

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

Guilherme Augusto de Faria Soares

**AMBIVALÊNCIAS DAS AGÊNCIAS PUNITIVISTAS AO USUÁRIO DE DROGAS
NO BRASIL:
Uma abordagem do constitucionalismo garantista na construção do Estado Democrático
de Direito**

Belo Horizonte
2017

Guilherme Augusto de Faria Soares

**AMBIVALÊNCIAS DAS AGÊNCIAS PUNITIVISTAS AO USUÁRIO DE DROGAS
NO BRASIL:**

**Uma abordagem do constitucionalismo garantista na construção do Estado Democrático
de Direito**

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

Orientador: Profa. Dra. Klélia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Direito Público - Direito Penal

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S676a Soares, Guilherme Augusto de Faria
Ambivalências das agências punitivistas ao usuário de drogas no Brasil: uma abordagem do constitucionalismo garantista na construção do Estado Democrático de Direito / Guilherme Augusto de Faria Soares. Belo Horizonte, 2017.
109 f. : il.

Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Drogas – Legislação - Brasil. 2. Usuários de drogas. 3. Sistema penitenciário – Brasil. 4. Prisões. 5. Criminologia. I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.8

Guilherme Augusto de Faria Soares

**AMBIVALÊNCIAS DAS AGÊNCIAS PUNITIVISTAS AO USUÁRIO DE DROGAS
NO BRASIL:**

**Uma abordagem do constitucionalismo garantista na construção do Estado Democrático
de Direito**

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

Área de concentração: Direito Público - Direito Penal

Profa. Dra. Klélia Canabrava Aleixo - PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme - UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Cláudio Brandão - PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 16 de março de 2017.

*A Jesus Cristo, que deu a vida por nós, que nos ensina o
que é o amor, seja dada a Ele toda honra e toda a glória.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, autor dos céus e da terra que deu seu Único Filho por amor a nós. Aos meus pais William e Virginia (*in memoriam*), cada um, na sua limitação, me formou o que sou. A minha esposa amada Maria Carolina Gonçalves de Faria pelo incentivo, paciência pela ausência, inseguranças, chatices e principalmente pelo amor dispensado a mim e a nossa filha amada Virginia Teixeira de Faria.

Ao Professor Dr. Guilherme Coelho Colen, por estar sempre presente em minha vida, nestes últimos 17 (dezessete) anos, fazendo parte da minha formação profissional e pessoal. A minha orientadora Professora Dra Klelia Canabrava Aleixo pelo incentivo, dedicação, compromisso, conhecimento, assiduidade, enfim, a quem serei eternamente grato. Aos Professores Cláudio Brandão por mostrar mais uma vez que eu nada sei. Aos professores, funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aos meus amigos e colegas desta Pós-Graduação, pessoal qualificado e grandes companheiros de jornada. À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituição do qual me orgulho em todos os sentidos. Ao Professor Leonardo Bandeira, padrinho da advocacia criminal, Professor Maurício Campos Junior, por me oportunizar a viver as ciências criminais empiricamente. Ao Professor Antônio Fabrício por ser meu padrinho na academia. Exemplo de cidadão e amigo, meu obrigado.

As minhas chefias imediatas no magistério, Professores Dra. Maria Emília e Dr. Rodrigo Magalhães por estarem juntos me oportunizando, dia a dia, um aprendizado de excelência.

Às bravas advogadas do escritório *Guilherme de Faria Sociedade de Advogados* que respiram comigo um direito penal menos intervencionista e mais garantidor.

Ao Mestre e amigo Dr. Genilson Ribeiro Zeferino, a quem nutro tamanho respeito e que me ensinou(a) a entender que qualquer política pública o objetivo é e sempre dever ser, o ser humano.

Por último e não menos importante, meus alunos, de todas as faculdades que já lecionei e continuo lecionando. Vocês são a inspiração para com que eu possa fazer mais e melhor. Obrigado!

"Assim, permanecem agora estes três: a fé, a esperança e o amor. O maior deles, porém, é o amor". (1 Coríntios 13:13)

RESUMO

A presente pesquisa trabalha a ambivalência das agências punitivistas quanto à questão das drogas no Brasil, especificamente à população prisional do Estado de Minas Gerais, especialmente em Belo Horizonte. O objetivo é demonstrar a origem desta 'política de combate às drogas', como o direito penal por si não traz solução a tal questão, mas fundamentado na teoria do direito penal do inimigo (direito penal do autor) através de ideologias ou discursos dos Movimentos de Lei e Ordem, Ideologia de Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional no caráter repressivo e não preventivo à questão das drogas traz ao Direito Penal Máximo à repressão ao uso. O modelo norte-americano de combate às drogas traz para o direito penal o 'tratamento' do usuário / consumidor / dependente. Ainda pesquisa o que a criminologia e a criminologia crítica trazem a este respeito, qual a suposta solução trazida. E por fim, a pesquisa trabalha os conceitos de direito penal mínimo, garantismo penal, concluindo em adotar o modelo do constitucionalismo garantista como construção do Estado Democrático de Direito à garantia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Direito Penal Mínimo. Sistema Prisional. Direito Penal do Inimigo. Movimento Lei e Ordem. Criminologia Crítica. Teoria do Garantismo Penal.

ABSTRACT

This research deals with the ambivalence of the punitive agencies regarding the drug issue in Brazil, specifically the prison population of the State of Minas Gerais, especially in Belo Horizonte. The objective is to demonstrate the origin of this 'drug policy', as criminal law does not provide a solution to this question, but based on the theory of criminal law of the enemy (criminal law of the author) through ideologies or speeches of Movements Of Law and Order, Social Defense Ideology, National Security Ideology, the repressive and non-preventive character of the drug issue brings to the Criminal Law Maximum the repression of use. The US model of drug combat brings to criminal law the 'treatment' of the user / consumer / dependent. He still investigates what criminology and critical criminology brings about in this respect, what the supposed solution brought. And finally, the research works on the concepts of minimum criminal law, criminal guaranty, concluding on adopting the model of constitutionalism as a guarantee of the construction of the Democratic State of Law to guarantee the dignity of the human person.

Keywords: Drug Law. Minimum Criminal Law. Prison System. Criminal Law of the Enemy. Law and Order Movement. Critical Criminology. Theory of Penal Guaranty.

1 INTRODUÇÃO	20
2 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO MODELO TEÓRICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O DIREITO PENAL MÍNIMO, EXIGÊNCIA DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL	26
2.1 O Direito Penal Mínimo.....	26
2.1.1 Doutrinas, teorias e ideologias da pena.	26
2.1.2 Doutrinas da justificação e justificações. A justificação a posteriori e suas condições meta-éticas.	28
2.1.3 O Direito penal mínimo como técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei penal como a lei mais fraca.	30
2.1.4 A prevenção penal de quatro alternativas abolicionistas – A minimização da violência e do poder.	31
2.1.5 Justificativas condicionadas, condições de justificação e garantias. O garantismo como doutrina de deslegitimação.	33
2.2 Teoria do Garantismo Penal.....	35
2.3. O Constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político	45
2.3.1 O constitucionalismo garantista	46
2.3.2 O constitucionalismo principialista	47
2.3.3 A crise moderna da democracia constitucional	48
3 A (INTER) RELAÇÃO ENTRE A TIPICIDADE E OS INSTITUTOS DA DOGMÁTICA PENAL	50
3.1 A tipicidade como primeiro dos elementos da teoria do crime.	50
3.2 O princípio da legalidade como fundamento da tipicidade.	51
3.3 Relações entre a tipicidade e a antijuridicidade.	53
3.3.1 A teoria dos elementos negativos do tipo.	54
3.3.2 Crítica à teoria dos elementos negativos do tipo.	55
3.4 Relações entre a tipicidade e a culpabilidade	55
3.4.1 A reprovação do homem como fundamento da culpabilidade	55
3.4.2 O juízo de culpabilidade e a tipicidade.	57
3.4.3 Conceituação de consciência de antijuridicidade e sua relação com a antinormatividade.	58

3.4.4 Consciência de antijuridicidade atual e potencial.....	59
4 A POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL.....	63
4.1 A penalização em virtude da ausência de políticas sociais.....	63
4.2 Política criminal da intolerância - Do Direito Penal do Inimigo na estrutura punitiva brasileira.....	69
5 PERFIL DA POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL.	77
5.1 Aspectos inerentes à seletividade punitiva do Direito Pena	77
5.2 O perfil da população encarcerada por unidade federada e região	82
5.3 A população prisional de Belo Horizonte	87
6 A AMBIVALÊNCIA NA IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL SEGUNDO A CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	92
6.1 A ideologia de defesa social comum à escola clássica e à escola positivista.	92
6.2 A legitimidade da ideologia da defesa social no sistema penal.	94
6.3 Periculosidade e defesa social.....	95
6.4 A dupla face da defesa social.....	96
6.5 Características e princípios da ideologia da defesa social.	97
6.6 Os movimentos de defesa social	98
7 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 2007 o Professor Maurício Campos Jr. me convidou para fazer parte do quadro da Secretaria de Estado de Defesa Social e pediu que pudesse assessorar o então Subsecretário de Administração Prisional. O receio do então Secretário de Defesa Social Maurício Campos Jr., era que, pela formação jurídica, eu poderia assessorar o Subsecretário de Administração Prisional e, conseqüentemente, a Secretaria de Estado de Defesa Social como um todo, de seus projetos e ações.

Era um ano diferenciado em minha vida. Recém ingresso no mestrado em Direito Processual da PUC Minas, com ênfase em Processo Civil, já lecionava na mesma Universidade Teoria Geral do Processo e Processo Civil. Me senti desvirtuado do caminho até então escolhido para cursar o caminho no Direito. Com menos de três anos de formado, tinha sido monitor de Processo Civil durante dois anos, acreditava que meu caminho acadêmico seria aquele. Um grande engano. Professor Hermes Guerrero já dizia "(...) *tem coisas que escolhemos no direito, mas tem hora que o direito nos escolhe*". E não foi diferente nas Ciências Penais. Os quatro anos que estive na Secretaria de Estado de Defesa Social, pude conhecer o submundo do Direito Penal, aquele muito, muito distante da academia e dos olhos das pessoas.

No olhar atento, astuto e determinado do comandante Maurício Campos Jr., foi lançado um programa de governo chamado "Modernização e Humanização do Sistema Prisional". Achava aquilo um clichê partidário para perfumar o esgoto, mas "missão dada é missão cumprida!". *Bora executar as ordens do nosso superior.*

Por um momento fiquei na angustia da necessidade de militarização e intervenção penal absoluta urgente!!! Indisciplina, corrupção, fugas, superlotação, mortes, etc. Era o presságio do inferno. (Esta visão/impressão inicial, acredito que seja comum a todos que não conhecem diretamente como tudo funciona neste submundo prisional). Mas "*Deus escreve certo por linhas tortas*". Tive a felicidade de conviver com pessoas das mais diversas formações, psicólogos, criminólogos, psiquiatras, assistentes sociais, sociólogos, administradores públicos, pedagogos, promotores, defensores públicos, juizes, advogados, enfim, uma celeuma interdisciplinar. Neste cenário, destaca-se uma pessoa que convivi todos os dias diretamente; o Subsecretário de Administração Prisional Genilson Ribeiro Zeferino. Psicólogo, criminólogo, negro, advindo dos movimentos sociais da luta racial e da anistia internacional dos direitos humanos estava à frente de um Sistema Prisional literalmente falido, desumano, destruído.

