é difícil convencer essas classes subjugadas de que a opressão não é a melhor solução.

Por se acreditar ser crucial no quadro de expansão penal ilegítima, nesta secção também se objetiva analisar o Movimento Criminológico da Lei e da Ordem.

Rodrigo Almeida Magalhães e Henrique Viana Pereira advogam que o Movimento Lei e Ordem,

ao invés de se embasar em dados empíricos que demonstrem uma efetiva diminuição da criminalidade ou a solução eficaz dos problemas sociais que visa a resolver, tal discurso é sustentado pela mídia sensacionalista que dissemina o medo generalizado na sociedade. Amedrontada, acuada pela insegurança e convencida por idéias (sic) preconceituosas, a população passa a clamar por uma resposta enérgica do Estado em face da criminalidade aparente e da violência urbana, sem perceber, de fato, os erros inerentes a um discurso que prega o endurecimento irracional das normas penais e a flexibilização dos direitos fundamentais.²⁵⁵

Alberto Silva Franco destaca alguns pontos relevantes da corrente político-criminal de Lei e Ordem:

Não há dúvidas de que as valorações político-criminais próprias do movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte. A referida corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com ampla ressonância até mais da metade da década de oitenta, encontrou origem em alguns fatos merecedores de especial atenção: a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (sequestro de pessoas abonadas ou do alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado de facções vinculadas tanto à esquerda como a extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins;

²⁵⁴ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 354-355

²⁵⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **Análise econômica do direito penal empresarial e os principais movimentos político-criminais contemporâneos**. São Paulo: Publica Direito, 2009, p. 1107.

d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.) que atormenta o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano omnipresente da sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência para seu uso político.²⁵⁶

É dentro desse cenário que o modelo ganhou prestígio e assumiu uma dimensão que perdura atualmente nos EUA, dada a probabilidade de delitos, transgressões ou quaisquer condutas ilícitas serem reprimidas com bastante rigor, e ocorrer a subsequente expansão de leis mais austeras para punir os supracitados crimes.²⁵⁷

Nessa esteira, entra, então em vigor a “Tolerância Zero”, modelo-vertente do Movimento Lei e Ordem aplicada por Rudolph Giuliani em Nova Iorque nos anos de 1990, que obteve grande sucesso. Foi com o suporte da teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*, Wilson e Kelling²⁵⁸, 1982), texto publicado em 1982, na revista *Atlantic Monthly*, que surgiria o conceito que deu origem ao modelo de segurança pública “tolerância zero”.²⁵⁹

Consoante as políticas do modelo de Tolerância Zero, as condutas incivis e os delitos menores teriam que ser punidos com a máxima severidade, para que não se tornassem um ambiente auspicioso à baderna e à criminalidade. Nesse sistema, às autoridades, com carta branca para decidir e julgar segundo sua discricção, caberia agir conforme modelos pré-estipulados para punir os infratores, independentemente de a culpa ser individual ou coletiva.²⁶⁰

Restou por óbvio, à época da implantação desse modelo, a contrarreação, as severas e contumazes críticas e acusações, a oposição dos políticos democratas e dos movimentos das comunidades urbanas americanas que não demoraram a aparecer. Alegavam eles que a tolerância zero seria apenas uma desculpa para

²⁵⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. ver. amp. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 518.

²⁵⁷ FELIPE, Leandra. **Política de tolerância zero nos EUA diminuiu crimes e lotou presídios: o modelo foi adotado em cidades como Nova York e Chicago**. Atlanta: Agência Brasil, 2018.

²⁵⁸ Psicólogo criminalista George L. Kelling, e o cientista político James Q. Wilson, da Escola de Chicago.

²⁵⁹ SAMPAIO, Felipe. Cidades seguras: a polêmica tolerância zero: nunca se agrediu, prendeu e se matou tantos jovens negros nos Estados Unidos. **Veja**, São Paulo, 18 nov. 2020.

²⁶⁰ WACQUANT, Loic. **Dissecando a “tolerância zero”**. [S. l.]: Le Monde Diplomatique, 2002.

perseguir e prender certas categorias de sujeitos. A suspeita era a de que os prefeitos adeptos ao modelo estariam orientando para usar o rigor da lei contra as minorias raciais, os drogados, as camadas mais humildes da população, as prostitutas, os moradores de rua, mendigos, trabalhadores informais e bêbados.²⁶¹ Daí as afirmativas de Felipe Sampaio de que “nunca se agrediram, prenderam e se mataram tantos jovens negros nos Estados Unidos.”

Por seu lado, Loic Wacquant²⁶² afirma, em comentário ao Movimento, que ele apenas “trata de perseguir, sem esmorecimento ou falhas, as menores infrações cometidas no espaço público”. Tanto isso é verdade que, consoante seu artigo *Dissecando a tolerância zero*, desde 1993, em Nova Iorque, qualquer mendigo, ou cidadão flagrado perambulando pelas vias, ou permanecendo dentro de um carro estacionado com o volume do som em decibéis acima do permitido, atirando garrafas vazias para fora da janela do veículo, ou fazendo desenhos em grafite nas paredes de patrimônio público ou particular, ou, ainda, transgredindo qualquer lei municipal por mais simples que ela fosse, se aplicaria detenção automática e cadeia imediata.²⁶³

Para a implantação e efetivação do movimento de “tolerância zero”, o Departamento de Polícia de Nova Iorque delineou e estabeleceu quatro mudanças que, para surtirem efeito, deveriam ocorrer simultaneamente. Loic Wacquant as expõe em sua obra.²⁶⁴ São elas:

1) “Uma ampla reestruturação burocrática, abrangendo a descentralização dos serviços, o achatamento do níveis hierárquicos, a redução da idade de seu chefe (graças à demissão pura e simples de três em cada quatro policiais graduados), e a responsabilização direta dos comissários de bairro, cuja remuneração e promoção dependem, pelo menos em parte, dos “números” padronizados de criminalidade que eles produzirem (o que gera uma forte pressão para a manipulação das estatísticas, por exemplo, multiplicando-se o número de falsas detenções para “mostrar serviço”).

2) “Uma expansão gigantesca de seus recursos humanos e financeiros: o número de policiais uniformizados pulou de 27.000 em 1993 para 41.000 em 2001, representando a metade do total de policiais da França para apenas 8 milhões de habitantes! Esse crescimento do pessoal só foi possível graças a um incremento de 50% em cinco anos no orçamento da polícia, que chegou a US\$3 bilhões em 2000, a despeito das reduções dos gastos do governo local (nesse mesmo período, os recursos destinados aos serviços sociais da

²⁶¹ SAMPAIO, Felipe. Cidades seguras: a polêmica tolerância zero: nunca se agrediu, prendeu e se matou tantos jovens negros nos Estados Unidos. **Veja**, São Paulo, 18 nov. 2020.

²⁶² WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 420.

²⁶³ WACQUANT, Loic. **Dissecando a “tolerância zero”**. [S. l.]: Le Monde Diplomatique, 2002.

²⁶⁴ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

cidade foram amputados em 30%). Durante o seu segundo mandato, por exemplo, Rudolph Giuliani alocou US\$80 milhões a um programa chamado “Operação Condor”, que permite aos policiais da cidade trabalharem mais um sexto dia extra, por semana. Enquanto isso, as bibliotecas municipais reduziam seu horário de atendimento e seus serviços ao público, em razão de um corte no orçamento de US\$40 milhões (equivalente a um sexto de suas dotações)“.

3) “O desenvolvimento de novas tecnologias de informática, entre os quais o famoso expositivo Compstat (sigla de referência científica, mas que quer dizer, pura e simplesmente, “*Computer statistics*”), um sistema eletrônico de coleta e compartilhamento de dados que permite acompanhar e escanear, em tempo real, a evolução e a distribuição dos incidentes criminosos. Essa combinação de informações policiais geograficamente codificadas é então acoplada a encontros mensais do chefe de polícia para discutir mudanças táticas e realocar, prontamente, pessoal e recursos para os “pontos quentes” (Em 1996, a *CompStat* ganhou o prêmio “Inovações no Governo estadunidense”, dado pela fundação Ford e pela Escola Kennedy de governo da Universidade de Harvard. Ela foi logo elevada à categoria não apenas de ferramentas suprema do policiamento científico, mas também de “paradigma” para a administração pública em geral).

4) “Uma revisão completa dos objetivos e dos procedimentos de cada serviço, de acordo com os esquemas desenvolvidos pelos consultores em “reengenharia empresarial”, e a implementação de “planos de ação” bem definidos contra posse de armas, tráfico de entorpecentes em locais públicos, violência doméstica, infrações ao código de trânsito etc.”.²⁶⁵

Loic Wacquant defende a ideia de que “essa teoria postula que a repressão imediata e severa das menores informações e desentendimentos na via pública restringe o desencadeamento das infrações criminosas de maior monta, (r) estabelecendo o clima sadio de ordem”.²⁶⁶

Nesse diapasão, em relação à aparente diminuição da violência em Nova Iorque na década de 1990 e nos anos seguintes, Loic Wacquant, nos traz uma resposta que não se associa ao movimento da teoria criminológica das “Janelas Quebradas”. Afirma o autor que

[...] o Departamento de Polícia de Nova Iorque contribuiu para fazer baixar a criminalidade, não foi porque estabeleceu a civilidade e transmitiu uma mensagem de firme recusa à impunidade, mas sim pelo simples fato de que aumentou maciçamente a intensidade da vigilância que exerce. A cidade de Giuliani contava com 38 agentes para 100.000 habitantes em 1990; dez anos depois contava com o dobro, e suas ações foram fortemente centradas nas populações e nos bairros deserdados. Em resumo, foi o aumento da

²⁶⁵ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 420- 432.

²⁶⁶ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. p. 436.

concentração da polícia e da repressão penal, e não o mecanismo moral de reestruturação da norma postulada pela dita teoria [...].²⁶⁷

Complementa Loic Wacquant, argumentando que

a retórica da tolerância zero deve mudar para o seu exato oposto, a intolerância seletiva e a manutenção dirigida, em lugares e tempos definidos, de certos estatutos escolhidos, por conta de seu elevado valor prático ou político, tais como aquelas que reprimem a longa sequência de “comportamentos antissociais” das classes baixas, que constam da lista discriminatória de distúrbios de rua.²⁶⁸

O passar dos anos e o supracitado artigo de Loic Wacquant comprovariam que essa ordem social pela força, amparada apenas em propósitos político-ideológicos, viria a comprovar apenas que a repressão para a diminuição da criminalidade era um mito, porque segregação racial e pobreza geram violência e são as determinantes principais da taxa de criminalidade na cidade. Mito ainda, porque o emprego diminui a violência. “Vidraças quebradas” é apenas uma metáfora.

Dessarte, tentar manter a ordem social pela força é falácia, porquanto o movimento de repressão operou como maquiagem racional para a discriminação, como uma justificativa para a limpeza de classe, a semelhança da limpeza da etnia na Alemanha hitleriana. Afinal, não se tem notícia de que os crimes do colarinho branco e a corrupção generalizada nos órgãos públicos tenham sido investigados e, devida e exemplarmente punidos.²⁶⁹

Por essas e outras razões, parte da doutrina penal faz severas críticas ao movimento “Tolerância Zero”, justificando que ele, reiteramos, era somente mais um modo de perseguir pobres, negros e marginalizados nas vias públicas, acalmar e satisfazer as classes socioeconomicamente abastadas, e a serviço de arquitetar um estratagema eleitoreiro, do que como instrumento eficiente de combate e prevenção à criminalidade.²⁷⁰

Além da tolerância zero, o Movimento Lei e Ordem tem ainda outra vertente, o “direito penal do inimigo”, em alemão *Feindstrafrecht*. Escrita por Günther Jakobs,

²⁶⁷ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. p. 436-437.

²⁶⁸ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Revan, 2003, p. 439.

²⁶⁹ WACQUANT, Loic. **Dissecando a “tolerância zero”**. [S. l.]: Le Monde Diplomatique, 2002.