Assustou-me ver um psicólogo, negro, de cabelos grisalhos, advindo de movimentos sociais, da anistia internacional dos direitos humanos de terno e gravata, muito elegante. Escoltado por dois policiais militares da ativa com carro descaracterizado. Muito mais parecido com um Delegado de Polícia do que com um psicólogo. No primeiro dia que entrei em sua sala, um Coronel da Polícia Militar reformado¹ adentrou concomitante a mim e o abordou o chamando de "Comandante", mostrando um mapa de intervenção/assunção do CERESP (Centro de Remanejamento do Sistema Prisional) em Juiz de Fora, como se daria tal intervenção. Em verdade, tal intervenção/assunção seria uma invasão com táticas de guerrilha militar durante a madrugada, pois aquela Unidade Prisional² era comandada pela Polícia Civil de Minas Gerais e como a rede de corrupção, drogas, prostituição era tão erradicada que não tinham condições da Subsecretaria assumir tal responsabilidade constitucional com a "entrega das chaves". Infelizmente era necessária tal assunção, claro com os desgastes interinstitucionais inevitáveis, mas com o braço firme do Secretário Maurício Campos Jr. para gerir tais eventos e minimizar os efeitos de tais atos. Começava aí o programa de "Modernização e Humanização do Sistema Prisional de Minas Gerais" e, conseqüentemente, minha viagem e conhecimento dos quatro cantos das Gerais, conhecendo de perto quase todas as unidades prisionais do Estado constituído por 823 (oitocentos e vinte e três municípios) e, conseqüentemente, nossa 'transformação'.

Voltando ao "Dr. Genilson" (como era chamado por todos e aqueles mais íntimos o tratava de Professor Genilson (pois o mesmo era Professor de Criminologia da PUC Minas nos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu e da ACADEPOL - Academia de Polícia de Minas Gerais). Antes de assumir a Subsecretaria de Administração Prisional, o mesmo tinha sido Superintendente de Integração das Polícias Militar e Civil do Estado de Minas Gerais por indicação do Sociólogo e criminólogo Prof. Flávio Saporì. Dr. Genilson gozava de prestígio entre o então Vice-Governador Prof. Antonio Anastasia, entre diversas autoridades de segurança pública, políticas, acadêmicas, mas era interessante. Algumas pessoas de sua área (psicologia) o tratava como "traidor do movimento". Para essas pessoas, o fato dele comandar o Sistema Prisional, era antagônico à sua formação.

Com tal convívio, comecei a perceber, romper, criar, recriar, desenhar, construir novos conceitos e paradigmas. Para ilustração, uma vez Dr. Moacyr Lobato (então Secretário Adjunto

¹ Cel José Doro, PMCQR, uma das pessoas também que me marcou pela sua inteligência e perspicácia em termos de segurança e estratégia de segurança em crise.

² Por unidade prisional, podem ser considerados Cadeias Públicas, CERESP's, Presídios, Penitenciárias, Casas de Albergado, etc.

hoje Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais) me disse algo que prestei bastante atenção. Ele não achava estranho os presos do Estado saberem o nome do Dr. Genilson e o conhecerem assim que o vissem, pois o mesmo estava sempre nos canais da mídia à época. Era uma época de intervenções; às vezes bruscas, de rompimento com uma rede de corrupção, conforme já dito, mas ele (Dr. Moacyr Lobato) achava estranho era o Dr. Genilson saber o nome dos presos(as) e identificá-los um a um. Nessa época, já contávamos com 17 (dezesete) mil presos e em 4 (quatro) anos, passamos a custodiar mais de 47 (quarenta e sete) mil presos que estavam em unidades prisionais administradas pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Dr. Genilson não usufruía de seu "*status*" ou posição para se sobrepor à outras pessoas ou ocasiões. Pelo contrário. Quantas vezes vi ele "fugindo" de "mototaxi" ou a pé para estar com os seus e se ver 'livre' dos seguranças e escoltas. Para viajar com o Dr. Genilson ao interior do Estado era uma via-sacra. Certa feita, voltando de Pouso Alegre para Belo Horizonte, demoramos três dias, porque ele passava em todas as unidades prisionais que existiam no percurso. Entrava na carceragem, conversava com os presos (as), olhava tudo, minuciosamente, depois conversava com os diretores, agentes, servidores, enfim, todos os envolvidos naquela tarefa árdua e ingrata do Sistema Prisional Mineiro que contava com menos de 4 (quatro) anos de existência. E essa era uma ordem dele: verificar *in loco* sempre as condições de todas as pessoas privadas de liberdade.

Com três meses lhe assessorando, o mesmo me recomendou ao Dr. Mauricio Campos Jr. assumir a Superintendência de Atendimento ao Preso, mas em dupla função, "lá e cá" em sua assessoria. Para mim deixou de ser algo muito trabalhoso para ser algo de vontade, alegria e satisfação. Daquele outubro de 2007 em diante, muitas coisas mudaram e a principal delas o foco de nossos estudos e atuação profissional. A 'ordem' era essa: "conhecer de perto a situação das **pessoas privadas de liberdade**". Não saía para saber dos presos, mas sim das pessoas privadas de liberdade... do João, da Maria, do Pedro, do Washington e isso é um diferencial ou o diferencial.

Quando fui junto com o então Juiz da Vara de Execuções Penais Hebert Carneiro (atual Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais) à 16ª Delegacia de Polícia Civil de Belo Horizonte - Minas Gerais, ali abrigavam mulheres presas em flagrante delito da Comarca de Belo Horizonte/MG; ficamos estarrecidos!!! Não haviam camas suficientes para todas e umas dormiam por cima das outras. À noite ratos *roíam* os dedões dos pés das presas infectando-as com leptospirose e outras doenças infectocontagiosas. Logo após essa visita que fora retratada por fotos e filmagens, o Professor Virgílio Matos (Sociólogo)

editou um vídeo que o denominou de: "Só não é o inferno porque não cabe!!!". A ordem do Secretario era desativar tais barbáries com construções ou reformas de outras Unidades Prisionais no Estado para minimizar os efeitos do Sistema Prisional.

E assim se deu algumas que cito como exemplo: 16 Delegacias de Polícia de Belo Horizonte, 4º Distrito Policial de Betim, 2º Departamento de Polícia de Contagem, Cadeias Públicas foram desativadas; mais de 50 (cinquenta) em quatro anos com construção de Presídios e Penitenciárias. Outra metodologia aplicada pelo governo como alternativa complementar ao sistema prisional tradicional foram as APAC's. Muito sensível à questão, era compromisso do então Vice-Governador Prof. Antonio Anastasia o incentivo e criação de novas APAC's. Em quatro anos saímos de 5 (cinco) para 17 (dezessete) APAC's em todo Estado.

Mesmo assim, a superpopulação prisional não diminuía, o índice de encarceramento não estabilizava, algo estava estranho àquela situação toda. À frente da Superintendência de Atendimento ao Preso, tudo que fosse afeto à área assistencial dos presos do Estado, previstos na Lei de Execuções Penais, estava sob minha responsabilidade. Daí tínhamos contato e inter-relação direta com a Secretaria de Estado da Saúde, com os Ministérios da Justiça e da Saúde do Governo Federal. Nessa época, algumas situações me chamaram muita atenção. Os presos portadores de transtorno mental, seja temporário ou permanente (que será objeto da próxima pesquisa) e o número de usuários e dependentes de drogas, objeto desta pesquisa.

O volume de psicotrópicos que o Sistema Prisional gastava não era normal comparado com a sociedade custeada pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Era no mínimo o triplo o volume de gasto com medicamento desta natureza recomendado pelos médicos da rede de saúde ou médicos servidores do próprio Sistema Prisional. Em Juiz de Fora, tinha e ainda tem uma única unidade prisional para dependentes toxicômanos³ com 84 (oitenta e quatro) vagas para o Estado inteiro. Pelos dados que serão apresentados nesta pesquisa, restará comprovado que tais vagas não contemplam nem a necessidade dos presos do próprio município de Juiz de Fora/MG.

A abordagem da presente pesquisa leva em consideração as políticas públicas de prevenção e tratamento ao uso de drogas; se tem ou não surtido efeito desejável sobre o percentual de presos do Estado de Minas Gerais com envolvimento direto do uso de drogas ou se está à cargo do direito penal através das agências punitivistas a única forma de “prevenção” e “tratamento”.

Através de pesquisa do perfil dos presos no Estado de Minas Gerais, considerando a faixa etária, escolaridade, raça, tipo de crime, situação jurídica: (i) quantos processos ativos,

³ Hospital de Toxicômanos Padre Jorge Vaz, de Juiz de Fora.

(ii) quantas condenações, (iii) quais outros crimes, etc., as circunstâncias sociais (pai, mãe, irmãos, região onde mora, etc., demonstrará como o direito penal tem tomado o lugar do déficit de políticas públicas preventivas ao dependente e usuário de drogas. A ausência de entendimento do quantitativo de pessoas envolvidas com as drogas que se envolvem com a criminalidade; um problema muito maior do que se pensa. Um diagnóstico dos jovens na criminalidade em virtude do envolvimento com as drogas.

Investigar as políticas públicas de prevenção e de tratamento ao usuário de drogas no convívio social, examinando os dados do Estado Executivo (Secretaria de Estado de Defesa Social), bem como dos tribunais para identificar a prática metodológica utilizada como garantia dos direitos individuais do cidadão na condição de aprisionamento com o perfil trabalhado. O aspecto social, histórico e filosófico para explicar o tema-problema desta pesquisa, assim como a estrutura das instituições envolvidas.

Compreender a limitação e as deficiências de cada órgão responsável na segurança pública, investigando as causas, formas e condições de aprisionamento, analisando o impacto socioeconômico na sociedade brasileira e a afronta às garantias constitucionais dos indivíduos, objetos de pesquisa.

Esta pesquisa abordará como marco teórico, a teoria do garantismo penal. Traçará não somente aquela teoria clássica e inicial que Luigi Ferrajoli estabelece em seu livro *Direito e Razão*, mas sim *"O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político"*, estabelecendo a democracia através dos direitos na construção do Estado Democrático de Direito.

Dissertará a situação pelas vertentes da dogmática penal, correlacionando a tipicidade penal com a culpabilidade, a extrema necessidade de uma interface com a criminologia. Como o Brasil instituiu e vem adotando uma Política de combate às drogas através do modelo norte-americano do Movimento de Lei e Ordem, analisando o perfil da criminalidade no Brasil e após especificamente em Belo Horizonte/MG com abordagem direta das pessoas que têm envolvimento, seja como consumidor / usuário e ou dependente das drogas, correlacionando o crime e a política repressivista / punitivista de "combate" às drogas.

Não obstante, a pesquisa abordará ainda de onde surgem tais movimentos e ideologias (Ideologia de Segurança Nacional, Movimento de Lei e Ordem, Ideologia de Defesa Social) que subsidiam discrepantes e destoantes formas de 'tratamento' da questão das drogas no Brasil. Após o viés da criminologia crítica, surge uma das possibilidades de minimizar os efeitos intervencionistas do direito penal ao usuário / consumidor / dependente de drogas no Brasil. A questão do direito penal do inimigo / direito penal do autor é levantada pelo trabalho como uma

das teorias belicistas e diabólicas da abordagem da drogadicção diametralmente oposta ao que a criminologia crítica sugere.

2 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO MODELO TEÓRICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O DIREITO PENAL MÍNIMO, EXIGÊNCIA DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Na esteira do pensamento dogmático do direito penal (a análise da inter-relação existente entre a tipicidade e a culpabilidade), demonstra a incapacidade do direito penal, *per si*, solução à problemática que se apresenta. É necessária uma busca de alternativas à (re) construção do “sistema penal”, mais adequadas à realidade. A interdisciplinaridade entre o direito penal, o direito processual penal, a criminologia, a psicologia, a psiquiatria, enfim, a toda ciência que estuda o paradigma do comportamento humano merece análise para compreensão do fenômeno da criminalidade e daquele que comete fato tido como crime.

2.1 O Direito Penal Mínimo

2.1.1 Doutrinas, teorias e ideologias da pena.

O questionamento dos equívocos que influenciam sobre as discussões teóricas e filosóficas em torno da clássica pergunta de Luigi Ferrajoli: “por que punir?” Tudo depende dos diversos significados que àquela pergunta se atribui, entre os diversos problemas que ela reflete entre os diversos níveis e universos de discursos dos quais pertencem às respostas admitidas. Estes equívocos também se manifestam no debate entre ‘abolicionistas’ e ‘justificadores’ do direito penal, que dá lugar a incompreensões teóricas que muitas vezes são interpretadas como dissidência ético-político. O que se afigura ainda mais grave é que se confere a doutrina justificadora da pena, funções de apologia e de apoio ao direito penal existente, pelo qual as mesmas doutrinas abolicionistas se submetem no plano metodológico. Semelhantes equívocos resultam os responsáveis de certos projetos e estratégias de uma política criminal conservadora e utopicamente regressiva.

Para Ferrajoli é necessário, preliminarmente, esclarecer os distintos conceitos epistemológicos dos problemas refletidos pela pergunta: “por que punir?”, bem como suas diferentes soluções. É essencial realizar duas classes de distinções: (i) a primeira, mesmo sendo banal, não é sempre levada em conta, se relaciona com os possíveis significados da pergunta; (ii) a segunda, mais importante e habitualmente discutida, se refere aos níveis do discurso dos quais se podem ensaiar as possíveis respostas.

Segundo Ferrajoli:

La pregunta «¿por qué castigar?» puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el de porqué existe la pena, o bien porqué se castiga; b) el de porqué debe existir la pena, o bien por qué se debe castigar. En el primer sentido el problema del «porqué» de la pena es un problema científico, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como verdaderas o falsas. En el segundo sentido el problema es, en cambio, uno de naturaleza filosófica — más precisamente de filosofía moral o política— que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas las que sin ser verdaderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiologicamente válidas o inválidas. Para evitar confusiones será útil utilizar dos palabras distintas para designar estos significados del «porqué»; la palabra función para indicar los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos.⁴

Duas palavras diferentes para os diferentes *status* epistemológicos de respostas permitidas pelos tipos de perguntas são usadas correlativamente por Ferrajoli: Pode-se dizer que teorias explicativas são respostas a questões históricas ou sociológicas sobre a função (ou funções) que então cumprem o direito penal e as penas, como enquanto doutrinas axiológicas ou de justificação são respostas para questões ético-filosóficas sobre o fim (ou fins) que deveriam prosseguir.

As teses axiológicas e os discursos filosóficos sobre o fim que justifica (e não justifica) as penas, e mais em geral no direito penal, não constituem “teorias”, no sentido empírico ou assertivo que comumente se atribui a esta expressão. Estas são doutrinas normativas. São, pelo contrário, teorias descritivas unicamente (e não doutrina). As doutrinas normativas do fim e as teorias explicativas da função resultam ademais, assimétricas entre si, não só no plano semântico, a causa do distinto significado do “fim” e da “função”, também no plano pragmático, a consequência das finalidades diretivas das primeiras e descritivas da segunda.

Ferrajoli propõe chamar de “ideologias” as doutrinas como as teorias que incorrem nas confusões antes indicadas entre modelos de justificação e esquemas de explicação. Por “ideologia”, segundo a definição assumida em outra ocasião, entende efetivamente, toda teoria ou conjunto de teorias. Confundem o “dever ser” e o “ser” (o bem entre proposições normativas e proposições assertivas).

Ainda, o festejado autor atribui, mais precisamente, a *ideologias naturalistas ou realistas*, as ideologias que assumem as explicações empíricas (também) como justificações

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho penal mínimo. En Prevención y teoría de la pena*, 25–48. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 24.

axiológicas, incorrendo assim na “falácia naturalista” que origina a derivação do *dever ser* do *ser*; e denomina *ideologias normativistas* ou *idealistas* as que assumem as justificações axiológicas (também) como explicações empíricas, incorrendo assim para de alguma forma, na “falácia normativista” que produz a derivação do *ser* do *dever ser*.

Conclui que:

las doctrinas normativas del fin de la pena devienen ideologías (normativistas) siempre que son contrabandeadas como teorías, es decir, que asuman como descriptivos los que sólo son modelos o proyectos normativos. Mientras, las teorías descriptivas de la función de la pena devienen a su vez en ideologías (naturalistas) siempre que son contrabandeadas como doctrinas, o sea cuando asumen como descriptivos o justificadores aquellos que unicamente son esquemas explicativos.⁵

2.1.2 Doutrinas da justificação e justificações. A justificação a posteriori e suas condições meta-éticas.

As doutrinas de justificação do direito penal não admitem sua crítica só porque o fim por elas indicado como justificador não resulte empiricamente satisfeito. As teorias de que tal fim não é realizado, mesmo sendo realizado é uma crítica que deve dirigir-se ao direito penal e não a doutrina normativa de justificação, ou seja, deve-se dirigir contra as práticas punitivas – legislativas e judiciais – enquanto estas não atendem os fins que as justificam, mas não a seus modelos justificadores. Em resumo, estas teorias se convertem em um argumento que não vai contra a doutrina de justificação, senão contra a justificação em si mesma.

Para Ferrajoli:

Los discursos sobre la justificación (o doctrinas de justificación), son discursos orientados a la argumentación de criterios de aceptación de los medios penales en relación a los fines a ellos asignados. Los discursos de justificación (o justificaciones), están en cambio orientados a argumentar la adaptación de los medios penales en cuanto éstos son reconocidos como funcionales a los fines que se asumen como justificadores.

O defeito epistemológico que geralmente sofrem as teorias justificadoras da pena, sugeridas pela doutrina de justificação – particularmente pelas doutrinas utilitaristas – consiste na confusão gerada entre os dois níveis de discurso que são diferenciados. A causa desta confusão – das doutrinas normativas de justificação – aparece quase sempre presentada diretamente como justificativas.

⁵ (Ob. cit. p. 25)

O primeiro dos tipos de requisitos se vincula com a valoração do fim penal justificador e dos meios penais para justificar. Com o objeto de impedir as autojustificativas ideológicas do direito penal e das penas, viciadas por falácias naturalistas ou normativistas, é necessário que o fim seja reconhecido como um bem extrajurídico – isto é, externo ao direito – e que a forma seja reconhecida como um mal – isto é, como um dos custos humanos e sociais que precisamente por isso deve se justificar.

Uma doutrina da justificação da pena consistente supõe, portanto, a aceitação do postulado jurídico-positivista da separação do direito e da moral, de tal modo que ou o delito a de ser considerado como um mal em si mesmo (quia prohibitum) ou a pena será como um bem ou um valor em si (quia peccatum). A justificação das penas deve então supor as proibições penais, de forma que essa justificação não pode ser oferecida sem uma preventiva fundamentação ético-política dos bens materiais merecedores de proteção penal.

O segundo dos tipos de requisitos aludidos atende as relações entre os meios e ou fins da pena. Para que uma doutrina de justificação não se converta em uma ideologia de legitimação normativista, é necessário que os meios sejam congruentes com os fins, de modo que as metas justificadoras do direito penal podem ser empiricamente alcançadas com as penas e não ficará sem punição. Ademais, para que ela seja utilizada diretamente como justificação apriorística, é necessário que os fins sejam homogêneos com os meios, de forma que o mal procurado pelas penas seja confrontado com o bem perseguido como fim e, deste modo, se pode justificar, não só a necessidade senão também a natureza da medida como mal ou custo menor em relação com a falida satisfação do fim.

Un modelo de justificación que satisfaga estos dos tipos de requisitos está em condiciones de fundar no sólo justificaciones; podrá también instituir — según los casos — no justificaciones de las penas y de los sistemas penales. Él podrá entonces operar como modelo o doctrina de legitimación y, asimismo, de deslegitimación moral y política del derecho penal. Por lo demás, éste es el elemento que distingue una doctrina o modelo de justificación de una ideología de justificación; es decir, se prueba así su idoneidad no tanto para justificar apriorísticamente, sino para indicar las condiciones en presencia de las cuales el derecho penal está justificado y en ausencia de las cuales no puede estarlo. Con esto queda dicho que las justificaciones otorgadas con base en una doctrina de justificación de la pena deben consistir en justificaciones *relativas y condicionadas*, para no convertirse a su vez en operaciones de legitimación apriorística y, por lo tanto, ideológicas. De tal modo, aquéllas serán justificaciones *a posteriori*, parciales y contingentes, porque están orientadas a la realización del bien extrajurídico asumido como fin y a la graduación de los medios penales justificados respecto a dicho fin. Serán además perfectamente compatibles con las no justificaciones e hipótesis de reforma o de abolición —de la misma manera *a posteriori* y contingentes— del sistema penal valorado o de sus instituciones concretas.⁶

⁶ (Ob. cit. p. 28)

2.1.3 O Direito penal mínimo como técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei penal como a lei mais fraca.

El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo.⁷

O direito penal visa minimizar essa dupla violência ao impedir a sua parte punitiva da razão construída expressada por vingança ou por outros motivos informais possíveis. Claramente, o fim do direito penal não pode ser reduzido a uma mera defesa social, apesar da ameaça representada pelo crime. Esta encomenda representa sim a proteção do fraco contra o forte, tanto ofendido ou ameaçado pelo crime, como o fraco ofendido ou ameaçado por vingança contra o mais forte, o que é crime é o infrator e vingança é a parte ofendida ou os sujeitos com ela solidários.

Um sistema penal só se justifica se a soma da violência – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir, é superior aos crimes de violência constituídos pela prevenção dos crimes e pelas penas a elas cominadas. Pode-se dizer, no entanto, que a pena é justificada como um *mal menor*, isto é, só é menor ou menos angustiante e menos arbitrária – respeitando outras reações não jurídicas e, em geral, o monopólio estatal do poder punitivo é mais justificado quanto menores os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*.

Nosso modelo normativo de justificação satisfaz, portanto, todas as condições de adequação ética e de consistência lógica requeridas para o plano metateórico.

Em primeiro lugar, orientando o direito penal para o único fim da prevenção geral negativa – as penalidades (informais), além de todos os crimes – a confusão do direito penal com a moral que distingue as doutrinas retributivas e as correcionalistas; também impede a autolegitimação moralista ou pior, naturalista.

Em segundo lugar, responde tanto à pergunta “Por que proibir?” como à “Por que punir?” de Ferrajoli, impondo proibições e penalidades duas finalidades distintas e simultâneas que são, respectivamente, o máximo bem estar possível dos que não se desviam e o mínimo desconforto necessário dos que se desviam, dentro do objetivo geral da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade.

⁷ (Ob. cit. p. 30)

Em terceiro lugar, o modelo de Ferrajoli reconhece que a pena, por seu caráter aflitivo e coercitivo, é em todo caso um mal, visto que não serve encobrir com finalidades filantrópicas o tipo reeducativo ou ressocializante e na verdade, por último, sempre aflitivo. Sendo um mal, sem dúvida, a pena sempre se justifica se reduzir um mal menor sobre vingança ou outras reações sociais e se o agente recebe o bem subtraído – graças a ele – punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.

E isso, em quarto lugar, é suficiente para tal justificação, não entre em conflito com o princípio ético kantiano – que aliás é também um critério meta-ético de homogeneidade e de comparação entre formas e finalidade – segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como metade para um fim que não é dela. A pena, de fato, como já foi dito, não se justifica apenas *ne peccetur* ou no interesse dos outros, mas também *ne punietur*, ou seja, no interesse do réu em não sofrer abusos maiores.