²⁷⁰ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **Análise econômica do direito penal empresarial e os principais movimentos político-criminais contemporâneos**. São Paulo: Publica Direito, 2009, p. 1108.

autor de livros de Direito e filósofo, essa teoria foi difundida primeiramente em 1985, em Frankfurt. Nela, o escritor descreve um sistema antagônico ao direito penal do cidadão apresentado na famosa conferência realizada em maio de 1985 em Frankfurt, ocasião na qual Günther Jakobs anunciou o tópico sobre o “inimigo” nos debates penais, comparando-o a um direito emergencial contra as “fontes de perigo” para o bem jurídico. Também foi nesse momento que houve a ruptura entre o Direito penal de proteção do bem jurídico e o direito penal do inimigo na proteção da liberdade do cidadão.²⁷¹

Nessa senda, posteriormente, na década de 2000, Günther Jakobs discute a questão da despersonalização e identifica uma “não pessoa” sobre a qual a reação penal extensiva deveria recair, porém, já sem equivalência funcional ao direito de emergência. Na sequência, o filósofo e professor Emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito, em 2004, incentiva a especialização do direito penal contra inimigos: aconselha que não se deve atribuir a qualidade de pessoa “à não pessoa” que colocar em risco de vida uma outra pessoa, e, ao fazer isso, elabora uma diferenciação entre uma personalidade real e um potencial fático de perigo. Em estudos mais recentes, de 2006 e 2008, “descreve por definitivo que a reação penal informa combate ao inimigo”.²⁷²

O direito penal do inimigo, composto por três características, a antecipação da tutela penal, a desproporcionalidade das penas e a relativização das garantias penais e processuais, é realmente a antecipação da reação penal como defesa ou enfrentamento aos perigos futuros, e atua retirando as qualidades essenciais que conferem ao indivíduo o *status de personae*. Günther Jakobs aparta faticidade e normatividade, atribuindo esta ao cidadão, a quem é digno o estado de pessoa, e destina tratamento puramente fático, seletivo e infrequente, quase emulador, ao inimigo, àquele ao qual o sistema jurídico-penal não deve mais considerar como pessoa.²⁷³

Francisco Muñoz Conde, ao descrever o direito penal do inimigo em um sistema antagônico ao direito penal do cidadão, complementa:

a necessidade de um direito penal do inimigo [...], mas como outro tipo de direito penal, sem dúvida desagradável, mas inevitável, ao qual a sociedade

²⁷¹ DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 107.

²⁷² DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 107-108.

²⁷³ DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 108.

às vezes tem que recorrer para manter a segurança cognitiva contra aqueles que, de forma permanente, permanecem fora do sistema social e o atacam. A característica desta Lei não seria apenas a antecipação de sua intervenção em eventos distantes da ameaça de bens jurídicos, mas também o uso de penalidades draconianas, além da ideia de proporcionalidade, e a revogação ou redução de algumas das garantias concedidas pelo Estado de direito ao arguido no processo penal.²⁷⁴ (tradução nossa).

Corroborando essas assertivas, Henrique Viana Pereira, ao dissertar sobre a política criminal do terror, em que reconhece o desrespeito aos princípios básicos do Direito penal, esclarece que

Isso caracteriza o condenável direito penal do inimigo, famosa vertente do infeliz movimento da lei e da ordem, onde o contraditório pode ser substituído pelo inquisitivo, a ampla defesa é “simbólica” e a presunção de inocência desconsiderada.²⁷⁵

À vista disso, Bruno Moura leciona que

o Direito penal do inimigo é um Direito penal do risco que se desenvolveu na direção errada e que paradoxalmente pretende proteger o Direito e a liberdade através de violações do Direito e da liberdade, além de prejudicar o necessário debate acerca do alcance legítimo do Direito penal legítimo e sobre suas alternativas parciais (seja o Direito civil e o Direito administrativo, seja o Direito de intervenção proposto por HASSEMER e o sistema de velocidades elaborado por SILVA SÁNCHEZ [...]).²⁷⁶

Neste ponto, a título de elucidação, cabem breves considerações sobre o Direito de Intervenção e de Sistema de Velocidades.

O Direito de Intervenção, consoante Hassemer, é mais flexível que o Direito penal, porém, no primeiro, sanções menos duras são aplicadas aos cidadãos. A aplicação de penalidades de natureza não penal e a flexibilização de garantias processuais caracterizam o Direito de Intervenção. Seu julgamento, todavia, é

²⁷⁴ [...] la necesidad de un derecho penal del enemigo [...] sino como otra clase de Derecho penal, sin duda desagradable, pero inevitable, al que a veces tiene que recurrir la sociedad para el mantenimiento de la seguridad cognitiva frente a los que de un modo permanente se mantienen al margen del sistema social y lo atacan. La característica de este Derecho no sería ya sólo la anticipación de su intervención en hechos alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino también la utilización de penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad, y la derogación o reducción de algunas de las garantías que concede el Estado de Derecho al imputado en el proceso penal. MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los congresos de Trento y Frankfurt sobre el Derecho Penal del enemigo. **Revista Penal**, Madrid, v. 18, p. 336, 1997.

²⁷⁵ PEREIRA, Henrique Viana. **Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020, p. 20.

²⁷⁶ MOURA, Bruno. A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação. **Revista CEPPG**, n. 21, p. 149-165, 2009.

incumbência da autoridade judiciária e não administrativa, ou seja, uma tipificação atual penal de novos riscos.

Por seu lado, a Teoria das Velocidades do Direito Penal para Jesús-María Silva Sánchez tem como ponto de partida a ideia de que

Seriam as duas velocidades do direito penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal da “prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e aquelas regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.
277

Ainda nesse diapasão, Felipe Azevedo Rodrigues disserta sobre as poucas diferenças existentes entre o Direito de Intervenção e a ideia proposta por Sánchez, quando afirma que

Assim, tanto o Direito Penal Clássico de Hassemer quanto o Direito Penal de primeira velocidade de Sánchez, pautados pela racionalização, expandir-se-ão na direção das demandas sociais cuja proteção lhe seja própria efetivamente, de modo a respeitar o princípio da subsidiariedade. Em sendo assim, aquilo que foi protegido eficientemente por outro ramo jurídico, nunca deverá ser acolhido na esfera penal.
A preocupação com as sanções penais está presente também na obra de ambos os autores. De modo que é possível concluir o seguinte: para o que for estritamente necessário a tutela penal, empreender-se-á um processo de racionalização distinto, haja vista que a problemática não reside na expansão do Direito Penal em si mesmo, mas na expansão das ineficientes penas de privação de liberdade. Em tal expansão punitiva, cabe a racionalização da AED, a fim de combatê-la.²⁷⁸

Arremata o autor.

O que restar da expansão no Direito de Intervenção ou no Direito penal de primeira velocidade atenderá aos direitos de liberdade e aos princípios constitucionais pertinentes. A finalidade será otimizar um modelo sancionador democrático e eficiente, visando à dissuasão e à ressocialização punitiva, sem utilizar-se da privação da liberdade como principal recurso.²⁷⁹

²⁷⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 193.

²⁷⁸ RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 209.

²⁷⁹ RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 209.

Pelo que se expôs até este ponto do texto, constatou-se que os movimentos pesquisados tendem para uma posição unânime no que tange a um desenfreado e irracional processo de expansão penal. Nesse diapasão, tentou-se encontrar as possíveis causas para o processo ilegítimo de expansão penal. Por isso, na subseção seguinte, serão apontadas e discutidas algumas consequências que, acredita-se, sejam advindas desse nefasto e perverso processo de expansão penal.

3.2 Consequências da expansão penal

Como retratado na subseção anterior, os critérios multiplicadores da expansão penal deságuam em um Direito penal seletivo, o qual, por sua vez, corrobora, no atual momento, o lastimável quadro em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, ou seja, de colapso. Essa triste e deplorável realidade resulta do irresponsável processo de expansão penal, juntamente com a consequente ineficácia das políticas públicas destinadas a resolver os problemas do sistema penitenciário do país.

Importante mencionar que entre todos os movimentos trabalhados na subseção anterior, à exceção do direito emergencial na sociedade de risco, dados empíricos comprovam as contribuições dos outros movimentos para o triste quadro do sistema carcerário. De fato, ainda não há dados sobre o aprisionamento da nova sociedade de risco, já que é um movimento novo e, portanto, desconhecem-se seus resultados. Podemos alertar, entretanto, que se trata de um movimento vivo e presente em nossa realidade.

O colapso do sistema carcerário não constitui novidade, uma vez que, todos os dias, assistimos às cruéis notícias sobre a realidade prisional que trazem à lembrança acontecimentos das masmorras medievais. Por ser tão perversa e alarmante, a situação dos presídios foi tema de discussão na pauta dos trabalhos no STF, que, em setembro de 2015, reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), no sistema carcerário brasileiro, protagonizado por violações generalizadas de direitos fundamentais, agravadas pela reiterada inércia estatal.

Para quem conhecia e acompanhava a realidade prisional do país, o STF ter reconhecido tal estado de coisas foi um alento, porque implicaria a determinação de medidas estruturais flexíveis a serem manejadas e monitoradas pelo Supremo, com o auxílio dos demais poderes, órgãos e pessoas afetadas e envolvidas. Desafortunadamente, porém, seis anos após o reconhecimento daquele estado de

coisas, pouco, ou quase nada mudou na realidade dos milhares de detentos. O que se vê é um sistema prisional conturbado, cada vez mais inchado e com penitenciárias superlotadas, entre outros aspectos.

A título de exemplo, cite-se trecho da decisão da Medida Cautelar na ADPF 347, do Distrito Federal, que determinou a instalação de audiências de custódias. É importante esclarecer que as audiências de custódia, já discutidas neste texto, configuram um instrumento de filtragem da constitucionalidade e da legalidade das prisões em flagrante:

[...] o Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia [...].²⁸⁰

O *Resumo do aprisionamento mundial* do Instituto para Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça²⁸¹ é um “banco de dados *on-line* que fornece acesso gratuito a informações sobre sistemas prisionais em todo o mundo. É um recurso único que apoia o desenvolvimento baseado em evidências de políticas e práticas prisionais em todo o mundo” (tradução nossa).²⁸²

O WPB informou que, em dezembro de 2020, havia no Brasil 811.707 (oitocentos e onze mil setecentos e sete) presos, incluindo-se, neste número, os provisórios e os em regime domiciliar, o que faz do Brasil o ocupante do terceiro lugar no mundo no *ranking* dos países com a maior população carcerária, sustentando uma média de 381 presos a cada 100 mil habitantes.²⁸³

Para se ter ideia do aumento dos números, a população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos, sendo que o sistema prisional passou de 3.866

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, Brasília, 9 set. 2015.

²⁸¹ Atualmente, os dados são compilados pelo Institute For Criminal Policy Research (ICPR, 2022), na Birkbeck College, University of London.

²⁸² INSTITUTO PARA PESQUISA DE POLÍTICAS DE CRIME E JUSTIÇA. **Resumo do aprisionamento mundial**. Londres: University de Londres, 2022.

²⁸³ INSTITUTO PARA PESQUISA DE POLÍTICAS DE CRIME E JUSTIÇA. **Resumo do aprisionamento mundial**. Londres: University de Londres, 2022.

peças em 1938 para 321.014 em 2009; em 2012, no Brasil, havia 515.482 presos para apenas 303.741 vagas, um *déficit* de 211.741 vagas.²⁸⁴

Uma outra questão curiosa e instigante é a concernente ao alto índice de reincidência, o retorno dos ex-presos à prisão. A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, em seu relatório final em 2008, divulgou que a reincidência dos presos, em relação ao crime chegava a uma taxa entre 70% e 80%, porcentagem que varia de acordo com o Estado da Federação.

A referida CPI, contudo, não procedeu a pesquisas que a ajudassem a avaliar adequadamente a veracidade desta alta porcentagem, além de ter baseado grande parte de suas decisões e conclusões nas informações fornecidas pelos próprios presídios. Restou aos membros da comissão oferecer um relatório final em cuja conclusão, obviamente, se lia: “hoje sabemos que a prisão não previne a reincidência e que devemos caminhar para alternativas que permitam ao autor de um delito assumir responsabilidades e fazer a devida reparação do dano eventualmente causado”.²⁸⁵

Observando-se os grupos de pessoas aprisionadas, evidencia-se a presença da seletividade no sistema carcerário do Brasil, que afeta, especificamente, os grupos economicamente vulneráveis da sociedade, os excluídos.

Dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DPN) permitem detectar e classificar os presos, em números percentuais, em função do tipo de crime cometido. Uma apuração, nesse sentido, do período de julho a dezembro de 2020, mostrou que 40,96% da população carcerária cumpria sua pena privativa de liberdade pela prática de crimes de natureza patrimonial, e 29,91% pela prática de atos relacionados a drogas ilícitas, situações vinculadas às leis 6.368/1976 e 11.343/2006 do Código Penal do Brasil.

Deduz-se desses dados que 70,87% da população carcerária cumprem pena pela prática de crimes que poderiam ser tratados pelo Estado de uma forma diferente, como por exemplo, o tratamento dos usuários de drogas como uma questão de saúde pública e não criminal, porquanto, comprovadamente, eles são doentes e não criminosos, ou, ainda, investigando as causas da prática de crimes de natureza

²⁸⁴ INSTITUTO PARA PESQUISA DE POLÍTICAS DE CRIME E JUSTIÇA. **Resumo do aprisionamento mundial**. Londres: University de Londres, 2022.