Por fim ressalta o Ferrajoli:

(...) nuestro modelo justificativo permite una réplica persuasoria — aunque siempre contingente, parcial y problemática— frente a las doctrinas normativas abolicionistas. Si estas doctrinas ponen de manifiesto los costos del derecho penal, el modelo de justificación aquí presentado revela los costos del mismo tipo pero más elevados que pueden generar —no sólo para la generalidad, sino también para los reos— la anarquía punitiva nacida de la ausencia de um derecho penal. Estos costos son de dos tipos y no necesariamente se excluyen entre ellos; ellos son el del libre abandono del sistema social al *bellum omnium* y a la reacción salvaje e incontrolada contra las ofensas, con un inevitable predominio del más fuerte, y el de la regulación disciplinaria de la sociedad, en condición de prevenir las ofensas y las reacciones a éstas con medios diversos y quizá más eficaces que las penas pero seguramente más costosos para la libertad de todos.⁸

2.1.4 A prevenção penal de quatro alternativas abolicionistas – A minimização da violência e do poder.

Como alternativa ao direito penal, quatro possíveis sistemas de controle social, carentes de qualquer garantia contra o abuso e o arbítrio de poder são suscitados por Ferrajoli. Estes sistemas são:

- a) Os sistemas de controle da sociedade selvagem que surgiram historicamente em todos os ordenamentos punitivos arcaicos, quando a reação ao crime tenha sido confiada à vingança individual ou parental, ao invés de punição em casos como vingança de sangue, o “Faída” (vingança privada especialmente sangrenta) entre o

⁸ (Ob. cit. p. 32)

"guidrigildo" (na lei germânica antiga, o preço que o assassinato de um homem livre paga para evitar a vingança da família) e similares, tudo o que foi verificado um amplo espaço pelos mais fortes;

- b) Os sistemas de controle do estado-vicioso que tem sido historicamente utilizado, como nos ordenamentos primitivos de caráter despota e nos modernos ordenamentos autoritários, quando a pena é aplicada com base em procedimentos potestativos gerados pela vontade ou interesses que determinam, sem garantias que assistam o condenado;
- c) Os sistemas de controle sócio-disciplinados, o autorregulamento, também se caracteriza das comunidades primitivas, mas de forma mais geral de todas as comunidades de forte índole ética e ideologizada, sujeitas a ação de rígidos conformismos que operam de forma autocensurante, como também sob pressões da coletividade, polícia moral, *panoptismos* sociais difundidos, linchamentos morais, ostracismos e demonizações públicas; e
- d) Os sistemas de controle estatal-disciplinar que são um produto tipicamente moderno e, sobretudo um perigo no futuro, dos quais se caracteriza pelo desenvolvimento das funções preventivas de polícia e de segurança pública através de técnicas de vigilância total, tais como aquelas introduzidas, além de espionar os cidadãos pelas potentes polícias secretas pelos atuais sistemas de informação de registro geral e de controle audiovisual.

Para o autor:

El último de estos sistemas es el más alarmante, por su capacidad para convivir ocultamente también con las modernas democracias. Es muy posible eliminar o reducir al máximo los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad de todos. Ello se obtiene con los tanques en las calles y con los policías a las espaldas de los ciudadanos pero también —más moderna y silenciosamente— con las radiosespías, las telecámaras en los lugares de vida y de trabajo, las interceptaciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que hacen hoy posible un Panóptico social mucho más capilar y penetrante del carcelario concebido por Bentham e idóneo para funciones no sólo de prevención de los delitos, sino también de gobierno político de la sociedad. Respecto a un sistema tan penetrante, que puede muy bien combinarse con medidas de prevención especial para quien es considerado peligroso, la defensa del derecho penal equivale a la defensa de la libertad física y contra la transgresión, en cuanto ésta es prohibida deónticamente y no ya imposibilitada materialmente.⁹

⁹ (Ob. cit. p. 41)

Esses quatro sistemas, convivem sempre em alguma medida com o direito penal; fazem-no, na medida, precisamente em qual resulta insatisfeito e violado o conjunto de garantias que definem e justificam a forma mínima de tutela dos direitos fundamentais, em que recai no Estado de Direito quando se converte em Estado extralegal ou de polícia. Abolicionismo e justificacionismo apriorísticos, tornam-se paradoxal e equivocadamente convergentes na razão das hipóteses ideológicas que atribui a ambos. O tema da abolição da pena e do direito penal da realidade parece ter superado a utopia.

Si observamos el funcionamiento efectivo del derecho penal italiano —y un no muy diferente discurso podría hacerse respecto de la mayor parte de los ordenamientos penales contemporáneos— es más bien la abolición de la pena y la justificación en su lugar de instrumentos de control extrapenales, los que representan el inquietante fenómeno que debemos denunciar y en lo posible contrastar.¹⁰

Em semelhantes condições, falar de função da pena – retributiva, reeducativa ou preventiva – parece bastante irreal por suas funções, senão, antes todavia, da forma que tais funções deveriam assegurar.

Os sistemas punitivos modernos são direcionados para sistemas, transformando sempre mais informal com menos controle penal. O verdadeiro problema penal do nosso tempo é a crise do direito penal, ou do conjunto de formas e garantias que a distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagem e disciplinado. Talvez o que agora é utopia são alternativas ao direito penal, senão ao direito penal, mas em suas garantias.

Utopia não é o abolicionismo, é o garantismo, inevitavelmente parcial e imperfeito.

2.1.5 Justificativas condicionadas, condições de justificação e garantias. O garantismo como doutrina de deslegitimação.

Existe uma correspondência biunívoca entre justificação e garantismo penal. Um sistema penal está justificado se minimizar a violência arbitrária da sociedade. Este fim é alcançado na medida em que são satisfeitas as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas garantias, portanto, podem ser concebidas como outras tantas condições de justificação do direito penal, no sentido de que somente sua realização é válida para satisfazer os fins justificantes.

¹⁰ (Ob. cit. p. 42)

Até quando existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que vão contra os direitos das liberdades dos cidadãos, estes deveriam estar sempre assistidos com todas as garantias do Estado de Direito. Mesmo em uma improvável sociedade perfeita do futuro, no qual a denuncia não existisse ou de qualquer maneira não se advertiria a necessidade de reprimir, o direito penal, com seu completo sistema de garantias, deveria sempre permanecer para aquele único caso que poderia ocorrer reação institucional coercitivo para um crime.

Isto depende da aceitação com fim do direito penal, não somente da máxima vantagem de não desviados através de sua defesa contra o crime, senão também do mínimo dano daquele que incorre em crime por meio de sua defesa frente aos danos mais graves. Este segundo parâmetro corresponde a um aspecto do problema penal muitas vezes abandonado, que é o custo social das penas e, mais geralmente, dos meios de prevenir crimes que pode ser maior do que o mesmo custo da violência que aqueles que visam evitar. Segurança e liberdade dos cidadãos não são ameaçadas em efeito apenas pelos crimes, mas também e, geralmente mais usados pelas excessivas e despóticas punições, as detenções e julgamentos sumários, para controles policiais arbitrários e invasores; em uma palavra, esse conjunto de intervenções que são definidos com o nobre nome da “justiça criminal” que, talvez, na história da humanidade, custou mais dor e injustiças que o total de crimes.

A primeira consequência da adoção de tal regime baseia-se no fato de que ele não fornece uma justificação do direito penal em abstrato, mas só tem conhecimento das justificativas específicas dos sistemas penais de maneiras diferentes de acordo com seu grau de adesão à lei – modelo direito penal mínimo e garantista, descrito. Portanto, este modelo não é válido somente como uma medida de justificação, mas, também e acima de tudo, como um critério de deslegitimação. Portanto, nenhum sistema penal pode ser a priori justificado a este título (não são justificáveis, por exemplo, lembrado acima, de sistemas despóticos e totalitários, admitindo que se queira considerar o "criminoso" e não como “pré-criminoso”). Assim como possuem escassa justificativa, muitos ordenamentos desenvolvidos que deixam espaço livre, ainda que excepcional e setorialmente, a critério punitivo.

A segunda consequência é que toda a justificação é histórica e espacialmente relativa, sendo condicionados pelo nível de civilização dos ordenamentos em que é falado. Em uma sociedade bárbara em que o índice de violência é alto, tanto no que se refere aos delitos e, portanto, serve a propensão para a vingança que será relativamente elevada à violência institucional e a intolerância. Enquanto isso, em uma sociedade desenvolvida e tolerante, em que o índice de violência social é baixo, não é um direito penal particularmente severo. A suavidade das penas, disse Montesquieu, é consistente com as sociedades civilizadas.

A terceira consequência traz consigo que este modelo permita não só e não tanto justificativas globais, mas justificativas e deslegitimações parciais e diferenciadas para regras especiais ou práticas de cada ordenamento. Seu interesse repousa, no entanto, não nos critérios de justificação geral, mas nos critérios de justificação e deslegitimação parcial por ele sugerido.

Assim conclui Ferrajoli que (...) *estos criterios consisten, como se ha dicho, en las distintas garantías penales contra el arbitrio, los excesos y los errores. Su elaboración teórica es la tarea principal de una teoría garantista del derecho penal, la cual, entonces, puede ser considerada como una doctrina normativa de justificación y al mismo tiempo de deslegitimación de los sistemas penales concretos.*¹¹

2.2 Teoria do Garantismo Penal

As condições epistemológicas necessárias à satisfação de um sistema garantista circunscrito ao modelo de direito penal mínimo é a abordagem da Teoria do Garantismo Penal. Enfrenta os problemas atinentes à pena, ao delito e ao processo, utilizando um esquema de interrogações caracterizado por, “se, por que, quando e como *punir*; por que, quando e como *proibir*; se, por que, quando e como *julgar*”. E completa o autor:

Os problemas do *se* e do *por que* serão enfrentados na segunda parte, através da crítica, tanto das doutrinas abolicionistas quanto daquelas justificacionistas do direito penal e a proposta de um utilitarismo penal reformado. Os problemas do *quando* e do *como* serão, ao contrário, discutidos na terceira parte, onde as respostas a estes dois tipos de questão serão identificadas com as garantias penais e processuais que articularei até o fim do segundo capítulo, entre um sistema de dez axiomas entre si conexos antes logicamente que axiologicamente.¹²

A análise do sistema de intervenção punitiva no Estado italiano, a partir dos pressupostos da Teoria do Garantismo Penal estruturada nos axiomas valorativos do direito penal (segundo Ferrajoli), esboça uma teoria geral do garantismo como referencial de justificação que, transcendendo os estreitos limites do direito penal e do direito processual penal, presta-se a verificação do nível de racionalidade de todo o ordenamento jurídico.

Muitas das reflexões teóricas e filosóficas desenvolvidas neste livro, porquanto solicitadas pela atual desordem do nosso direito penal, podem de fato ser estendidas também a outros setores do direito público, paralelamente investidos de uma crise

¹¹ (Ob. cit. p. 48)

¹² (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio – 4. ed. rev.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

estrutural das garantias do Estado de direito. Também para os outros setores do ordenamento e para os direitos a eles relativos podem se configurar sistemas mais ou menos garantistas ou autoritários a partir dos modelos de racionalidade e de justiça assumidos como fundamento, dos esquemas de legalidade positivamente elaborados e, quem sabe, constitucionalizados e do funcionamento concreto das instituições.¹³

O termo “garantismo” compreende três acepções distintas e bem definidas: assinala um modelo normativo de direito, designa uma teoria jurídica onde vigência e validade se apresentam como categorias jurídicas diversas e, por fim, define uma filosofia política que exige do Direito e do Estado justificação externa.

Para Ferrajoli um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” do qual o autor denomina de SG, *próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo e 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*.¹⁴

Ainda segundo o autor:

(...) 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 separado 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.¹⁵

E complementa:

(...) 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.¹⁶

¹³ (Ob. cit. p.)

¹⁴ (Ob. cit. p.)

¹⁵ (Ob. cit. p.)

¹⁶ (Ob. cit. p.)

A expressão “Estado de direito” tanto pode definir uma organização política em que o exercício do poder, as competências e os procedimentos são subordinados pela lei, – ou seja, o Estado de direito em um sentido meramente formal – quanto, também, referir-se a uma estrutura estatal em que a lei subordina o exercício do poder e condiciona o conteúdo das formas e dos procedimentos –, isto é, o Estado de direito num sentido substancial.

O Estado de direito, em sentido meramente formal, refere-se, indistintamente, a qualquer organização política, podendo compreender até mesmo aquelas formas autoritárias ou totalitárias de exercício de poder. Por outro lado, este modelo de “Estado legal” não satisfaz os anseios da proposta garantista que passa a exigir uma estrutura política mais bem elaborada.

O modelo de Estado de direito que Ferrajoli identifica ao garantismo é aquele em que: (i) formalmente o poder está adstrito ao princípio da legalidade, isto é, os poderes públicos estão disciplinados por leis que determinam as formas, os procedimentos e as competências e, para os casos de inobservância das previsões legais, haverá o controle judicial e; (ii) materialmente, todo o poder político encontra-se vinculado pelos direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são elevados à referenciais de conteúdo para aferir a legitimidade do exercício do poder, suas formas, procedimentos e competências.

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.¹⁷

Insta esclarecer que Ferrajoli não sugere a modificação da estrutura estatal, mas tão somente, o aperfeiçoamento do Estado de direito existente, ou seja, a estrutura política de matriz liberal-social. Na concepção liberal, a proposta garantista sustenta a não intervenção nos direitos de liberdade do cidadão, enquanto na perspectiva social, Ferrajoli defende a máxima

¹⁷ (Ob. cit. p.)

intervenção estatal no sentido de garantir os direitos sociais aos cidadãos. Desta forma, Ferrajoli identifica ao termo “garantismo” o Estado Constitucional de Direito.

O fato de uma norma jurídica ter sido elaborada de acordo com os procedimentos formais previamente estabelecidos por uma lei superior do mesmo sistema jurídico, por si só não garante a sua validade, caracterizando tão somente uma norma jurídica vigente. A validade de uma norma jurídica, na proposta garantista, extrapola os critérios meramente formais de sua produção e está diretamente relacionada ao seu conteúdo, isto é, além da observância dos critérios formais, uma norma jurídica necessita, para ser considerada válida por Ferrajoli, estar vinculada, também substancialmente, ao conteúdo das leis superiores do mesmo ordenamento jurídico.

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, seu significado. Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior.¹⁸

Assim, em última instância, os direitos fundamentais insertos nas Constituições dos Estados modernos configurariam os referenciais de conteúdo e não critérios formais das normas jurídicas inferiores.

Outra questão de grande importância diz respeito à filosofia da política com finalidade de justificar o Estado, não do ponto de vista interno, mas externamente ao sistema normativo, ou seja, a partir de um referencial ético-político.

Ferrajoli utiliza-se do termo “*autopoieses*”, próprio dos teóricos sistêmicos, para caracterizar as correntes de pensamento que sustentam que o Estado constituiria um fim em si mesmo e, inversamente, emprega a expressão “*heteropoiéticas*” para definir as doutrinas que entendem que o Estado apresenta-se como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Entender o Estado como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, isto é, em concepções “*heteropoiéticas*”, conforme proposta garantista, permite justificar a existência do Estado de um ponto de vista externo, ou seja, a partir da centralidade da pessoa humana e do respeito aos direitos humanos.

¹⁸ (Ob. cit. p.)

A corrente abolicionista nega justificação não somente ao direito penal, mas também a todo o sistema penal, ou seja, o abolicionismo questiona a legitimidade das penas, do conceito de crime, das instituições responsáveis pela imposição e, conseqüente, execução das penas. Outra crítica do abolicionismo consiste em considerar o direito penal como altamente seletivo, tornando-se assim um instrumento de reprodução das desigualdades sociais. O caráter seletivo do direito penal pode ser notado a partir da criminalização de comportamentos típicos das classes exploradas, bem como pelo elevado grau de tolerância em relação às condutas realizadas pela classe dominante.

Segundo os abolicionistas, o número de crimes investigados e efetivamente punidos é infinitamente inferior ao número de delitos não registrados, o que caracteriza o sistema penal como excepcional, isto é, a regra é a não “perseguição” dos delitos e sim o seu “esquecimento”. Os delitos cometidos e não penalizados caracteriza o que se denomina, no âmbito das ciências que estudam o fenômeno crime como “cifra negra”.

O abolicionismo acredita que, com a extinção do direito penal, as relações sociais serão fortalecidas e os conflitos interpessoais resolvidos através da conciliação.

Ao edificar a Teoria do Garantismo Penal sobre os pilares do direito penal mínimo, Ferrajoli não propõe a deslegitimação do sistema penal, mas, outrossim, justificar a intervenção penal à patamares estritamente necessários a partir de parâmetros bem definidos. O direito penal mínimo caracteriza-se como um modelo de intervenção penal rigidamente limitado por normas jurídicas, tanto no plano material – normas propriamente de direito penal – quanto no âmbito processual – normas de direito processual penal. Neste sentido, o direito penal mínimo corresponderia, estruturalmente, ao Estado de direito.

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.¹⁹

Ferrajoli percebe que, em um mesmo ordenamento jurídico, é possível a coexistência de normas tendenciais de modelo de direito penal mínimo e de modelo de direito penal máximo,

¹⁹ (Ob. cit. p.)

fato que produz a quebra do sistema de garantias penais asseguradas nas Constituições dos Estados de Direito. Esclarece Ferrajoli:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira [tendência ao direito penal mínimo] os níveis normativos superiores e a outra [tendência ao direito penal máximo] os níveis normativos inferiores e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos.²⁰

Outra questão relevante na identificação da proposta garantista ao modelo de direito penal mínimo diz respeito ao referencial de certeza utilizado para justificar a intervenção penal. No modelo de direito penal mínimo, o referencial de certeza identifica-se com a ideia de que nenhum inocente será condenado, mesmo que para isso algum culpado reste impune.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas às vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.²¹

Por outro lado, no modelo de direito penal máximo, caracterizado pela falta de limitação ao poder punitivo do Estado, o referencial de certeza é orientado no sentido de se buscar a punição de todos os culpados, mesmo que para tanto exista o risco de um inocente ser punido. A ausência de limites à intervenção punitiva, signo do modelo de direito penal máximo, acarreta a irracionalidade e a falta de previsibilidade das condenações e, conseqüentemente, o excessivo rigor das penas impostas.

Não seria diferente na Lei de Drogas que completa 10 (dez) anos. A seletividade, a rigorosidade da aplicação da pena com o aumento em virtude da natureza do crime, elevado a condição de hediondo, explica o rigor das penas impostas.

Por fim, o referencial de certeza que norteia a proposta garantista coaduna-se não com a punição de todos aqueles que praticarem um fato qualificado como criminoso, mas, sobretudo, que somente sejam punidos os acusados comprovadamente responsáveis pela conduta criminosa. Percebe-se assim, claramente, a supremacia dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência no modelo de direito penal mínimo, o que permite concluir que a ausência de certeza é suficiente para fundamentar a absolvição.

²⁰ (Ob. cit. p.)

²¹ (Ob. cit. p.)

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas.²²

O Garantismo Penal como expressão de direito penal mínimo se apresenta estruturado a partir de dez axiomas não deriváveis entre si, mas conectados uns aos outros de forma sistemática, permitindo assim condicionar – e vincular ao máximo – a intervenção punitiva estatal, às normas materiais – substanciais – de direitos fundamentais.

Sintetiza Ferrajoli:

A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 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 exteriorização da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, 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.

Os três primeiros axiomas – *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege e; nulla lex (poenalis) sine necessitate* – revelados nos princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade referem-se às garantias relacionadas à pena.

Segundo o princípio da retributividade, a pena expressa a consequência jurídica do crime, ou seja, numa relação de causa e efeito jurídico, tem-se o delito como causa e a pena como efeito. Porém, a realização do delito não se torna, por si só, suficiente para a imposição da pena, senão apenas uma das condições exigidas para a imposição da sanção penal.

Assegura Ferrajoli:

²² (Ob. cit. p.)

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.²³

Quanto ao princípio da legalidade, necessário se faz a análise sob duas dimensões distintas: (i) da mera legalidade – ou legalidade em sentido *lato* –, e; (ii) da estrita legalidade. O princípio da mera legalidade, representado pelo axioma A2, estabelece que não há crime, não há pena sem lei anterior que os defina, isto é, a lei como condição do crime e da sanção penal. Tal princípio – da mera legalidade – tem como destinatário os juízes e determina a sujeição destes ao ordenamento jurídico, qualquer que seja o conteúdo das normas jurídicas.

O princípio da estrita legalidade concentra toda a proposta garantista e condensa em torno de si os dez princípios sobre os quais Ferrajoli constrói sua Teoria. Em outras palavras, o princípio da estrita legalidade somente se aperfeiçoa na presença de todos os dez axiomas do Garantismo Penal. O princípio da estrita legalidade destina-se a orientar o legislador por ocasião da elaboração das leis, vinculando seu conteúdo aos direitos fundamentais.

Na lição de Ferrajoli:

Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue [...], um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.²⁴

Importa ressaltar que enquanto o princípio da mera legalidade refere-se à vigência da norma penal – atendimento aos critérios formais de procedimento e competência para a elaboração da lei – o princípio da estrita legalidade está diretamente relacionado com a validade da norma penal – subordinação de conteúdo da norma penal aos direitos fundamentais – por fim, conclui Ferrajoli, “Diremos, portanto, para expressar conjuntamente os dois princípios: *nulla poena, nullum crimen sine lege* válida.”

²³ (Ob. cit. p.)

²⁴ (Ob. cit. p.)

No que se refere ao princípio da necessidade, adota-se como ponto de partida as ideias iluministas segundo as quais a sanção penal deve ser necessária e, entre as admissíveis, a menos grave possível a fim de prevenir a prática de novos crimes.

Proposta garantista; a prevenção da prática de novos delitos seria o critério informativo do patamar mínimo da pena, enquanto a prevenção de reações arbitrárias estabeleceria o grau máximo da intervenção penal. Com isso, as penas de morte, corporais, cruéis, desumanas e/ou de algum modo excessivas, restariam não legitimadas a partir da Teoria do Garantismo Penal.

Considera Ferrajoli:

Contrariamente ao simples parâmetro utilitarista da prevenção geral de delitos que não permite excluir que a supressão de um delinquente possa em algum caso ser útil às exigências da defesa social, a ulterior finalidade utilitarista da prevenção das penas extralegais e excessivas, ao estar referida à utilidade da pessoa do réu, impõe a consideração, de conformidade com o segundo princípio Kantiano da moral, não como um meio senão como um fim. E resulta por isso um argumento não só pertinente, mas também decisivo e incondicionado em favor da humanidade das penas, no sentido de que toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o *limite máximo* não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias.²⁵

O segundo conjunto de axiomas – *nulla necessita sine injuria; nulla injuria sine actione*; *nulla actio sine culpa* – traduzidos nos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade, dizem respeito às garantias frente ao delito.

Segundo o princípio da lesividade – também denominado de princípio da ofensividade – a intervenção punitiva somente se legitima quando voltada para evitar lesões efetivas aos bens jurídicos concretos. Em outras palavras, conforme esclarece Bitencourt, “Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.”

A proposta garantista vale-se do princípio da lesividade, menos para justificar a intervenção punitiva, mas, sobretudo, a fim de deslegitimar a criminalização de determinadas condutas que não expõe o bem jurídico, ao menos minimamente, a uma situação concreta de perigo.