²⁸⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

patrimonial, para definir políticas públicas que coíbam a prática desse tipo de crime. Para isso, vale buscar, caminhos alternativos para se evitar o encarceramento de cidadãos que não representam um efetivo perigo à sociedade. Exemplo disso é o latrocínio, que representa 4,47% do universo de encarcerados.²⁸⁶

Em relação à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, os jovens parecem ser um grupo preferencial no sistema penal brasileiro, porque constituem, segundo dados, a maior parte da população carcerária. Tanto é que, entre eles, 29,9% estão na faixa etária entre 18 e 24 anos, seguidos de 24,1% entre 25 e 29 anos e 19,4% entre 35 e 45 anos. No cômputo geral, somados, os presos com até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária, ou seja, mais da metade deles é jovem.²⁸⁷

Nesse sentido, Salo de Carvalho, profundo estudioso do tema, analisa o expoente contingente de jovens presos relacionados à política criminal de guerras às drogas.

Os dados oficiais apontam que a imputação pelo art. 33 da Lei de Drogas é, depois da imputação pelo art. 157 do Código Penal (roubo), a que mais fomenta o encarceramento nacional. Neste quadro, em razão das indeterminações normativas na qualificação de uma conduta como “tráfico de drogas” e da extensa margem de punibilidade abstratamente prevista às condutas incriminadas, caberia ao Judiciário a definição de diretrizes básicas de imputação, ou seja, a criação de guias de interpretação que restringissem a vagueza e a ambiguidade legislativas que provocam, no cotidiano do sistema punitivo, o encarceramento massivo da juventude negra das periferias. Sobretudo porque os espaços de discricionariedade normativos, no exercício do sistema punitivo (“criminal law inaction”), são preenchidos por punitividade e não por liberdade, como seria o esperado de um sistema que respeitasse a tradição liberal do Direito Penal.²⁸⁸

Ainda sobre o tema, complementa Vera Malagutti Batista em pesquisa realizada no arquivo do Juizado de Menores da cidade do Rio Janeiro sobre o recrutamento da juventude pobre, no período de 1968 a 1988, afirma que os processos estudados

não pontificam as perversões lombrosianas e as características hereditárias

²⁸⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil:** período de julho a dezembro de 2019. Brasília: DPN, 2020.

²⁸⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil:** período de julho a dezembro de 2019. Brasília: DPN, 2020.

²⁸⁸ CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015, p. 632.

do biologismo criminal, mas sim histórias de miséria e exclusão em que pequenas infrações introduzem crianças e jovens pobres a um processo de criminalização que apenas reedita o processo de marginalização a que estavam submetidos. Tudo se encaixa na criminalização do adolescente pobre; da investigação do meio em que se criou à falta de defesa nos processos, passando pela uniformização dos pareceres médicos e das sentenças dos juízes. Este olhar permanece e tem continuidade através dos tempos, seja no Serviço de Assistência ao Menor, criado em 1942, seja na Funabem, criada em 1964. A partir do golpe militar, a questão da juventude pobre se relaciona à doutrina de Segurança Nacional e da defesa do Estado. A Funabem passa a atuar como propagadora da ideologia, com o discurso fortalecedor das repressões negativas da juventude pobre, dos darwinistas sociais e dos determinismos da virada do século.²⁸⁹

No que se refere à raça, cor ou etnia, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização em junho de 2017, apontou que 46,2% dos encarcerados no Brasil são pardos, seguidos de 35,4% de brancos e 17,3% de negros. Assim sendo, negros e pardos somam 63,6% da população carcerária do país. É o que também demonstram os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua 2017: no sistema prisional brasileiro, prevalece a população parda e negra. Sintetizando, negros e pardos somados perfazem 63,6% do total da população dos presídios nacionais, enquanto na população brasileira total, somados, os pardos e negros representam 55,4%.²⁹⁰

Nesse contexto, em que negros e pardos são substancialmente afetados, Rosa Del Olmo descreve o surgimento da criminologia em nossa região, apontando que grupos “minorizados”, como negros e índios, foram descritos como os primeiros criminosos:

os índios cometeriam delitos, devido ao seu atraso e sua ignorância, segundo os ‘especialistas’ da época, [refere-se ao debate científico na América Latina no final do século XIX, momento da recepção das ideias de Comte, Darwin e Spencer, no plano geral, e de Lombroso, Ferri e Garófalo, no campo das ciências criminais], em razão de características congênitas que os impediam de se superar, e não à exploração de que haviam sido objeto durante séculos [...]. O mesmo ocorria com os negros, que, além disso foram objeto de atenção especial – de parte sobretudo dos médicos legistas – por praticarem suas religiões trazidas da África consideradas sintomas de patologia e expressão de bruxaria fomentadora da delinquência.²⁹¹

²⁸⁹ BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro: Revan, 2016, 133-134.**

²⁹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - junho de 2017.** Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

²⁹¹ DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 175.

Ao se abordarem questões sobre expansionismo penal racista, vale falar da professora, ativista e escritora negra norte-americana Angela Yvonne Davis.²⁹²

Em sua longa história de luta política, constam reivindicações por igualdade, humanidade e liberdade não só para os negros, mas para todas as camadas sob opressão na sociedade contemporânea. Ela afirma que “o processo de expansão penal precisa das estruturas racistas para se perpetuarem”. A professora, que parece bem segura desses enunciados, é umas das mais importantes feministas contemporâneas.²⁹³

Como se percebe, ativistas, feministas, e adeptos da defesa dos direitos humanos centram suas críticas quase que exclusivamente na problemática do racismo no mundo. Contudo, verdade seja dita, os movimentos antirracismo e outros contra as injustiças sociais não têm dirigido sua atenção às políticas de aprisionamento, em que pese o fato de alguns cidadãos participantes de campanhas abolicionistas nos diversos países terem tentado chamar a atenção da comunidade internacional, na Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, realizada em 2001 em Durban, na África do Sul.

Nesse evento, estes abolicionistas alertaram para o fato de o sistema de prisões em expansão no mundo depender de estruturas racistas, que continuam a promover, mesmo diante da peremptória afirmativa de imparcialidade por parte de seus defensores no tocante ao tema raça.²⁹⁴

Retomando-se ao *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias atualização junho de 2017*, ele atesta que, no tocante à escolaridade dos presos no Brasil, 51,3% deles fizeram o Ensino Fundamental incompleto, seguidos de 14,9% com Ensino Médio incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental completo. Em relação ao Ensino Superior completo, detectaram-se 0,5% dos presos. Os dados de escolaridade da população brasileira apresentados pelo PNAD Contínua 2017 demonstram que os graus de escolaridade da população brasileira, na qual se percebe uma dispersão acentuada entre os três níveis educacionais, não têm

²⁹² Professora e filósofa socialista estadunidense que alcançou notoriedade mundial na década de 1970 como integrante do Partido Comunista dos Estados Unidos, dos Panteras Negras. DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

²⁹³ PARADIS, Clarisse Goulart. A tradução do pensamento de Angela Davis para o Brasil: por uma história das origens interseccionais do feminismo. **Cadernos Bangu**, v. 58, 2020.

²⁹⁴ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

correspondência no sistema carcerário, porque, neste, mais da metade dos presidiários tem baixo nível de escolaridade.²⁹⁵

Pode-se afirmar, a esta altura, que o sistema carcerário brasileiro acolhe sua clientela, classificando-a por tipo de crime, faixa etária, raça e grau de escolaridade, ou seja, o sistema é seletivo-discriminador, qualidade negativa que faz dos presídios um local propício à reincidência e bem distanciado do discurso da ressocialização que tantos apregoam.

Corroboram essas assertivas os enunciados de Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido, ao se expressarem em relação ao falacioso discurso da ressocialização, no campo da execução penal.

Em especial na América Latina, a prisão é *lócus* de extermínio da pessoa presa que ocupa posição central na política de controle social. A execução penal tem representado o rito para tal e o falacioso discurso da ressocialização o saber produzido para mascarar a ilegitimidade da violência estatal e viabilizar o despercebimento do extermínio do preso. Nesse contexto, a construção de execução penal como estratégia de resistência e luta contra tal realidade **não deve partir da mentira institucional da ressocialização do condenado**, mas do fato de que as violações de direitos e o aniquilamento da pessoa presa são inerentes à pena privativa de liberdade. Isso determina, ainda, ilegitimidade absoluta do poder punitivo que está sendo executado e - de maneira urgente - a prática de ações voltadas à descarcerização.²⁹⁶

Pelo que se demonstrou neste capítulo, pode-se concluir que, lastimavelmente, tudo o que o sistema carcerário brasileiro tem conseguido fazer é tornar-se um mecanismo de inculcação e reprodução da violência e de contenção das camadas vulneráveis da sociedade, que, cada vez mais, sofre com as consequências da expansão penal.

Consequentemente, expandir de forma irresponsável os tentáculos do Direito penal e em troca oferecer um sistema carcerário seletivo e repressor não é resposta adequada. Concomitantemente, são feitos cortes na saúde, educação, e nos programas de assistência social. Acresça-se a isso uma população cada vez mais restrita ao consumo e aos programas sociais, e, em contrapartida, um estado penal perverso e soberano.

²⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização** - junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

²⁹⁶ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p. 40.

Nesse sentido, Loic Wacquant chama atenção para o movimento, nos EUA, de substituição de um Estado social (assistencialista) por um Estado penal (punitivo) para deixar claras as novas funções da prisão e do poder punitivo nos sistemas de governo no mundo. Portanto, alerta que a nova gestão da miséria nos EUA se daria pela criminalização da pobreza. Importante ressaltar que essa é também a realidade em muitos países, incluído o Brasil: o deslocamento da atividade estatal social para o sistema penal. Nessa senda, destaca o autor:

Longe de contradizer o projeto neoliberal de desregulamentação e falência do setor público, a irresistível ascensão do Estado penal americano é como se fora o negativo disso no sentido de avesso, mas também, de revelador -, na medida em que traduz a implementação de uma política de criminalização da miséria, que é complemento indispensável da impossibilidade do trabalho assalariado precário e subremunerado como a negação cívica, assim como o desdobramento dos programas sociais num sentido restritivo e punitivo que lhe é concomitante.²⁹⁷

O encarceramento em massa desempenha papel crucial na formação de sujeitos direcionados a uma sociedade industrial. Nessa direção, citamos as palavras Dario Melossi e Massimo Pavarini:

O cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade - se quisermos, "atípica" - da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tantas as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da "invenção penitenciária": o "cárcere como máquina" capaz de transformar - depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) - o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também, atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção do sujeito para uma sociedade industrial, isto é, a produção de *proletários* a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica.²⁹⁸

Nessa senda, Vera Malagutti Batista adverte que

o certo é que este colossal processo de encarceramento e seus dispositivos produziram uma nova economia prisional, um sistema de controle do tempo livre, lucrativo agora, não pela apropriação do trabalho dos presos, mas pela privatização da sua administração e pela indústria do controle social do crime:

²⁹⁷ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011, p. 62-63.

²⁹⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI-XIX). 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.

um dos maiores recrutadores, hoje, de mão de obra desqualificada são os serviços de segurança. O papel da mídia é fundamental para a construção desses dispositivos, seja pela legitimação moralizadora da criminalização da conflitividade social, seja pela venda descarada do modelo Guantánamo de empreendimento prisional.²⁹⁹

Nesse sentido, complementa Loic Wacquant

[...] o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho - e isso de maneira infinitamente mais coercitiva do que todas as restrições sociais e regulamentos administrativos. Seu efeito aqui é duplo. Por um lado, ele comprime artificialmente o nível do desemprego ao subtrair à força milhões de homens da "população em busca de um emprego" e, secundariamente, ao produzir um aumento do emprego no setor de bens e serviços carcerários, setor fortemente caracterizado por postos de trabalho precários (e que continua se elevando mais ainda com a privatização da punição) [...].³⁰⁰

Ainda no que tange à função da prisão e seu papel na economia capitalista, que se mostra a serviço da neutralização e da reprodução das desigualdades sociais, do domínio do totalitarismo financeiro, e por meio de um discurso formalmente legal sustenta um possível domínio sobre o corpo do outro, Vera Regina Pereira de Andrade pondera:

A prisão é a pena por excelência do capitalismo, assim como, por exemplo, o açoite foi a pena do escravismo. Todo método punitivo tem por função reproduzir a estrutura social que lhe corresponde e, portanto, a função da prisão é conservar e reproduzir a ordem social capitalista, ao lado de outros mecanismos de controle que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a escola. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista, porque ela é o espelho das estruturas e da ordem, e as reproduz, tanto que a melhor forma de conhecer essa ordem é conhecer a própria prisão.³⁰¹

A autora complementa, afirmando que “a prisão está a serviço da reprodução da desigualdade específica de classe no capitalismo [...] definida como um lugar de

²⁹⁹ BATISTA, Vera Malagutti. Novas funções do cárcere no Brasil contemporâneo. *In*: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATTOS, Virgílio de. **Estudos de execução criminal: direito e psicologia**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 23-24.