É mister compreender, na visão garantista, o direito penal tão somente como um instrumento de prevenção à prática de delitos através da ameaça de imposição de pena,

²⁵ (Ob. cit. p.)

resultando na limitação do objetivo – maior e mais abrangente – do direito penal. O objetivo de prevenção de delitos faz-se através do patamar mínimo das penas abstratamente cominadas aos crimes. Entretanto, o mesmo ideal – a prevenção de crimes – não é idôneo para justificar o patamar máximo das penas.

(...) impedir o delito em todos os delinquentes” é “impossível”, e tentar consegui-lo foi, quando muito “a causa fatal da progressiva crueldade dos suplícios”. Com efeito, cada delito cometido demonstra, a rigor, que a pena prevista para o mesmo não foi de molde a preveni-lo e que, portanto, teria sido necessário uma maior. Claro está que se trata de um “argumento idiota” para inspirar as penas. Entretanto, o mesmo serve para demonstrar que os objetivos da prevenção, ou, ainda, somente o da redução dos delitos, não são suficientes para ditar o limite máximo das penas, mas, somente, o limite mínimo.²⁶

Desta forma, percebe-se que a prevenção de delitos não se apresenta como ideal suficiente para justificar o patamar máximo das penas abstratamente previstas, mas somente o patamar mínimo das penas. A proposta garantista, então, propõe, para justificar o patamar máximo das penas abstratamente cominadas, a prevenção de reações informais ao cometimento do crime, pelo próprio ofendido, ou por parte de qualquer um ligado – por qualquer motivo que seja – ao ofendido.

Com efeito, a prevenção de uma reação informal ao cometimento do crime, que por si só colocaria o acusado na posição de eventual vítima, apresenta-se como o segundo objetivo do direito penal.

Explica Ferrajoli:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antiético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência das penas poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal.²⁷

E completa o autor:

Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*,

²⁶ (Ob. cit. p.)

²⁷ (Ob. cit. p.)

mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendida “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade como meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais.²⁸

Construída a partir de um modelo de direito penal mínimo – não como vertente de um abolicionismo penal mediato, mas buscando a (re) legitimação do direito penal – a Teoria do Garantismo Penal identifica como objetivo da intervenção penal estatal, não somente a prevenção de delitos, mas também, a prevenção de reações informais e arbitrárias ao cometimento do delito.

2.3. O Constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político

A efetiva prestação da tutela jurisdicional constitui-se em direito fundamental e qualquer situação, fato que não garanta uma tutela efetiva se reverte em uma grave violação desse direito.

Segundo Fernando Jayme:

O exame dos Diagnósticos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, trazidos à baila pelo Ministério da Justiça, bem como das estatísticas publicadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça, autoriza afirmar, de forma categórica, que o Poder Judiciário se encontra absolutamente impotente para responder às demandas da sociedade face ao acúmulo de processos e que não há, nem mesmo a médio prazo, propostas concretas para aliviar, de forma considerável, a sobrecarga existente.

Com efeito, o Poder Judiciário encontra-se imerso em uma crise de proporções monumentais, o que impede seja prestada tutela jurisdicional em tempo razoável, fazendo com que a sociedade brasileira se veja privada de Justiça. Não é legítimo atribuir ao Judiciário a responsabilidade exclusiva por ela nem a carga de, solitariamente, solucioná-la. A crise é um problema de toda a sociedade e todos devemos mobilizar-nos para resolvê-la.²⁹

A respeitável concepção puramente formal da democracia em muito difundido na literatura de estudos políticos por Hans Kelsen e Norberto Bobbio, que para Ferrajoli “condicionadas ao velho paradigma legislativo do Estado de direito”, assevera a introdução

²⁸ (Ob. cit. p.)

²⁹ JAYME, Fernando Gonzaga. *Obstáculos à Tutela Jurisdicional Efetiva*. Projeto de Pesquisa apresentado a UFMG. 2008. p.2

da teoria da hierarquia das normas e do controle de constitucionalidade por Kelsen, e após, juntamente com Bobbio, identifica a validade das normas com a sua existência, rejeitando a própria ideia da invalidade substancial das normas de lei em contraste com a Constituição, podendo vincular o conteúdo das leis e, em geral, que as normas superiores podem condicionar não apenas as formas, mas também os conteúdos das normas inferiores.

A crítica consiste no argumento de que a identificação da validade com a existência tem como inevitável consequência uma concepção em última análise apenas formal da validade, ou seja, tão formal quanto aquela a respeito da existência. A verdadeira razão da identificação reside na ausência de decomposição, por parte de Kelsen, da noção de validade com base nas suas diversas referências empíricas: de um lado a forma do ato normativo com relação à qual é predicável o vigor da norma, ou seja, sua mera existência e um dado ordenamento, de outro o seu significado consonante a sua validade ou invalidade substancial.

A ausência de distinção entre existência e validade da qual Kelsen não é capaz de conceber a existência de uma norma inválida, muito menos por razões de conteúdo, nem de distinguir entre requisitos e vícios de forma que se referem ao ato normativo e requisitos e vícios de substância que se referem, ao contrário, à norma por ele produzida.

A noção de democracia no modelo garantista pode ser, portanto, articulada em quatro dimensões: política, civil, liberal e social; as duas primeiras formais e as outras duas substanciais – correspondentes às quatro classes nas quais se podem distinguir todos os direitos fundamentais: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais.

Nessas quatro dimensões, todas necessárias e conjuntamente suficientes, é que se baseia o modelo garantista da moderna democracia constitucional, por força do qual é subtraído de qualquer poder, tanto público quanto privado, a possibilidade de revogar qualquer direito fundamental ou outros princípios constitucionalmente estabelecidos.

2.3.1 O constitucionalismo garantista

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.

O paradigma constitucional produzido por esta transformação estrutural do Estado de direito pode ser descrito mediante quatro princípios correspondentes a igual número de garantias. Segundo Ferrajoli seriam duas primárias e outras duas secundárias. Trata-se de um paradigma de caráter normativo – o modelo garantista do constitucionalismo rígido, que atribui Ferrajoli a sigla MG, *o qual sendo um modelo teórico é formal e formalizável*. Consiste numa sintaxe interpretável a partir de qualquer sistema jurídico.

O primeiro postulado é o princípio da legalidade; o segundo postulado é o princípio da completude deôntica, por força do qual, onde quer que existam direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos como *garantias primárias* deles.

O terceiro postulado é o princípio da jurisdicionalidade, o qual impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também devem existir, contra as suas possíveis violações, normas secundárias que predisponham a intervenção de *garantias secundárias* ou jurisdicionais levadas a efeito por funções e instituições de garantias.

Por fim, o quarto e último postulado trazido por Ferrajoli é o *princípio da acionabilidade*, com base no qual onde quer que exista uma jurisdição deve igualmente ser prevista, como ulterior garantia secundária, a sua ativação por parte dos titulares dos direitos e dos interesses lesados.

2.3.2 O constitucionalismo principialista

Ferrajoli chega ao dissenso que divide o constitucionalismo garantista de outra e ainda mais importante ordem de teses que caracteriza o constitucionalismo principialista: a configuração das normas constitucionais substanciais e, em particular, dos direitos fundamentais, não apenas como “regras”, mas como “princípios”, objeto de ponderação e não como se passa com as regras de aplicação.

A distinção entre regra e princípios é certamente uma importante aquisição hodierna da teoria do direito. A questão de fundo é a definição destas duas classes de normas: precisamente, o significado sob o prisma intencional da noção de “princípios”, em oposição àquele de “regras” e, conseqüentemente, o seu significado extensivo, isto é, a classe das normas, se inclusivas ou não de direitos fundamentais.

Para Alexy “*princípios são preceitos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser realizados em graus diferentes*” e que destes, dependendo das circunstâncias do caso, são deriváveis, caso a caso, regras com base em sua ponderação ou balanceamento; ao

contrário “*as regras são normas que podem ser sempre realizadas ou não realizadas, de modo que “se uma regra é válida, então é obrigatório fazer exatamente aquilo que ela quer.”*”

2.3.3 A crise moderna da democracia constitucional

A crise econômica está se tornando uma crise política, social, humanitária e ecológica que está minando todos os pressupostos da democracia. Os principais efeitos são a violação para bilhões de seres humanos de todos os seus direitos e um crescimento exponencial das desigualdades – entre as pessoas no interior de cada país e entre as economias dos diversos países – e, por isso, a erosão das bases sociais da democracia e da paz que são constituídas, em última análise, pela igualdade nos direitos fundamentais.

Assim expõe Ferrajoli:

(...) o crescente descrédito da política, no melhor dos casos tida como impotente e parasitária e, no pior, como antissocial e subserviente aos interesses destrutivos dos mais fortes. A política moderna de Hobbes em diante, legitima-se, de fato, como expressão e proteção dos interesses dos seres humanos em carne e osso. É legitimada socialmente, na sua dimensão substancial e, como reflexo, nas dimensões política e representativa, pela sua capacidade de resolver os problemas: de promover os princípios constitucionais, de garantir os direitos e, antes de tudo, a vida, de redistribuir a riqueza por meio de prestações e servilis, de limiar e disciplinar os poderes igualmente selvagens da economia.³⁰

Esta crise da política – do seu papel, da sua capacidade de governo e, por isso, da sua legitimação, é a causa principal de todas as crises e dos desvios até agora examinados. É da crise da política que ocorre a crescente inadequação do direito como instrumento de regulamentação dos poderes, sejam públicos ou privados, e de garantia da igualdade e dos direitos fundamentais das pessoas. Isso fica claramente demonstrado com a Lei de Drogas e sua aplicabilidade no mundo real.

Por fim, expõe Ferrajoli que:

É, portanto, o renascimento e a refundação da política, hoje, o verdadeiro e mais difícil problema, que se tornou grave e urgente pelo fato de que a crise da política, se não controlada, gera sempre sobre o plano social – conjuntamente às paixões tristes dos ódios, dos egoísmos, da resignação, do descompromisso, dos medos e das antipolítica, que é sempre o terreno fértil de todos os populismos e de todas as vertentes autoritárias.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político* / Luigi Ferrajoli; tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A expansão do paradigma constitucional consiste no seu alargamento relativamente a todos os poderes, públicos e privados, que devem se desenvolver externamente à esfera dos poderes estatais. Requer, em síntese, uma constitucionalização do direito internacional e do direito privado comercial. Por sua vez, a consolidação do mesmo paradigma em sentido intensivo requer a refundação da dimensão formal da democracia representativa, por intermédio da reabilitação da política e da reestruturação da esfera pública com fundamento, em um complexo sistema de separação entre as funções do poder, com vista à garantia dos direitos políticos e civis, muito além da clássica tripartição formulada por Montesquieu.

De outro lado, o desenvolvimento da dimensão substancial da democracia constitucional, por intermédio das garantias primárias e secundárias de todos os direitos fundamentais, com base no modelo garantista proposto por Ferrajoli (MG) tal qual foi definido por intermédio dos princípios da legalidade, de completude, de jurisdicionalidade e de acionabilidade.

3 A (INTER) RELAÇÃO ENTRE A TIPICIDADE E OS INSTITUTOS DA DOGMÁTICA PENAL

A dogmática penal no estudo perfunctório da criminalidade é uma análise que se mostra importante na interseção existente entre os institutos de direito penal. A tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são elementos necessários para imputar o crime à pessoa humana. Contudo, a necessidade da interdisciplinaridade da dogmática penal é indispensável para análise da conduta humana, junto com outras ciências antropológicas, tais como a psicologia, a psicanálise, a sociologia, a criminologia, enfim, todas as variáveis do estudo do comportamento humano para compreensão do fenômeno atual da criminalidade.

3.1 A tipicidade como primeiro dos elementos da teoria do crime.

A tipicidade como primeiro dos elementos da teoria do crime fornece elementos suficientes para a interpretação das instituições penais situadas na teoria do delito. As instituições penais só podem ter seus conceitos delineados através desta inter-relação, cujo elementos do delito se consubstanciam à luz da tipicidade. A tipicidade se torna, então, chave de interpretação da antijuridicidade quanto à culpabilidade.