³⁰⁰ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011, p. 96-97.

³⁰¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 306

controle de classe”.³⁰² Ainda sobre a função na prisão, a supracitada autora afirma, “não é o combate à criminalidade, por meio do acesso à ressocialização, do castigo, e da intimidação, é a construção de criminosos, é a fabricação de criminosos. A prisão espelha e reproduz a desigualdade social, então a sua função real não é combater a criminalidade, é fabricar seletivamente o(s) criminoso(s)”.³⁰³

Rubens Casara adverte sobre o nefasto papel central que o sistema penal desempenha para assegurar o mercado e os interesses dos detentores do poder:

O mercado tornou-se o eixo orientador de todas as ações, uma vez que foi elevado a núcleo fundamental responsável por preservar a liberdade econômica e política. Os bens, as pessoas, os princípios e as regras passaram a ser valorizadas apenas na condição de mercadorias, isto é, passaram a receber o tratamento conferido às mercadorias a partir de seu valor de uso e de troca. Deu-se a máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites.³⁰⁴

No neoliberalismo, desaparecem explicitamente os limites democráticos, éticos e teóricos ao exercício do poder penal, portanto, necessário se faz limitar o poder punitivo, porque,

ao se ampliar e expandir, a intervenção do sistema penal amplia a violência, a seletividade, a irracionalidade, os danos e as dores que lhe são inerentes. Sempre se deve ter presente que o sistema penal gera situações muito mais graves e dolorosas do que os conflitos qualificados como crimes, que, enganosamente, anuncia poder resolver.³⁰⁵

Pelo exposto neste capítulo, urge conter o processo de encarceramento em massa, que, como se analisou, é utilizado como meio de aniquilar os grupos indesejáveis da sociedade. Para isso, é preciso se utilizarem dispositivos alternativos e meios de frear a crise no sistema prisional brasileiro discutida neste texto.

³⁰² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 306.

³⁰³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 306.

³⁰⁴ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 39-40.

³⁰⁵ KARAM, Maria Lúcia. Estado penal, novo inimigo internoetotalitarismo. *In*: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATTOS, Virgílio de (org.). **Estudos de execução criminal**: direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 130.

4 AMBIVALÊNCIAS ENTRE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E GARANTISMO

Neste capítulo, aborda-se a ambivalência entre garantismo e expansionismo penal, teoria e fenômeno apresentados e discutidos, respectivamente, no segundo e terceiro capítulos desta dissertação. Ainda, analisar-se-á se a tutela penal somente será legítima se estiver fundada na proteção dos direitos fundamentais. Se assim não for, haverá uma expansão punitiva desrespeitosa à ordem constitucional (que elenca e determina esses mesmos direitos), perpassando por decisões que utilizam as bases garantistas, mas que são conclusivamente abusivas. Trata-se de uma "roupagem" garantidora que legitima decisões arbitrárias e contribuem para a escalada expansionista.

4.1 Ambivalências da teoria do garantismo penal no direito penal brasileiro

Uma concepção garantista engloba a efetivação e aplicação dos princípios penais contemplados na CRFB/1988 de forma implícita e explícita, e devem ser observados pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para nortear o exercício da tutela penal. Para tanto, é indispensável um Direito Penal Mínimo fundado nos direitos e nas garantias fundamentais dos cidadãos.

Henrique Abi-Ackel Torres leciona que o Direito penal “é o meio de controle social formalizado, sendo sua finalidade evitar comportamentos lesivos à ordem social mediante ameaça de sanções correspondentes à eventual quebra de suas normas”.³⁰⁶ Ainda sobre esse tema, o autor explica que “a formalização do Direito penal, assim como os princípios constitucionais que o orientam, é a principal característica de controle social formalizado”,³⁰⁷ e esse controle social formalizado em um Direito penal garantista deve estrita obediência aos princípios constitucionais penais, caso contrário, perderá sua principal função, a de evitar lesividade aos bens jurídicos.

Ainda nesse sentido, reiteramos, porquanto de suma importância, que o controle social penal deve atuar na proteção de bens jurídicos com valores relevantes e apenas ser utilizado quando outros ramos do Direito não conseguirem resolver a

³⁰⁶ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 103.

³⁰⁷ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 103

questão, ou se se mostrarem ineficientes. Portanto, os outros ramos do direito devem atuar anteriormente à norma penal, conforme explicita Claus Roxin:

a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última de todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema - a como ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc.³⁰⁸

Nesse sentido, para a devida aplicação garantista das normas penais, deve-se obediência aos princípios constitucionais penais; essa é uma premissa base. Se assim tem que ser, desta premissa emergem alguns questionamentos, a serem respondidos neste trabalho: o Direito penal vem sendo aplicado de forma garantista porque o sistema constitucional brasileiro possui uma multiplicidade de princípios? E, nesse cenário de aplicação da teoria do garantismo penal, o que explicaria o colapso do sistema carcerário?

Como discutido no capítulo anterior, o sistema carcerário no Brasil se encontra em colapso e os grandes responsáveis são os atuais movimentos de política criminal, e em especial aqueles associados à lei de tóxicos (Lei nº 11.343)³⁰⁹ que atinge a maior parcela da população de presos do sistema carcerário brasileiro.

Posto isso, em complemento ao conteúdo acima abordado, justifica-se, neste ponto, narrar a evolução de tais políticas e movimentos que aniquilam encarcerados em nome de um pseudocombate às drogas.

Salo de Carvalho descreve, a seguir, como se iniciaram os movimentos de criminalização das drogas no Brasil.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.³¹⁰

³⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral. Madrid: Civistas, 1997, p. 65.

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

³¹⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

Em acréscimo às informações da citação anterior, cabe, ainda, listar alguns pontos referentes à evolução da tipificação penal no Brasil.

Previsto no artigo 281 do Código Penal de 1940, o tráfico de drogas era punido com uma pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa. Alterada pela lei 5.276/71,³¹¹ a pena para a punição pelo tráfico passou de 1 a 6 anos de reclusão e multa. Posteriormente, esse ilícito passou a ser previsto em legislação extrapenal, como ocorre até os dias atuais, ou seja, com a edição da lei 6.368/76,³¹² o crime passou a ser punido com pena de 3 a 15 anos de reclusão com a aplicação de multa. Atualmente, com o advento da lei 11.343/2006³¹³ que ampliou o rol de substâncias abrangidas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial, a pena passou a ser de 5 a 15 anos e multa.

Esse sucinto relato sobre as leis de drogas evidencia que a pena máxima prevista no tipo penal do crime de drogas é triplicada, entre as legislações de 1940, ano em que a pena máxima era de 6 anos e a edição da atual Lei 11.343/2006, em que pode chegar a 15 anos. Importante mencionar que a elefantíase dos aumentos das penas tem como base a política punitivista norte-americana, mais especificamente no discurso penal republicano a partir dos anos 1980, no qual, abandonando preceitos básicos e fundadores da democracia, propunha-se abrir espaço para legislações penais e processuais penais policiaiscas e despóticas.

Ainda sobre a criminalização das drogas, Luis Carlos Valois explica competentemente a importância que o legislador atribui à tutela do tráfico de drogas em comparação a outros importantes bens jurídicos.

A pena máxima para o crime de tráfico de drogas no Brasil de 25 anos, considerada a pena máxima do tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, com a causa de aumento do art. 40 da mesma lei, enquanto o homicídio simples tem pena máxima de 20 anos (art. 121, caput, do Código Penal Brasileiro), o roubo, subtração de coisa alheia móvel mediante violência, tem pena máxima de 15 anos (art. 157 e §2º do CPB), o estupro resultando em lesão corporal tem pena que pode chegar a 12 anos (art. 213, §1º, do CPB) e o estupro contra menor de 14 anos tem sanção de até 15 anos (art. 217-A do CPB).³¹⁴

³¹¹ BRASIL. **Lei nº 5.276, de 24 de abril de 1967**. Dispõe sobre a profissão de Nutricionista, regula o seu exercício, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

³¹² BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1976.

³¹³ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

³¹⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 427.

Essa nova lei nasceu com a “pretensão” de descriminalizar o uso de entorpecentes e intensificar o combate ao tráfico de drogas, mas não foi isso que ocorreu. Nesse sentido, Salo de Carvalho adverte sobre os efeitos da referida Lei 11.343/06.

Apesar de insinuar intervenções redutoras, prevê medidas descarcerizantes que acabam sendo consumidas pela lógica da punitividade, fato que propicia identificar na base argumentativa da nova lei a invenção lógica do discurso de contração de riscos. Ou seja, é enunciada formalmente a política de redução de danos, mas sua instrumentalização reforça a lógica preventiva repressiva.³¹⁵

Nessa linha de pensamento, as palavras de Luciana Boiteux advogam:

Desde logo deve ser registrado que se adota posição favorável à despenalização do uso, por considerá-la como um primeiro passo necessário de uma política criminal de drogas que deverá idealmente incluir a legalização das drogas em sua integralidade. Ao mesmo tempo destaca-se que a posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido despenalizada, na prática, desde a Lei 6.416/77, que ampliou o sursis, e foi reforçada mais adiante pela Lei 9.099/95, que trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo e, mais recentemente, pela Lei 10.259/01, que aumentou o alcance da transação penal. **Na realidade, a tão destacada impossibilidade de usuários serem presos já existia, sendo a nova lei de drogas apenas um símbolo, por ser a primeira vez que se deixa de prever pena de prisão para o delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera do controle penal, enquanto, na prática, pouco altera a realidade social.** (grifo nosso).³¹⁶

Rosa Del Olmo, ao discorrer sobre o problema da diferenciação entre traficante e usuário de drogas em nosso continente, explana:

Na América Latina, no entanto a concepção do consumidor como “doente” teria consequências distintas. Se o que se pretendia nos Estados Unidos com esta separação entre “delinquente” e “doente” era aliviar o consumidor da pena de prisão, nos países periféricos, sem os serviços de assistência para tratamento dos países do centro, o consumidor se converteria em inimputável penalmente. Na prática significou que o consumidor era privado de liberdade e da capacidade de escolha ou vontade, e, portanto, sujeito a um controle muito mais forte.³¹⁷

³¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: um estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. Rio de Janeiro. LUMES Jures, 2010, p. 149.

³¹⁶ BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**, Ano 14, n. 167, out. 2006, p. 8.

³¹⁷ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 37.

Importante mencionar que a distinção entre usuário e traficante reside em questões subjetivas, cabendo ao julgador uma análise quanto à “natureza, quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.³¹⁸ Salo de Carvalho ainda complementa, afirmando que

[...] os espaços de ambiguidade são tão grandes que é evidente perceber como a espécie de imputação será definida pelas metarregras que compõem os quadros mentais dos agentes do sistema punitivo, ou seja, pela pré-compreensão e pela representação que os intérpretes-atores (policial, promotor ou juiz) têm sobre quem é o traficante e quem é o usuário de drogas.³¹⁹

Em tais situações ocorrem pré-conceitos e pré-julgamentos, julgam-se estilos de vidas, vestuário, hábitos musicais, estilos de cortes de cabelos e outros aspectos que frontalmente contrariam princípios penais.

Além da alta volatilidade dos critérios de imputação, as inúmeras condutas descritas no art. 33 demonstram uma diferença de potencial lesivo que torna injustificável a previsão de uma mesma pena. É evidente que as condutas vender, importar e exportar, mesmo dentro da lógica proibicionista, são substancialmente distintas daquelas definidas como guardar, ter em depósito, trazer consigo ou fornecer ainda que gratuitamente. No entanto, a resposta jurídico-penal, para todas, é idêntica: reclusão de 05 a 15 anos e multa.³²⁰

Nessa seara, Marcelo Semer, em seu artigo intitulado *O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico*, informa que

é possível entender um pouco melhor o papel dos juízes neste processo e aquilatar a responsabilidade que têm pela formação de um grande encarceramento – aliás, das maiores populações prisionais do mundo, a brasileira é a única que continua em pleno crescimento.³²¹

³¹⁸ Artigo 28 da Lei de 11.343/2006.

³¹⁹ CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015, p. 633

³²⁰ CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015, p. 634.

³²¹ “Os dados que apresento neste artigo foram fruto da pesquisa de meu doutoramento em Criminologia, recentemente defendido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que envolveu a análise de 800 sentenças de tráfico de drogas em oito Estado do país (SP, RS, PR, MG, BA, MA, GO e PA), entre o segundo semestre de 2013 e o primeiro de 2015. SEMER, Marcelo. O papel dos juizes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

Nesse mesmo trabalho, ele fornece subsídios e pistas para se responderem às questões feitas, anteriormente, ao apresentar os resultados do levantamento dos dados de sua pesquisa, que trazem informações relevantes sobre o tipo de encarcerados, as infrações que cometeram em relação às drogas e alguns aspectos socioeconômicos que envolvem os presos.