Ao longo desta pesquisa científica, procura-se demonstrar como a análise dogmática da tipicidade tem sido ponto crucial para justificar a problemática encontrada nas prisões efetuadas no cotidiano mineiro. As prisões efetivadas, ratificadas e quase certo continuadas através da sentença penal condenatória se justificam pela ausência de interseção entre os atores de justiça para compreensão do fenômeno social do uso das drogas, tipificados friamente como crime.

Anibal Bruno afirma que *“a tipicidade está no centro do esquema da ação punível e a ela devem referir-se os outros atributos da antijuridicidade e da culpabilidade. No direito penal antijuridicidade é a antijuridicidade típica e culpabilidade é a culpabilidade típica”*³¹.

Para melhor entendimento, os objetivos dos institutos da teoria do crime são configurados pela (i) antijuridicidade consistente na realização do juízo de reprovação sobre a conduta; (ii) culpabilidade consistente na realização de um juízo de reprovação sobre a pessoa. Em que pese tal esclarecimento acerca dos objetivos acima delineados dos seus respectivos institutos, a tipicidade difere de ambos, pois realiza o enquadramento da conduta em um modelo de proibição para dar relevância aquele comportamento no âmbito do direito penal.

³¹ BRUNO, Aníbal. *“Sobre o tipo no direito penal”*. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense. 1962. p.54.

Pensar numa conduta reprovável ou no juízo de reprovação sobre a pessoa que comete tal conduta traz ao pensamento (e criticado pelos abolicionistas do direito penal) quão cruel pode se tornar a dogmática, considerando o seguinte exemplo: fulano comete o crime de roubo com a agravante do uso de arma de fogo. Tal conduta é tipificada no domínio do direito penal. Pergunta-se: e as outras variáveis? socioeconômicas, biopsicossocial v.g. que o levaram a cometer tal delito? Pensemos em um indivíduo viciado em drogas, com histórico de internação que possui dívida junto aos traficantes da região. Sem emprego, sem família, com o ultimato dado até determinada data, se aventura em empregar o crime acima citado: roubo com a qualificadora do uso da arma de fogo. O direito penal não analisa as circunstâncias pregressas ou a afetação ao indivíduo que cometeu o delito, simplesmente pune, pune porque traz a falsa sensação de segurança e de expurgo de um “marginal” das ruas.

Marginal na acepção da palavra, aquele que vive à margem da sociedade, aquele que não esteve inserido em nenhuma política pública de inclusão social. Não conheceu o “braço” do Estado na educação, no lazer, na saúde, no desporto, no trabalho, enfim, mas o conhece no ato da prisão, o “braço” duro da lei (*dura lex, sed lex*).

A tipicidade confere predicados indispensáveis para a realização tanto do juízo de reprovação sobre a conduta (antijuridicidade), quanto sobre o autor da conduta (culpabilidade), sendo que a tipicidade confere substrato para a interpretação daqueles elementos, comunicando-se com toda a teoria do crime em uma relação dialógica.

3.2 O princípio da legalidade como fundamento da tipicidade.

Toda a dogmática do crime (e também da pena) é construída em consonância com o princípio da legalidade, tendo-o como valor fundante do direito penal, sendo a primeira condição para o desenvolvimento de toda dogmática penal. Ao analisar a vertente da estrita legalidade, poderemos atribuir à teoria do garantismo penal boa parte da nuance autoritária pelo exemplo demonstrado acima. Ao indivíduo que cometeu determinado crime, deverá ser punido. Tal consideração será trabalhada mais detalhadamente à frente.

Assim Vives Antón entende que:

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade é a medida que pressupõe que tudo que não está proibido, está permitido, constituído a base de ‘liberdade da modernidade’, que descansa sobre a segurança jurídica, isto é, sobre a possibilidade de calcular com

exatidão as consequências dos diferentes cursos da ação. Ademais, é a legalidade uma espécie de princípio dos princípios³².

O princípio da legalidade possui dois significados. Um significado material que espelha uma face política, que nenhuma outra instituição do direito penal possui, delimitando o aspecto político do Estado, tendo assim o predicado de norma de sede constitucional. Salomão Shecaira observa que no Brasil todas as constituições previram, expressamente, o princípio da legalidade, mesmo as que foram promulgadas em períodos de exceção, como a Constituição de 1937.

Indubitavelmente existe uma conceituação punitivista em todo o arcabouço de nosso ordenamento penal e processual penal. Nosso ordenamento se dá à luz de um autoritarismo e intervencionismo estatal exacerbado, principalmente no pós-guerra. Na Alemanha de Hitler já se fundamentava o holocausto em lei. Conforme citado pelos Generais comandantes do Terceiro Reich em sua defesa junto ao Tribunal de Nuremberg.

O segundo significado do princípio da legalidade é de cunho formal, congregando quatro consequências que estão na base das instituições penais, a saber: a) proibição da analogia (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); b) proibição do direito consuetudinário (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); c) a proibição da retroatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) e; d) taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

A proibição da analogia e a proibição da aplicabilidade do direito consuetudinário são direcionados ao julgador, colocando um limite negativo à sua interpretação. Já a proibição da retroatividade da lei penal é direcionada tanto para o julgador como para o legislador. Por fim, o elemento que congrega o significado formal do princípio da legalidade é a taxatividade direcionado somente ao legislador, sendo última consequência que o princípio condiciona a tipicidade, de modo que ela encontre nele o seu fundamento. Quisera a doutrina, sabiamente, impor limites a atividade de legislar, como forma de validade da norma (de cunho substancial, necessário a análise de valoração da conduta como necessária coibição pelo direito penal).

Neste mesmo sentido, Figueiredo Dias assevera que *“a taxatividade penal tem por escopo evitar que o princípio da legalidade fique esvaziado em face de leis penais que não definem a matéria da proibição, delimitando e individualizando a conduta proibida”*³³. Para melhor exemplificar, afigura-se o caso da disposição geral hipotética apresentada por Wezel, ou a disposição contida no código penal nazista: *“aquele que violar o sadio sentimento popular*

³² VIVES ANTÓN, Tomas. "Principios Penales y dogmatica penal". Libro homenaje a Jose Rafael Mendonza Toconis. T. I. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1998. p.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal - Parte geral. T.I. Coimbra e São Paulo: Coimbra e RT. 2007. p.

será punido com a pena criminal”³⁴. Verifica-se assim um desencontro com o princípio da taxatividade, esvaziando materialmente o princípio da legalidade. Os tipos penais devem ser redigidos com maior exatidão possível para evitar os conceitos distorcidos (previsão somente dos marcos penais de alcance limitado, segundo Jeschek)³⁵.

Por fim, é de se concluir que a tipicidade representa o cumprimento do princípio da legalidade pela taxatividade penal sendo um juízo de subsunção que pressupõe um modelo; modelo este estabelecido pela vontade do povo (Estados Democráticos de Direito) onde o legislador exprime o ‘sentimento’ e a vontade popular. Talvez seja nesse hiato que mora a reflexão da falha da teoria da defesa social, quando o senso comum ultrapassa a razão, fonte necessária do direito, matéria que será mais bem abordada no último capítulo deste trabalho.

3.3 Relações entre a tipicidade e a antijuridicidade.

Os elementos do crime, diversos da tipicidade, são interpretados por completude desta. A tipicidade e antijuridicidade são juízos sobre o mesmo objeto: a conduta. A antijuridicidade cabe à censura do comportamento através da qualificação que se lhe é atribuída em face de sua contrariedade com o direito. (contudo tal contrariedade só pode ser realizada através de realização de uma conduta antinormativa)

A antijuridicidade não é uma teoria do contrário ao direito, mas teoria conforme o direito. MAURACH faz a seguinte afirmação *“a teoria da antijuridicidade é, na prática, uma teoria do conforme o direito, a saber, a apresentação daquelas condutas que, apesar do cumprimento do tipo, são no caso particular, não antijurídicas”*³⁶.

A conduta antinormativa se presume antijurídica, porém essa presunção não é absoluta. Para NAUCKE

o elemento antijuridicidade é uma indicação dirigida a todo penalista para analisar se pode entrar em discussão a impunidade de uma ação típica devido a existência de uma causa de justificação. Somente quando se responder esta pergunta claramente dizendo não, pode uma ação típica ser considerada como antijurídica³⁷. (Wolfgang Naucke apud Brandão)

Para WELZEL:

³⁴ WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin: De Gruyter. 1958. p. 47.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin: Dunker & Humblot. 1988. p. 19.

³⁶ MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. Barcelona: Ariel. 1962. p. 347.

³⁷ NAUCKE, Wolfgang. Direct Penal. Buenos Aires: Astrea. 2006. p. 286.

a antijuridicidade é um juízo de valor ‘objetivo’, portanto se pronuncia sobre a conduta típica, a partir de um critério geral: o ordenamento jurídico. O objeto do juízo de antijuridicidade, isto é, a conduta típica de uma pessoa, constitui uma unidade de momentos do mundo externo (objetivos) e anímicos (subjettivos)³⁸.

A antijuridicidade está definida nos códigos penais negativamente, a partir de suas clausulas de exclusão. (v.g artigo 23 do Código Penal Brasileiro). A teoria da antijuridicidade tem por escopo, pois, estabelecer que condutas típicas e, deste modo antinormativa, podem ser cometidas.

A exclusão da antijuridicidade se dá por um duplo fundamento: a) produto da atividade humana que o direito reconheceu como legítima; b) atuação do direito no mundo dos fatos – fundamenta na noção de completude do ordenamento jurídico de modo a estabelecer que a conduta permitida por um ramo do direito não pode ser proibida pelo direito penal.

Conduta antinormativa é conduta típica, logo o juízo de antijuridicidade depende do juízo de tipicidade. Assim conclui-se que antinormatividade é um pressuposto para o juízo de antijuridicidade.

O juízo de tipicidade não possui uma valoração negativa conclusiva. Segundo Schunemann, tal desvalor só se verificará se não ocorrer uma causa de justificação.

3.3.1 A teoria dos elementos negativos do tipo.

Para a compreensão dogmática dos elementos do crime, a concepção da teoria dos elementos negativos do tipo surgiu antes da construção tripartida do crime. Beling não foi quem criou o termo *tatbestand*, tão somente a reinterpretação do termo que não foi mais identificado como o próprio crime, mas reduziu sua conceituação, passando a ocupar uma função efetiva na dogmática penal.

A significação dos elementos negativos do tipo era voltada para a negação do próprio crime e não da tipicidade, já que o tipo era identificado com o delito em si mesmo. Com o entendimento da tipicidade como *ratio essendi* da antijuridicidade que essa teoria ganhou grande eco. Por tal entendimento, a exclusão da tipicidade necessariamente precisará excluir a antijuridicidade.

As causas de exclusão da antijuridicidade também tornam, para essa concepção, a conduta *atípica*, anulando a relação de adequação entre a conduta e o tipo penal que

³⁸ (Ob. Cit. p. 47)

abstratamente a modelou. Conclui-se que as causas de exclusão de ilicitude funcionariam como elementos negativos do tipo. Ou seja, a tipicidade é anulada pela presença das causas de exclusão de antijuridicidade. Por isso Kaufmann afirma que: *“a teoria dos elementos negativos do tipo força assim a consequência, que as causas de justificação não excluem a antijuridicidade, mas sim anteriormente a tipicidade”*³⁹.

Mesmo entendimento tem Juarez Tavares quando afirma que *“isto conduz à conclusão que os pressupostos de uma causa de justificação (...) constituem elementos negativos do tipo, de modo que sua inexistência se insere como pressuposto de sua realização”*⁴⁰.