Marcelo Semer esclarece:

O primeiro dado situa quem são os “traficantes”, os réus destes processos: pelo menos dois terços deles são pobres (número que só não é maior pela falta de dados em muitas sentenças); 80% são primários. Em pouco mais de 70% dos processos, há apenas um réu envolvido (a média geral é de 1,52 acusados por processo, ou seja, nem chega a dois). Menos de 10% das pessoas presas foram encontradas com armas de fogo. As apreensões de dinheiro, quando existem, são em regra pouco expressivas: a média não passa de R \$266,00, sendo que 67% das apreensões se dão com menos de 10% do salário-mínimo.³²²

Nesse diapasão, Marcelo Semer apresenta os resultados das sentenças que analisou, a saber: “média de 78% de condenação; pena-base fixada no mínimo apenas em 52% dos casos; pena definitiva três vezes superior à menor pena possível (1 ano e 8 meses de reclusão)”,³²³ decisões nada diferentes da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, o chamado tráfico privilegiado, “apesar da baixa reincidência e da pouca denúncia por associação. O redutor do tráfico é empregado apenas em 44% dos casos e no seu patamar maior (2/3 da pena), só em 20% dos processos”.³²⁴⁻³²⁵

Outro dado importante levantado é que, com o advento da decisão do STF nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, que expressamente permitiu aos primários a

³²² SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

³²³ SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

³²⁴ SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

³²⁵ Corroborar a informação os números apresentados nos Anuários Brasileiros de Segurança Pública que demonstram a ideia de um aumento na quantidade de pena aplicada pelos juízes. Nos comparativos dos anos 2012 e 2013, porém, os dados parecem demonstrar uma espécie de estabilidade elevada: (a) penas aplicadas até 4 anos = 2012: 18,2%; 2013: 18,3%, (b) penas aplicadas entre 4 e 8 anos = 2012: 29,6%; 2013: 30%, (c) penas acima de 8 anos = 2012: 52,2%; 2013: 51,7%, e destas (d) acima de 15 anos = 2012: 29%; 2013: 26,8 ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA *apud* CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015.

substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, “apenas 16% a fixam e o regime mais comumente empregado ainda é o fechado (68%)”.³²⁶

Ainda no que tange à pesquisa de Marcelo Semer, no que diz respeito à análise da prova, “ela é quase toda construída sobre as palavras dos policiais. Considerados como portadoras de fé pública ou legitimidade sempre presumida”, em flagrante e errônea confusão com o conceito que é próprio ao direito administrativo, o que quer que digam esses policiais tem “especial eficácia probatória. Tudo que é contrário a seus relatos está “isolado” nos autos”.³²⁷

Marcelo Semer ainda informa sobre o processo de julgamento dos crimes relacionados à lei de drogas. Alega ele que

[...] Em muitos casos se conclui que os juízes estão julgando não os réus, mas o próprio crime de tráfico. “Seus fundamentos são assim indicativos: “o narcotráfico é o flagelo da humanidade. Semeia terror e morticínio”; “o tráfico é uma das condutas mais danosas que existe no seio da sociedade moderna”; “nefastas são as suas consequências, eis que promove a decadência dos valores”; “Inexiste delito mais odioso”; “coloca em risco a própria existência sadia da humanidade”.³²⁸

Pelo exposto até esse ponto, oportunas são as palavras de Salo de Carvalho, ao afirmar que

a conclusão evidente, mas ao mesmo tempo surpreendente, é que a política de guerra às drogas é grande fracasso, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Por outro lado, seu efeito visível é a constante violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população.³²⁹

Um ponto relevante que precisa ser analisado nesse processo de encarceramento em massa, à luz dos princípios constitucionais penais, é a banalização das prisões preventivas, especialmente no Brasil.

Nessa seara, a Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) advertiu que “a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em

³²⁶ SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

³²⁸ SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019.

³²⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52.

muitos países da região.”³³⁰. Apontou ainda o referido documento, em relação às pessoas privadas de liberdade nas Américas, que a prisão preventiva em excesso acaba por destacar que tal disfuncionalidade do sistema de justiça penal pode ser a causa de outros problemas como a não separação entre processados e condenados e a superlotação.³³¹

Acerca do mesmo tópico, complementa Luigi Ferrajoli:

Nas últimas décadas, o sistema de penas traçado na época das codificações entrou em profunda crise. Para esta crise têm contribuído múltiplos fatores: **a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena**; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo.³³² (grifo nosso).

Constitui, portanto, realidade incontestável e assustadora a prisão preventiva em excesso nas Américas, situação reconhecida inclusive pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ao confirmar que, “durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias, na qual se fez referência ao “amplo uso da detenção preventiva”, chegando-se a estimar que, na região, “mais de 40% da população carcerária se encontra em prisão preventiva”.³³³

A CIDH, em seu item 10, ponderou que

a aplicação desta medida afeta de maneira ampla e desproporcional as pessoas pertencentes a grupos economicamente mais vulneráveis, que, em geral, encontram obstáculos no acesso a outras medidas cautelares, como a fiança, nem podem aportar os gastos que implicam a representação de um advogado particular, contando apenas com a defensoria pública e suas limitações.³³⁴

³³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. [Washington]: OAS, 2013.

³³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. [Washington]: OAS, 2013, p. 1.

³³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 329.

³³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *apud* COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. [Washington]: OAS, 2013, p. 2.

³³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. [Washington]: OAS, 2013, p. 15

Essa é uma situação bastante grave, pois, no Brasil, por exemplo, 28,9% dos presos são provisórios, por não terem tido suas condenações ainda transitadas em julgado. Tal porcentagem é preocupante e alarmante, mormente dentro de um sistema penitenciário colapsado.³³⁵

Para se atingir essa alta porcentagem, utiliza-se o fundamento da garantia da ordem pública, o mais aplicado pelos juízes brasileiros, para afirmarem a existência de um possível *periculum libertatis*, o perigo resultante “do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, segundo Aury Lopes Junior.³³⁶ Vale dizer que a prisão preventiva garantiria a ordem pública.

A prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública tem sua origem na Alemanha nos anos 1930, década na qual o nazifascismo procurava uma anuência formal, geral e aberta para encarcerar cidadãos. Essa hermenêutica, embora dissimuladamente, prevalece nos dias de hoje e “tem servido a diferentes senhores adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem (sic) utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.³³⁷

Alexandre Morais da Rosa assim se manifesta acerca da alegação da ordem pública, para subsidiar prisões preventivas:

O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a dita “ordem social”? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente “vagos” e “ambíguos” [...] para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, aquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode construir artificialmente tais pseudo-requisitos, cuja falsificação – pressuposto – diante da contenção, será inverificável.³³⁸

³³⁵ BRASIL. **Resumo dos dados da prisão**. [Brasília]: Estudos, 2021.

³³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 690.

³³⁷ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 6 fev. 2015.

³³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 309.

Por essas razões, Aury Lopes Junior peremptoriamente afirma que

é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Obviamente que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública”.³³⁹

Nesse panorama, outra informação de relevo é a antecipação da execução provisória da pena em evidente inversão do princípio da presunção de inocência.³⁴⁰

No julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do então ministro Teori Zavascki, datado de 17/02/2016. O tribunal entendeu pela possibilidade de execução da pena após decisão em segunda instância. Apresenta-se, a seguir, a ementa da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.³⁴¹

³³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 651

³⁴⁰ Em que pese conclusão da jurisprudência e da doutrina entenderem que execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva, acreditamos nesta pesquisa que o efeito de ambas é o mesmo, sendo que corroboram para o desenfreado encarceramento em massa. Confirma emenda do Hc 387.560 do STJ que discute a presente diferenciação:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e deve ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 387.560/SP**. Rel.: Min.: Ribeiro Dantas. Brasília, STJ, 2017.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 fev. 2016.

A supracitada decisão modificou o entendimento firmado desde o julgamento do HC n. 84.078/MG,³⁴² que entendia pela incompatibilidade de execução da pena ante o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ainda, estabelecia que a prisão só poderia advir por meio de cautelar, ou seja, a prisão preventiva com seus requisitos legais.

Portanto, a referida decisão de 2016 provocou grande repercussão no meio jurídico, pela possibilidade de execução da pena ainda pendente de se esgotar toda a cadeia recursal. Nesse sentido, foram ajuizadas as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, nas quais se requer a declaração de plena vigência e constitucionalidade do art. 283 do Código Processo Penal (CPP). Assim determina o artigo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (redação da época do julgamento da ADCs 43, 44 e 54).³⁴³

Em 2018, fora ajuizada nova ação declaratória de constitucionalidade, a de número 54, com o mesmo objeto das ações anteriores. No julgamento do mérito das três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54), o tribunal voltou ao entendimento firmado em 2009, e decidiu pela impossibilidade de execução de pena em grau de apelação, na pendência de recurso especial ou extraordinário. Dito de outra forma, instalou-se um limbo no qual o entendimento permitia a prisão em segunda instância entre os julgamentos de 2016, o HC 126.292 corrigido em 2018, mediante o ADCs 43, 44 e 54.

Certamente, ainda que esse erro tenha sido corrigido, deixa reflexos no sistema de justiça, como, por exemplo, a criação de uma "ilegítima expectativa punitivista".³⁴⁴ Prova disso é a implementação da lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, que estabelece para as decisões do tribunal do júri a prisão provisória condicionada ao *quantum* da pena imposta na sentença.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7/MG. Rel. Min. Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, 5 fev. 2009.

³⁴³ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

³⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, 139.

Nessa direção, Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa, esperançosos de que o STF extinga uma grave inconstitucionalidade do pacote anticrime (Lei 13.964/2019), em um artigo intitulado *Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional*³⁴⁵ se ocupam da nova redação do artigo 492 e a prisão 'obrigatória', caso o réu seja condenado no tribunal do júri a uma pena igual ou superior a 15 anos. Leia-se referido artigo:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.³⁴⁶

Na redação do supracitado artigo, o aspecto mais polêmico se alojaria nos enunciados finais da alínea (e) introduzida pela Lei 13.964/2019, na determinação da “execução provisória da pena, quando for igual ou superior a 15 anos”, que, na opinião de Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa, constitui, indubitavelmente, crasso equívoco do legislador, porquanto afronta direta e abertamente à Lei Maior.³⁴⁷

Em comentário à referida alínea (e), o penalista Paulo de Souza Queiroz alerta que ela “viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado”,³⁴⁸ marco condicionado pelo STF.

Considere-se, ainda, que o tribunal do júri é um órgão colegiado, porém, integrante de primeiro grau de jurisdição, e, por isso, quaisquer de suas decisões ainda podem ser revisitadas em âmbito probatório na ocorrência de um julgamento da apelação.

Paulo de Souza Queiroz apresenta pontos negativos a se considerarem em relação à inconstitucionalidade da presente alteração legislativa da lei (13.964/2019). Na sequência, transcrevem-se alguns deles.

³⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020.

³⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020.

³⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020.

³⁴⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. São Paulo: Do Autor, 2019.

- 1) Defende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente à prisão preventiva;
- 2) Viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade;
- 3) Estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente;
- 4) só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado;
- 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.³⁴⁹

Verdade seja dita, não se sabe o impacto da referida legislação penal populista sobre o sistema carcerário, uma vez que faltam estudos e relatórios técnicos para se compreenderem seus reais contornos e desdobramentos. Sabe-se que os crimes contra a vida são em menor escala se comparados com crimes cometidos pelo tráfico de entorpecentes ou crimes contra o patrimônio (roubo), mas é óbvio que podem servir de incentivo e supedâneo para outras decisões populistas com as quais se sacrificam os direitos e as liberdades constitucionais, em nome do irresponsável processo de expansão penal.

É nesse contexto que se inserem as ambivalências da teoria do Garantismo Penal no Direito penal brasileiro, sob as bases da estrutura pós-moderna-globalizada de um Direito penal cada vez mais atuante e incisivo no seu papel de selecionar seu público-alvo.

Nessa linha de raciocínio, Massimo Pavarini e André Giamberardino, ponderam:

O crescimento da "multidão de excluídos, tanto do mercado de trabalho como dos serviços assistenciais enfraquecidos, torna cada vez mais impraticável politicamente o projeto de uma ordem social construída em torno à inclusão. Trata-se da era do miserável declínio da ideologia reeducativa e da

³⁴⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. São Paulo: Do Autor, 2019.

emergência e triunfo das políticas de controle social fundadas na fé na práxis da neutralização seletiva, coerentemente à linguagem da guerra ao inimigo interno.³⁵⁰

Em síntese, e respondendo aos questionamentos feitos anteriormente, não se pode afirmar que o Direito penal vem sendo aplicado de forma garantista. Pelo contrário, esse discurso tem sido utilizado para marcar a aplicação máxima do Direito penal para, com isso, colapsar o sistema carcerário, que, sabida e comprovadamente, é lugar de segregação e de aniquilação de grupos indesejáveis.

4.2 A constitucionalização da tutela penal como forma de limitação da expansão punitiva

O garantismo penal possui seus pilares no direito penal mínimo, que se constrói no SG e apresenta dez condições e/ou limites (axiomas) como garantias do cidadão frente ao poder estatal, como já discutido anteriormente.³⁵¹

Nessa senda, complementa Henrique Abi-Ackel Torres, ao apontar o garantismo como “estabelecimento de limites e vínculos ao poder, para minimizar ameaças.”³⁵² Em outro ponto de seu texto, afirma o autor que o garantismo “teve sua origem na Criminologia crítica; situa-se como um modelo de Política Criminal que busca viabilizar a aplicação do Direito penal mínimo, já que seu fundamento primordial é que o Direito penal não é remédio para todos os males da sociedade”.³⁵³

Nesse sentido, Alessandro Baratta informa ser a “idéia (sic) da mínima intervenção penal como idéia-guia (sic) para uma política penal”.³⁵⁴ E é nesse sentido, em defesa do Direito Penal Mínimo, que alguns autores, e entre eles especialmente Alessandro Baratta, cunharam a expressão “Direito Penal da Constituição”, na qual a Constitucionalização do Direito Penal se configura como importante ferramenta para a contenção da expansão da tutela penal, por meio de seus princípios penais.

³⁵⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penalologia e execução penal**. Florianópolis: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 43.

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

³⁵² ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: D’Placido, 2018, p. 169

³⁵³ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**, Belo Horizonte: D’Placido, 2018, p. 187-188.

³⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 299.

Alessandro Baratta explica ainda que

a lei penal mínima é, ao mesmo tempo, como se viu, a “lei penal da Constituição”. Representa o espaço residual para a intervenção punitiva no quadro de uma política abrangente de proteção de direitos, no caso de graves violações de direitos fundamentais e de uma exigência social incontornável o tornarem necessário. Como direito penal da Constituição, o direito penal mínimo pressupõe um esforço contínuo do imaginário social para o controle do sistema punitivo e dos mecanismos de criminalização, para a reforma da legislação, justiça, polícia e prisão. Tal esforço será direcionado para a efetivação dos princípios constitucionais em matéria penal e para a aplicação dos resultados das pesquisas mais avançadas sobre o funcionamento dos sistemas penais e sobre as políticas públicas de proteção dos direitos humanos. (tradução nossa).³⁵⁵

Complementando esse assunto, Henrique Abi-Ackel Torres, ao discorrer sobre o papel limitador da Constituição na aplicação da tutela penal e dos mecanismos de criminalização, ensina:

A valoração deve partir da Constituição (como limite), mas também dos Direitos Humanos e sociais, relacionando-se com os princípios da individualização da conduta e da ofensividade. De forma definitiva: os valores penais selecionados pelo ordenamento jurídico devem ser apenas aqueles cuja vulneração representa infração suficientemente grave, que pode gerar desestabilização social.³⁵⁶ (grifo nosso)

Deduz-se, portanto, que a Constituição é o limite. No entanto, isso não impede que haja outras amarras e instrumentos para castrar o Sistema penal, reduzindo-o ao mínimo, como o exemplo dado anteriormente sobre Direitos Humanos e sociais.

Ainda tratando do conceito de Direitos Humanos como limite à tutela penal, impende abordar escritos de Alessandro Baratta como objeto e limite da lei penal, na importante obra *Criminologia e sistema penal*.

³⁵⁵ El derecho penal mínimo es, al mismo tiempo, como se ha visto, el "derecho penal de la Constitución". Representa el espacio residual de la intervención punitiva en el marco de una política integral de protección de los derechos, en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario. Como derecho penal de la Constitución, el derecho penal mínimo presupone un esfuerzo continuo de la imaginación social por el control del sistema punitivo y de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la justicia, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos". BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 299

³⁵⁶ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**, Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p. 173.

O autor explana que:

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, **uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal**. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas as funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social.³⁵⁷ (grifo e tradução nosso)

Na contramão do que se apresentou anteriormente, quando os Direitos Humanos não conseguem limitar o Direito penal, sofre agressões de um Sistema Penal ilegítimo; o resultado disso é apresentado por Luciano Santos Lopes, quando leciona:

Diversas são as agressões do sistema penal aos direitos humanos: tortura; polícia arbitrária (violência policial e abuso de autoridade); prisões ilegítimas; prazos judiciais e prisionais descumpridos; Defensorias Públicas sem aparato necessário para defesa dos excluídos; violência do cárcere (efeito criminógeno do cárcere; instituições totais; prisão como um estado paralelo, onde prevalece a violência física e mental).³⁵⁸

Nesse importante capítulo, Alessandro Barrata, ao analisar “os sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, em sua organização e em suas funções reais”, com base nos Direitos Humanos como limite penal, resume os resultados elencando-os em cinco proposições que listamos, a seguir.

(1) A pena, especialmente em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade.³⁵⁹ (tradução nossa)

³⁵⁷ “El concepto de los derechos humanos asume, en este caso, una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal”. Un concepto histórico-social de los derechos humanos ofrece, en ambas funciones, el instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa del control social.” BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 299-300.

³⁵⁸ LOPES, Luciano Santos. A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal. **Revista do ICP - Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 175-215, 2007, 174.

³⁵⁹ “a) la pena, especialmente en sus manifestaciones más drásticas, que tienen por objeto la esfera de la libertad personal y de la incolumidad física de los individuos, es violencia institucional, esto es,

Prosseguindo, apresenta-se o segundo ponto elencado por Alessandro Baratta:

(2) Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal (legislador, Polícia, Ministério Público, juízes, órgãos de execução) não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados. Não obstante, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.³⁶⁰ (tradução nossa)

No terceiro ponto, a seguir, vislumbra-se o caráter seletivo do sistema penal, que, como se sabe, é consequência primária da expansão ilegítima do sistema penal.

(3) O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal).³⁶¹ (tradução nossa)

Todo ele [o sistema] está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de os comportamentos socialmente negativos estarem distribuídos em todos os estratos sociais e de as violações mais graves aos direitos humanos ocorrerem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais.³⁶² (tradução nossa)

limitación de derechos y represión de necesidades reales fundamentales de los individuos, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder legítimo o del poder de facto en una sociedad.” BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 300-301.

³⁶⁰ “b) Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados. Sin embargo, en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos.” BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 301.

³⁶¹ c) El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal). BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 301.

³⁶² Todo ello está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, em particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales, y de que las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales BARATTA, Alessandro. **Criminología y**

Na sequência, o quarto ponto elencado por Alessandro Baratta, que, como já previsto nesta pesquisa, se aproxima do pensamento de Louk Hulsman³⁶³, prestigiado criminólogo holandês conhecido por desenvolver a teoria do abolicionismo penal, e é um dos principais nomes do movimento, ao afirmar que o sistema punitivo causa sofrimentos desnecessários.

(4) O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também, por efeito da intervenção penal, podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos.³⁶⁴ (tradução nossa)

Por fim, na sequência, corroborando o último ponto apresentado por Alessandro Baratta, Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido afirmam que “o espaço carcerário e os discursos que giram em seu entorno parecem, mas não são legítimos. São espaços permanentes de violações e suspensões de direitos cancelados nos fins e nas formas pelas instituições públicas, perenizando a exceção tal como ocorre no campo”.³⁶⁵

(5) “O sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo como funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena.³⁶⁶ (tradução nossa)

Até este ponto, pode-se afirmar que os Direitos Humanos exercem papel central na limitação da expansão penal, servindo como freios para a acelerada escalada da expansão penal.

sistema penal (Compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 301.

³⁶³ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 58

³⁶⁴ “d) El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de ja intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos.” BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam).** Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 302.

³⁶⁵ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila **Execução penal e resistências.** Belo Horizonte D'Placido, 2018, p. 36.

³⁶⁶ e) El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena”. BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam).** Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, 302.

Como se pôde notar, no segundo capítulo deste trabalho - Garantismo e Constituição -, a constitucionalização dos direitos e das garantias fundamentais definem e limitam as funções do direito penal. Por seu turno, quando essas funções não são observadas, surge o expansionismo penal ilegítimo, advindo de seus principais movimentos, e sobrevivendo como maior consequência o colapso do sistema penal, trabalhado criteriosamente e detalhadamente no terceiro capítulo desta dissertação.

Nessa trilha, a professora e criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade apresenta o impasse entre a deslegitimação e a expansão penal em sete argumentos. Para tanto, sintetiza competentemente a ambivalência entre o Garantismo como Política Criminal Contemporânea e o processo de expansão penal ilegítimo.³⁶⁷

No primeiro dos sete argumentos, a autora confirma o que apontamos no terceiro capítulo: os movimentos expansionistas (eficientismo) são utilizados no pretense combate à criminalidade e, como se demonstrou, em nada diminuem a violência, pelo contrário, apenas corroboram o sistêmico quadro de expansão penal ilegítimo.

Nesse ponto, vale mencionar que a supracitada criminóloga supre um significado para “eficientismo”, mas que se podem englobar quaisquer dos movimentos discutidos nesta pesquisa como causa da expansão penal (direito emergencial à luz da sociedade de risco, populismo penal, inflação legislativa e o movimento de lei e ordem) que se agregam ao efficientismo já abordado anteriormente neste texto.

Nas palavras da referida criminóloga,

[...] efficientismo, em rigor, é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal (e ao consenso de Washington), em que a contrapartida da minimização do Estado social é precisamente a maximização do Estado penal e à qual devemos remontar para compreender seu inequívoco significado político funcionalmente relacionada à convenção da ordem social.

Isso posto, aborda-se o primeiro dos sete argumentos apresentados por Vera Regina Pereira de Andrade:

1. Na trajetória secular da modernidade da colonialidade (América Latina), a política criminal se confronta com seu próprio estatuto, valendo para o efficientismo o velho conceito de combate à criminalidade, ao mesmo tempo

³⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012 (pensamento criminológico).

em que abolicionismos e minimalismos tensionam e redefinem sua identidade.³⁶⁸

A seguir, o segundo argumento apresentado pela autora.

2. Minimalismos e abolicionismos constituem não apenas dobramento da revolução de paradigmas em Criminologia, mas tencionam o conceito e o campo da Política criminal, contribuindo decisivamente para uma revisão de sua identidade ao redefini-la, não como espaço de luta contra a criminalidade, mas como espaço de luta contra a criminalização (minimalização-abolição) e abertura de um caminho que vai das penas alternativas (à prisão) às alternativas à pena e ao controle penal, com a transferência dos problemas e dos conflitos definidos como crime e outros campos de controle social (seja dialógico, terapêutico, restaurador, indenizatório, jurídico ou de outro tipo) ou ainda nenhum campo (autogestão comunitário).³⁶⁹

Na sequência, o terceiro argumento apresentado por Vera Regina Pereira de Andrade.

3. O horizonte de projeção da Política Criminal é hoje, portanto, no contexto do capitalismo globalizado neoliberal, um campo complexo e ambíguo atravessado por respostas contraditórias que invocam tanto a maximização da luta contra a criminalidade (maximização eficientista da criminalização), quanto a minimização e a abolição da própria criminalização, oscilando entre mais pena, menos pena ou nenhuma pena.³⁷⁰

No paradoxo legitimidade versus eficiência, é o discurso eficientista que assume a primeira posição e, com isso, vislumbra-se um movimento expansionista por dentro da deslegitimação do sistema penal e em desrespeito às normas constitucionais.

A seguir, o quarto argumento.

4. Apesar da convivência contraditória entre diferentes modelos de Política Criminal e diferentes hermenêuticas da crise (legitimidade versus eficiência), o movimento político-criminal real e hegemônico é o eficientismo, enquanto a crise real é de legitimidade, resultando daí que vivemos a “expansão” do sistema penal “por dentro” e “apesar” da deslegitimação. Exige-se que o sistema deslegitimado se expanda e siga sendo (mais) eficiente.³⁷¹

³⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295.

³⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295

³⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295

³⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295

Avança-se para o quinto ponto.

5. A ambiguidade do horizonte política-criminal tem sido resolvida, portanto e soberanamente, numa unidade funcional pragmática de cunho reformista-continuista ou conservador: o caminho único neoliberal em controle penal tem se resolvido pelo sucesso da regulação, à deriva das violências denunciadas, da dignidade e das vidas violadas e perdidas.³⁷²

Nesse argumento, a autora alerta para o quanto é perigosa a utilização de pontos ou recortes de discursos minimalistas/garantistas que, não raras vezes, são utilizados como base de sustentação para prisões e expansões indevidas dos tentáculos do sistema penal.

Segue-se ao sexto argumento.

6. Chego, dessa forma, ao retrato da crise do sistema penal com uma crise complexa que, sem deixar de ser uma crise crescentemente aguda de legitimidade, é potencializada por uma crise de expansão, inclusive com apropriação de elementos de discurso minimalista (prevencionistas, garantistas e comunitaristas) para a relegitimação expansionista do sistema penal.³⁷³

Ao concluir seus argumentos, a referida autora nos apresenta a real situação do sistema penal, ou seja, em crise diante dos direitos e garantias constitucionais; porém, em seu real papel de contenção e aniquilação de grupos marginalizados, ele é mestre, um sucesso. É o que veicula o sétimo argumento.

7. A crise do sistema penal que está em curso, mais distante de se consumir, desenvolve-se entre a deslegitimação e a expansão, entre a importância da desconstrução crítica e a potência da reconstrução pragmática. A máxima foucaultiana nunca foi tão atual: o fracasso (humanista) da prisão é, ao mesmo tempo, o seu sucesso (regulador).

Nesse sentido, o Constitucionalismo Garantista tem como fim a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, ou seja, a materialização da democracia, através das garantias fundamentais que que o Sistema de Garantias prescreve, e, com isso, o marco teórico constitucional garantista se distancia das formas arbitrárias do Poder Estatal e garantem um direito penal mínimo - premissa maior do garantismo.

³⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295

³⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 295

O Constitucionalismo Garantista prevê a proteção das garantias constitucionais, sejam estas primárias e “consistentes em obrigações e proibições imediatamente correlatas aos direitos previstos nas Constituições, ou mesmo secundárias, isto é, consistentes na reparação jurídica das violações das garantias primárias - que dependem da efetividade dos direitos estabelecidos e, portanto, da própria democracia condicional”.³⁷⁴

“Tais garantias são, de fato, destinadas à tutela daquilo que denominei “esfera do não decidível”, desenhada pelas quatro classes de direitos - políticos, civis, sociais e de liberdade, nos quais se articulam quatro correspondentes dimensões da democracia”, diria Luigi Ferrajoli.³⁷⁵

A esta altura, em comento à expressão “garantias constitucionais”, Luigi Ferrajoli esclarece:

Com a expressão “garantias constitucionais” se alude tanto à “rigidez” da Constituição, isto é, à imodificabilidade dos princípios, dos direitos e dos institutos por ela previstos, a não ser com procedimentos de revisão qualificados, bem como ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis ordinárias com eles em contradição. Trata-se, na verdade, de uma noção complexa, que é oportuno seja decomposta em noções distintas: de um lado, a rigidez, que é um aspecto intrínseco das normas constitucionais; de outro, complexo conjunto de suas garantias, primárias e secundárias, as quais requerem, por sua vez, que sejam diferenciais e analisadas.³⁷⁶

O eminente jurista italiano explica que

a rigidez constitucional não é, propriamente, uma garantia. Cuida-se de uma característica estrutural das Constituições associadas à colocação destas no vértice da hierarquia das normas, razão pela qual as constituições são rígidas por definição, pois, se não o fossem, não seriam, na realidade, constituições, mas equivaleriam a leis ordinárias.³⁷⁷

Complementando as argumentações anteriores, José Afonso da Silva discorre sobre a rigidez e a supremacia da constituição.

³⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

³⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 67-68.

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

A rigidez condicional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, *princípio da supremacia da Constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a reorganização dos seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, é só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.³⁷⁸

Luigi Ferrajoli ainda alerta para um possível problema na rigidez constitucional, “o fato de que uma excessiva rigidez das Constituições equivaleria a limitar os poderes constituintes das gerações futuras e, de um modo geral, os princípios da democracia política”.³⁷⁹ A este argumento, com base no Constitucionalismo Garantista, o magistrado italiano responde:

O princípio do constante direito de todas as gerações decidir a respeito do seu futuro serve, como um aparente paradoxo, para sustentar a tese exatamente oposta àquela da existência de um poder constituinte permanente e radical como expressão da soberania popular: atua em favor, precisamente, da tese de que a própria rigidez constitucional é uma garantia essencial à soberania popular das futuras gerações e dos próprios poderes das futuras maiorias.

Ainda neste sentido, prossegue o jurista italiano:

[...] com base nisso, deve ser vedada, no mínimo, a revisão dos princípios constitucionais supremos estabelecidos com o fim de salvaguardar futuramente a soberania popular e os poderes da maioria: o método democrático, os direitos políticos e o sufrágio universal, os próprios direitos de liberdade e os direitos sociais, que formam o pressuposto elementar do consciente exercício dos direitos políticos. Em outras palavras, a rigidez ata as mãos das gerações presentes para impedir que sejam por essas amputadas as mãos as gerações futuras.³⁸⁰

Nesse sentido, a rigidez constitucional é fundamental para a constitucionalização da tutela penal em um Constitucionalismo de matriz Garantista que apregoa que “prever a validade das leis e a legitimidade da política são (ações)

³⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Editora Frase Ltda, 1999, p. 47

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 69.

³⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 69-70.

condicionadas ao respeito e à efetivação das garantias estipuladas nas Constituições”³⁸¹. Resta por notório que esse novo modelo normativo se presta a limitar a expansão punitiva. Dessa forma, a Constituição deve ser entendida como ponto de partida e/ou limite ao Direito penal, que dela deve se derivar. Essa é a correta interpretação das normas em um sistema garantista.

Nesse sentido, assim se manifesta Rodrigo Iennaco:

Essa é a única opção metodológica capaz de edificar um projeto de Direito Penal que, segundo a Constituição, resulte em um desenho reducionista do poder punitivo, que se estabeleça limitado pelo Direito Penal, tarefa que, por definição, se pode (e deve) atribuir ao poder judiciário na Democracia.³⁸²

Ainda nessa direção, citem-se palavras de Daniela Moreira de Souza que bem definem o pensamento de Luigi Ferrajoli.

A matriz garantista busca a consolidação dos direitos fundamentais e a limitação do poder coercitivo do Estado. O poder punitivo estatal se expressa em demasiada violência em relação ao indivíduo, seja por meio da segurança preventiva e ostensiva, seja por meio das estruturas de cumprimento da pena. Esta violência é vertical e institucionalizada. **A matriz disciplinar do Estado Constitucional de Direito, como proposto pelo professor Luigi Ferrajoli, visa imprimir a todo ordenamento jurídico um novo papel, contrapondo-se ao jusnaturalismo, com o fim de reconstruí-lo, adequando-o aos valores constitucionais.**³⁸³ (grifo nosso)

Portanto, faz-se urgente e é necessária a devida aplicação dos preceitos do garantismo, pois, só assim se pode construir uma sociedade mais justa e solidária.

Nessa senda, Henrique Viana Pereira adverte que

não adianta pensar em formas menos gravosas de se punir e em como punir, se não se parar de punir tudo e todos sem observância de premissas garantistas. A lógica deve ser de mínima intervenção penal, com uma máxima proteção às garantias fundamentais dos cidadãos.³⁸⁴

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 12.

³⁸² IENNACO, Rodrigo. **Bem jurídico e perigo abstrato**: um desenho hermenêutico da ofensividade. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 26.

³⁸³ SOUZA, Daniela Moreira de. **A polícia que precisamos**. Belo Horizonte D'Plácido, 2018, p. 30.

³⁸⁴ PEREIRA, Henrique Viana. As teorias da pena diante do garantismo e da deslegitimação do excesso. **Juris Plenum Ouro**, n. 64, nov. 2018. p. 7.

Nesse sentido, parece que a aplicação de um legítimo direito penal mínimo com a observância de todas as premissas garantistas é o procedimento mais adequado, na mesma medida em que o abolicionismo também não é a solução.

Nessa sociedade do terceiro milênio, a abolição radical da pena é utopia, algo inimaginável e que arrastaria a sociedade ao caos social. Não se nega aqui que a atual situação penal é de aniquilamento e segregação de corpos marginalizados, por isso, propõe-se uma aplicação legítima do direito penal mínimo que reverta essa triste realidade, e não o direito penal máximo com roupagem de garantismo, como vem sendo aplicado.

Se se defende o abolicionismo radical do sistema penal, por consequência, se sustentará a abolição da expansão legítima do direito penal na proteção de relevantes bens jurídicos, inclusive os já mencionados “novos” bens jurídicos da sociedade de risco, como, por exemplo, o meio ambiente, a economia e até a abolição da proteção de bens jurídicos de valores relevantes na defesa dos direitos e das garantias fundamentais.

Henrique Abi-Ackel Torres, ao discorrer sobre a expansão racional do Direito penal, complementa:

Há, de fato, uma tendência para expansão do Direito penal, ao menos em alguns pontos de sua aplicação. Deter a expansão racional desse ramo do Direito é um pouco realista. Esta expansão deriva da complexidade da sociedade pós-moderna e das relações sociais atuais. Nesse contexto, a discussão política-criminal é interessante, e não deve deixar de ter em conta a importância do minimalismo, especialmente em relação aos princípios. Isso também é importante do ponto de vista do pensamento formulador da Política Criminal, pois essa conduz os critérios do legislativo que plasmarão as normas jurídicas.³⁸⁵

Em síntese, a tutela penal deve ser direcionada por um direito penal mínimo. Há que se ter em mente que, no discurso minimalista, considera-se o Direito penal como relevante mecanismo para o controle social. Sua utilização legítima, porém, pode ocorrer apenas em um juízo de *ultima ratio*, isto é, se se forjarem aparatos formais menos violentos de controle social, como as sanções impostas pelos aparelhos ideológicos de Estado,³⁸⁶ o direito civil e o administrativo, entre outros,

³⁸⁵ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva, Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p. 174.

³⁸⁶ Da obra do filósofo francês, nascido argeliano, Louis Althusser, *Aparelhos Ideológicos de Estado* (1970). Segundo o autor, esses Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE) seriam: religião (o sistema das diferentes Igrejas); escola (o sistema das diferentes escolas públicas e privadas); família; o

assim como também pode se controlar a sociedade por via de aparelhos ideológicos de estado, como a família, a escola (o mais influente aparelho) e a religião.³⁸⁷

Ainda tratando desse tema, citem-se passagens de Ferrá de Olivá e Roxin, nas quais afirmam eles que “o princípio da *ultima ratio* (também chamada subsidiariedade) indica-nos que a pena é o último recurso de que dispõe o Estado para resolver os conflitos sociais”. Isso significa que apenas diante do fracasso de outras instâncias de controle social capacitadas para decidir sobre conflitos é que se pode recorrer ao Direito Penal. Porém, “é cada vez mais frequente a denúncia de utilização do direito penal, não como *ultima ratio*, senão como *sola* ou *prima ratio*, para a solução dos conflitos sociais”.³⁸⁸

Em relação ao tema, Luigi Ferrajoli explica que a tutela penal deve ser orientada por um direito penal mínimo “condicionado e limitado ao máximo, que corresponda não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza”,³⁸⁹ e ainda combinado com sua devida constitucionalização e que opere como limite à expansão ilegítima do sistema penal.

Feitas essas argumentações sobre as ambivalências entre a expansão do Direito penal e o garantismo constitucional, no capítulo 5, tecemos considerações gerais e finais sobre esta investigação.

sistema jurídico; o sistema político (os diferentes Partidos) e o sindical (diferentes sindicatos). ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de estado. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

³⁸⁷ LIMA, Gabriela Dourado Nunes de; PEREIRA, Henrique Viana. Movimentos político-criminais: releitura em homenagem aos professores Sheila Jorge Selim de Sales e Ariosvaldo de Campos Pires. In: LENNACO, Rodrigo (org.). **Metadogmática penal centi(nci)smo, ciência e técnica na teoria do delito**: estudos em homenagem à Professora Sheila J. Selim de Sales. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

³⁸⁸ OLIVÁ; ROXIN *apud* BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**, Ano 14, n. 167, out. 2006

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As argumentações apresentadas e as reflexões e análises feitas ao longo desta dissertação buscaram discutir sobre a tutela penal à luz dos direitos fundamentais, defender e propor a limitação da expansão punitiva, almejando um poder de punir em equilíbrio com a intervenção estatal (mínima) e a proteção dos bens jurídicos delimitados nas cartas constitucionais.

Para tanto, obviamente, o Direito penal carece da orientação da Constituição, porquanto, se assim não for, se desprezará a ordem constitucional e o resultado será o expansionismo penal desmedido, fruto do desprezo e distanciamento das garantias constitucionais, e sua aplicação errônea para resolver problemas sociais.

Nesse diapasão, sabe-se que o sistema penal é realmente instrumento de tutela dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, e os bens jurídico-penais precisam realmente fazer parte do núcleo de garantias fundamentais da Carta Magna. Portanto, um modelo garantista de tutela penal exige a proteção dos direitos fundamentais como objeto da intervenção punitiva.

Não se desconhece o papel limitador dos demais princípios penais, associados à Constituição, como a ofensividade, a *ultima ratio*, a culpabilidade etc. Tais questões, claramente, compõem o espectro de legitimação de atuação do sistema penal, após o primeiro filtro de validação ser superado, ou seja, a proteção recair sobre algum direito fundamental. Assim, há uma necessária avaliação principiológica, de necessidade penal, após essa primeira fundamentação.

Dessa forma, o objeto da tutela (os direitos fundamentais) é também o próprio limite à expansão da intervenção punitiva. A tutela penal deve ser associada à proteção de bens jurídicos relevantes, função principal do Direito penal, sob a ótica do garantismo penal, balizado por princípios, e que tem como fundamento a tutela das liberdades dos indivíduos frente às arbitrariedades do Estado.

Quando a tutela penal não segue essas orientações, ocorre a expansão ilegítima do Direito penal. Nesse sentido, foram apontados no texto alguns critérios multiplicadores da expansão penal responsáveis pela veloz escalada punitivista, tais como o direito penal de emergência à luz da sociedade de risco, do populismo penal, da inflação legislativa e da lei e ordem, responsáveis diretos pela crise e colapso do caótico sistema carcerário brasileiro.

Levando-se em conta que a seleção dos bens jurídicos deve se fundar nas necessidades concretas da coletividade e na hierarquia de valores, assertivas que muitos autores acatam, criticou-se severamente, no texto, a seleção de bens jurídicos que perpetuam as relações de dominação entre tais classes, sempre atendendo, em caráter protecionista, às demandas das elites, às camadas socioeconomicamente privilegiadas da população. Tudo isso leva o Direito penal a uma perigosa seletividade, na medida em que discrimina as minorias, as camadas menos privilegiadas da sociedade e agrava a situação dos encarcerados em massa.

Nessa direção, o Constitucionalismo Garantista, por negar o constitucionalismo ético e moral, não mistura Direito e Moral. Assim, reestabelece a ideia de limite e vínculos substanciais, e tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, ou seja, a materialização da democracia, através das garantias fundamentais do Sistema de Garantias. Com isso, o marco teórico constitucional garantista se distancia das formas arbitrárias do Poder Estatal e garantem um direito penal mínimo, premissa maior do garantismo.

Discutidas essas premissas, apontaram-se e discutiram-se ambivalências entre a teoria do garantismo penal e sua real aplicação no Direito brasileiro, cujo produto é a seletividade.

Por fim, defende-se a aplicação legítima dos postulados do garantismo penal, ao contrário do que vem ocorrendo, porque o que se tem visto são decisões arbitrárias com roupagem de garantismo, travestidas de garantistas. Decisões desse tipo se prestam tão somente a perpetuar um sistema penal seletivo e de contenção em massa nos presídios, de grupos marginalizados da sociedade.

Foi dessas questões que esta dissertação tratou, ao propugnar o não expansionismo penal e que a tutela penal deve seguir uma orientação constitucional e legitimar-se na proteção de direitos fundamentais. Isso será possível respeitada a perspectiva constitucional da intervenção punitiva estatal. Por essas razões, questiona-se na pesquisa o modo como se inscrevem os direitos fundamentais, como fundamento para se limitar a atuação do Poder punitivo do Estado, reforçando o argumento garantista de limitação à expansão indevida do Direito Penal.

Em última instância, muito há ainda que se discutir e estudar sobre o objeto de estudo desta pesquisa. Por isso, ela não se esgota neste texto.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de estado. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. [Curitiba]: Empório do Direito, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em 25 ago. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ARNAUT, Luiz. **Constituição Francesa de 1791**. Belo Horizonte: UFMG, 2019. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

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

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BARATTA, Alessandro; BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios do direito penal mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Florianópolis: Habitus, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>. Acesso em 25 ago. 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. Novas funções do cárcere no Brasil contemporâneo. *In*: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATTOS, Virgílio de (org.). **Estudos de execução criminal: direito e psicologia**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 14-17. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/713/1/ISBN_9788598923024.pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 p. 411-436, jan./dez. 2008. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v103i0p411-436.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim)**, Ano 14, n. 167, out. 2006.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, p. 7-45, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. [...]. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1839]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1931]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (DE 16 DE JULHO DE 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático [...]. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1936]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Leis Constitucionais.** Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946).** A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente [...] Rio de Janeiro: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Rio de Janeiro: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 dez. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.276, de 24 de abril de 1967.** Dispõe sobre a profissão de Nutricionista, regula o seu exercício, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5276.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; [...] Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização** - junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. **Resumo dos dados da prisão**. [Brasília]: Estudos, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 387.560/SP. Rel.: Min.: Ribeiro Dantas. Brasília, STJ, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465722045/habeas-corpus-hc-387560-sp-2017-0024688-3/inteiro-teor-465722064>. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7/MG. Rel. Min. Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello, 30 out. 1995. **Diário da Justiça**, Brasília, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, Brasília, 9 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. 1.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 115-140, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/21>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CAMARGO, Luís Antônio Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Crise da arte e crise do direito**. Tradução e notas de João Baptista Villela. Belo Horizonte: Kriterion, 1973.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHOMSKY, Noam. Consentimento sem consentimento: a teoria e a prática da democracia. **Estudos Avançados**, São Paulo v. 11, n. 29, p. 259-276, jan./abr. 1997.

CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/87>. Acesso em: 14 fev. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. [Washington]: OAS, 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Nº 62 de 17/03/2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 14 fev. 2022.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DE FOLTER, Rolf S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparación de lãs ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. *In*: SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie; DE FOLTER, Mathiesen. **Abolicionismo penal**. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEMOCRACIA. *In*: NÚCLEO DE PESQUISA EM POLÍTICAS PÚBLICAS. **Democracia: origens**. São Paulo: USP, 2021. Disponível em: http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_02_Democracia-verbete.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em Unidades Prisionais**

no Brasil: período de julho a dezembro de 2019. Brasília: DPN, 2020. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 out. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-55, jan./mar. 2001.

DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e pessoa no direito penal.** São Paulo: LiberArs, 2012.

FELIPE, Leandra. **Política de tolerância zero nos EUA diminuiu crimes e lotou presídios:** o modelo foi adotado em cidades como Nova York e Chicago. Atlanta: Agência Brasil, 2018. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/politica-de-tolerancia-zero-nos-eua-diminuiu-crimes-e-lotou-presidios>. Acesso em: 10 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9., 2010, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2011. p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. ampl. São Paulo: RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. [Entrevista concedida a] Gerardo Pisarello e Ramón Suriano. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 14 out. 2021.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional moderno.** 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983. 2 v.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. ver. amp.atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. **CSONline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ano 5, n. 12, abr./jul. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/rozzi/Favorites/OneDrive/Downloads/17184-Texto%20do%20artigo-72884-1-10-20110711.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARLAND, David. **La cultura del control**. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GAZOTO, Luíz Wanderley. **Justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>. Acesso em: 18 out. 2021.

GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2, n. 3, p. 248, 2017. DOI.org/10.24861/2526-5180.v2i3.39

GOLDMAN, Marcio. **Como funciona a democracia: uma teoria etnográfica da política**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2006.

GRECO, Luíz. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 6, n. 7, dez. 2005. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luíz Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo v. XIX, n. 1, p. 229-240, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/VMkgyWKytMgnvbF8dchY9sQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2021.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. **Pensar en clave abolicionista**. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: Cinap, 1997.

IENNACO, Rodrigo. **Bem jurídico e perigo abstrato**: um desenho hermenêutico da ofensividade. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

Disponível em:

<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/121/1/Reincid%c3%aancia%20Criminal%20no%20Brasil%20-%20Relat%c3%b3rio%20de%20Pesquisa%20-%20Ipeia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

INSTITUTO PARA PESQUISA DE POLÍTICAS DE CRIME E JUSTIÇA. **Resumo do aprisionamento mundial**. Londres: University de Londres, 2022. Disponível em https://www-prisonstudies-org.translate.google/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-PT&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 11 set. 2021.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1981, p. 353. v. 2.

KARAM, Maria Lúcia. Estado penal, novo inimigo internoetotalitarismo. *In*:

OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de (org.). **Estudos de execução criminal**: direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 116-127. Disponível em:

https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/713/1/ISBN_9788598923024.pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

LIMA, Gabriela Dourado Nunes de; PEREIRA, Henrique Viana. Movimentos político-criminais: releitura em homenagem aos professores Sheila Jorge Selim de Sales e Ariosvaldo de Campos Pires. *In*: LENNACO, Rodrigo (org.).

Metadogmática penal centi(nci)smo, ciência e técnica na teoria do delito: estudos em homenagem à Professora Sheila J. Selim de Sales Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 254-259.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 23 jan. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em: 23 jan. 2022.

LOPES, Luciano Santos. A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal. **Revista do ICP - Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 175-215, 2007.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, p. 83-109., 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 18 out. 2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Constitucionalismo moderno - ideologia, constituição e cinema**: dominação e encobrimento no final da modernidade. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2008. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15670/o-constitucionalismo-moderno-ideologia-constituicao-e-cinema-dominacao-e-encobrimento-no-final-da-modernidade>. Acesso em: 18 out. 2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **Análise econômica do direito penal empresarial e os principais movimentos político-criminais contemporâneos**. São Paulo: Publica Direito, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2004.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Bruno. A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação. **Revista CEPPG**, n. 21, p. 149-165, 2009. Disponível em: http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los congresos de Trento y Frankfurt sobre el Derecho Penal del enemigo. **Revista Penal**, Madrid, v. 18, p. 336, 1997.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Drogas e Crime. **Estudo global sobre homicídio**. Vienna: UNODC, 2019. Disponível em: https://www.unodc.org.translate.google/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-PT&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 14 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil Search. **Homicídio mata mais do que conflitos armados, diz novo estudo do UNODC**. Viena: UNODC, 2019. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/07/homicidio-mata-mais-pessoas-do-que-conflitos-armados-->

diz-novo-estudo-do-unodc.html. Acesso em: 18 out. 2021.

PAPA FRANCISCO. **[Reflexão]**. [S. l.]: Caderno de Mensagem, 2020. Disponível em: <https://www.cadernodemensagens.net/reflexao/os-rios-nao-bebem-sua-propria-agua>. Acesso em: 18 out. 2021.

PARÁ. Tribunal de Justiça. (1ª Câmara Criminal Isolada). **Recurso Penal Em Sentido Estrito: 00034536620058140000**. Relator: Joao Jose da Silva Maroja, 30 out. 2007, 1 nov. 2007. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5546681/recurso-penal-em-sentido-estrito-200530072765-pa-2005300-72765>. Acesso em: 14 out. 2021.

PARADIS, Clarisse Goulart. A tradução do pensamento de Angela Davis para o Brasil: por uma história das origens interseccionais do feminismo. **Cadernos Bangu**, v. 58, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/D5rQkWfMjwSK9vTKzDZC8FQ/?lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2021.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

PEREIRA, Henrique Viana. As teorias da pena diante do garantismo e da deslegitimação do excesso. **Juris Plenum Ouro**, n. 64, nov. 2018. p. 07.

PEREIRA, Henrique Viana. **Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. São Paulo: Do Autor, 2019. Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 14 out. 2021.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Rev. dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Bill of Rights de 1689**. [S. l.]: Sua Pesquisa, 2020. Disponível em: https://www.suapesquisa.com/historia/bill_of_rights.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

RODRIGUES, Felipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

- ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Vegas: Lisboa, 1998.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte geral**. Madrid: Civistas, 1997.
- SAMPAIO, Felipe. Cidades seguras: a polêmica tolerância zero: nunca se agrediu, prendeu e se matou tantos jovens negros nos Estados Unidos. **Veja**, São Paulo, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/noblat/cidades-seguras-a-polemica-tolerancia-zero-por-felipe-sampaio/>. Acesso em: 14 out. 2021.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais**. 3. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTIAGO, Patrick Assunção; AZEVEDO, Élio Ricardo Miranda. Reflexões lógicas sobre o periculum libertatis e a prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/opiniao-reflexoes-logicas-periculum-libertatis-prisao-preventiva>. Acesso em: 14 out. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara de Direito Criminal). **EP**: 990092873334/SP. Relator: Willian Campos, 9 mar. 2010. São Paulo, 26 mar. 2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8470374/agravo-de-execucao-penal-ep-990092873334-sp>. Acesso em: 14 out. 2021.
- SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. **Revista Cult**, 6 maio 2019. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>. Acesso em: 14 out. 2021.
- SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Editora Frase Ltda, 1999.
- SOUZA, Daniela Moreira de. **A polícia que precisamos**. Belo Horizonte D'Palcido, 2018.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli.

Revista Consultor Jurídico, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 14 out. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

WACQUANT, Loic. **Dissecando a “tolerância zero”**. [S. l.]: Le Monde Diplomatique, 2002. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em: 14 out. 2021.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Ramono Pedrosa, Amir Lopez da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal". [Entrevista cedida a] Marcelo Galli. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, 1 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>. Acesso em: 18 out. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.