3.3.2 Crítica à teoria dos elementos negativos do tipo.

Afirmar que uma conduta antinormativa é um comportamento penalmente irrelevante, é desconsiderar que o bem jurídico é valioso (na acepção de *valor*). Ao considerar atípica a conduta justificada, considera-a como penalmente irrelevante. v.g. “matar um homem seria equiparado a matar um mosquito.”⁴¹

A teoria dos elementos negativos do tipo nega em última análise a própria antinormatividade da conduta típica, tornando irrelevante a consideração em torno da violação do bem jurídico. A chave para a compreensão da relação existente entre a tipicidade e a antijuridicidade está na antinormatividade. É esta que confere o desvalor inicial da conduta. Assim, o juízo de antijuridicidade só poderá ser agregado às condutas antinormativas que, exatamente por serem antinormativas, violaram um bem jurídico e são inicialmente desvaliosas. A tipicidade é o indício da antijuridicidade, sendo o mecanismo hermenêutico através do qual se lhe conhece, em outras palavras: sua *ratio cognoscendi*.

3.4 Relações entre a tipicidade e a culpabilidade

3.4.1 A reprovação do homem como fundamento da culpabilidade

Culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do ordenamento jurídico-penal. A culpabilidade tem como objeto a realização de um juízo

³⁹ KAUFMANN, Arthur. "Schuld und Strafe". Köln: Heymann. 1983. p. 89.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". Belo Horizonte: Del Rey. 2000. Pp. 165-166.

⁴¹ Exemplo utilizado por Welzel. (ob. cit.)

negativo sobre o homem, cuja definição reside na dogmática alemã que ganhou notoriedade, influenciando a maior parte dos sistemas normativos ocidentais. A definição de culpabilidade, segundo esta dogmática, poderá ser abstraída da sentença do Tribunal Federal Alemão que a identificou como “*um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico*”⁴², porque, podendo se comportar conforme o direito, optou por se comportar contrário ao direito, *in verbis*:

a pena requer a culpabilidade antes. A culpabilidade é reprovabilidade. Com o desvalor da culpabilidade se censura ao autor por não haver se comportado conforme o direito, não tendo se decidido por ele, quando podia se comportar conforme a ele, quando podia se decidir por ele.⁴³

Poder-se-ia devagar sobre aspectos comumente importantes abstraídos da culpabilidade como a eleição do objeto cujo o direito elevou a condição de inimigo da ordem jurídica, condição esta que será relacionada mais adiante. A culpabilidade é o único elemento que versa sobre a pessoa humana. Desde o século XIX, a partir da obra de Von Liszt, que o progresso do direito penal é medido pelo aperfeiçoamento da culpabilidade. Não é demais ressaltar que a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre o homem e não sobre a ação. À tal conceituação atribuiremos muitos fundamentos punitivistas do sistema penal.

O termo ‘homem’ significa pessoa humana que possui patrimônio genético humano que tenha vida. Santo Agostinho assim asseverou que todo o ser nascido de uma mulher que possua vida, cujas características fundamentais são três: (i) a liberdade; (ii) a razão/consciência e (iii) a vontade, é considerada pessoa humana. Nunca é demais relembrar o que disseram os romanos sobre as pessoas para os fins penais. Deve-se verificar se o sujeito é capaz, pois aos loucos e aos infantes era e é excluída a responsabilidade penal. A capacidade deve ser considerada como pressuposto da liberdade, da consciência e da vontade.

Para se formular a conceituação de culpabilidade em todas as suas dimensões, é necessário estudá-la em um duplo viés: (i) como princípio do direito penal, de um lado, e (ii) como elemento da teoria do crime, de outro. É como elemento da teoria do crime que emerge as relações entre culpabilidade e a tipicidade.

⁴² BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014, p. 167.

⁴³ JESCHECK, Habs-Heirich. *Lehrbruch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlim: Dunker & Humblot. 1988. p. 19

3.4.2 O juízo de culpabilidade e a tipicidade.

Em razão dos conceitos dos institutos da culpabilidade e da tipicidade, o objeto de estudo de um é diverso do outro e, como dito anteriormente, são sinérgicos entre si. Enquanto o objeto da culpabilidade é o autor da ação, o objeto de estudo da tipicidade é a ação humana. A tipicidade informa conceitos que estão no substrato do juízo de reprovação sobre a pessoa. Nelson Hungria afirma que *“o princípio da legalidade está no substrato da tipicidade e sem o princípio da legalidade a própria noção de culpabilidade estaria subvertida”*⁴⁴.

O juízo de reprovação da culpabilidade pressupõe: (i) a capacidade do agente, aferida pela sanidade mental e pela maturidade em função da idade no direito penal (chamada de imputabilidade); (ii) a liberdade do agente, já que só se pode realizar uma opção sem coação ou vício que permita a faculdade de escolhas entre possibilidades, denominado de exigibilidade de conduta diversa e o mais importante; (iii) consciência de antijuridicidade – segundo Chaves de Carmargo: *“a consciência da ilicitude, como elemento que informa todo o comportamento reprovável, tem sido o conceito mais difícil de se estabelecer no direito penal”*⁴⁵. E não por isso, deve-se traçar uma interdisciplinaridade necessária do direito penal à criminologia crítica, bem como a outros elementos (ciências) que estudam a fenomenologia do crime como um todo.

A concorrência simultânea destes três elementos – imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência de antijuridicidade, em potência, perfaz a estrutura da culpabilidade em coerência com o apregoado pela teoria finalista da ação.

O direito brasileiro superou as dicotomias doutrinárias a respeito da culpabilidade. A estrutura legal da parte geral do código penal, advinda com a Lei n. 7.209/84, normatizou esses três ditos elementos. A saber:

- a) culpabilidade a imputabilidade, tanto enquanto juízo de sanidade mental – artigo 26 do CP;
- b) juízo de maturidade em função da idade – artigo 27 do CP;
- c) exigência de conduta diversa – artigo 22 do código penal;
- d) consciência de antijuridicidade na sua forma potencial – artigo 21 do CP;

Para o entendimento de tais elementos, a consciência de antijuridicidade consiste em um juízo que possui uma interdependência com a tipicidade, porquanto se dá com o conhecimento da norma proibitiva; isto é, com a consciência da antinormatividade. Sem a

⁴⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. V. I. T.I. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p. 16.

⁴⁵ CHAVES DE CARMARGO, Antonio Luiz. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994. p. 155

antinormatividade não teria a base da reprovação da culpabilidade, o que inviabilizaria este último elemento do crime.

Como a antinormatividade é uma decorrência da tipicidade, esta última é um elemento indispensável para que se faça qualquer juízo de reprovação em face da pessoa. A antinormatividade está no fundamento hermenêutico da culpabilidade para possibilitar ou não a censura do agente que praticou uma ação típica e antijurídica.

3.4.3 Conceituação de consciência de antijuridicidade e sua relação com a antinormatividade.

Consciência é o termo que significa conhecimento, percepção, honestidade. Também pode revelar a noção dos estímulos à volta de um indivíduo que confirmam a sua existência. A consciência também está relacionada com o sentido de moralidade e de dever, pois é a noção das próprias ações ou sentimentos internos no momento em que essas ações são executadas. A consciência pode ser relativa a uma experiência, problemas, experiências ou situações.

O conceito de consciência está intimamente relacionado com termos como ‘eu’, ‘existência’, ‘pessoa’, revelando uma conexão existente entre consciência e a consciência moral. Em várias situações pode ser o oposto da autoconsciência onde o ‘eu’ é o objeto de reflexão e da consciência moral.

É possível verificar que, ao longo do tempo, a filosofia abordou a consciência em duas vertentes: consciência intencional ou não intencional. De acordo com Edmund Husserl (fundador da fenomenologia), a consciência é uma atividade direcionada para alguma coisa da qual há consciência. A consciência não intencional consiste a um mero reflexo da realidade que é apresentada.

Segundo Descartes, pensar e pensar que pensamos são coisas iguais. Kant fez a distinção entre a consciência empírica que faz parte do universo dos fenômenos e a consciência transcendental que capacita a associação de todo o conhecimento com a consciência empírica.

Hegel aborda a consciência como um crescimento dialético que atinge um nível transcendente, alcançando a sua superação. Faz também a distinção entre consciência empírica, racional e teórica. É também importante referir que a filosofia contemporânea dá muita importância à vertente de ato da consciência, dando-lhe uma conotação mais funcional.

Para Brandão⁴⁶, o vocábulo consciência possui mais de uma conotação; provém do vocábulo latino *conscientia* com dois significados:

- a) *scio me scire*: atributo altamente especializado, diferenciador do ser humano dos demais animais porque possibilita a ele raciocinar sobre si mesmo (este é o sentido filosófico de consciência) e;
- b) *scio me agere*: é a capacidade de perceber os objetos exteriores pelos órgãos do sentido e introjetá-los na mente (sentido psicológico de consciência);

Quando se trata de consciência de antijuridicidade é por referencial ao significado psicológico de consciência, enquanto capacidade humana de perceber a realidade exterior e introduzi-la na mente com base na percepção que os órgãos do sentido nos fornece.

A antijuridicidade é um juízo de desvalor e é enquanto percepção do desvalor que conceitua-se a consciência de antijuridicidade, enquanto a lei é um ato próprio do poder legislativo. Wessels definiu o instituto como: “*objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas, a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida*”⁴⁷.

A consciência da antijuridicidade está na base da reprovação da culpabilidade. A sua ausência é chamada na dogmática penal como ‘erro de proibição’ ou ‘erro sobre a ilicitude do fato’, que terá o condão de excluir a referida culpabilidade. Zaffaroni define que “*erro direto de proibição é o que recai sobre a norma mesma, quer dizer, sobre a representação da valoração jurídica do ato conforme a norma proibitiva*”⁴⁸.

A norma proibitiva é aquela que se extrai da tipicidade. Segundo Brandão “*a falta de compreensão negativa da conduta, enfatize-se, faz-se a partir da antinormatividade, pois ela ocorre quando o agente não conhece a norma proibitiva e possibilita a exclusão da culpabilidade*”⁴⁹. Fazendo uma analogia, Brandão assevera que no direito português a culpa é chamada de negligência e por ilícito culposos fala-se de ilícito culpável; portanto, nas condições de mera proibição, não se reconhece um ilícito culpável.

3.4.4 Consciência de antijuridicidade atual e potencial.

⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014. p. 177

⁴⁷ WESSELS, Johannes. Direito penal – parte geral. Porto Alegre: Fabris. 1976. p. 90.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. T.IV. Buenos Aires: Ediar. 1996. p. 190.

⁴⁹ (Ob. cit. p. 178)

O desconhecimento da norma proibitiva, que é extraída da tipicidade, pode excluir a culpabilidade. Isso acontece porque existe uma dupla classificação para a consciência de antijuridicidade: a) a consciência de antijuridicidade atual e; b) a consciência de antijuridicidade potencial. Tal diferenciação foi criada em função da escusabilidade do erro de proibição, ou seja, da sua possibilidade ou não de excluir a culpabilidade do agente.

Para Brandão:

a consciência da antijuridicidade (...) não precisa ser atual, bastando que ela seja potencial. Isso significa que não é necessário, para que surjam seus efeitos jurídicos no âmbito da culpabilidade (...), que ela realmente esteja presente no indivíduo, basta que o sujeito tenha tido condições de auferi-la em seu convívio social⁵⁰.

Conforme prescreve a norma do Parágrafo Único do artigo 21 do Código Penal Brasileiro, o critério legal para o juízo sobre a evitabilidade do erro de proibição: *“considera-se evitável o erro quando o agente atua sem conhecer a ilicitude do fato, quando lhe era possível nas circunstâncias ter ou atingir essa consciência”*⁵¹.

Mezger propõe um critério dogmático para a concretização dogmática desta comparação: a valoração paralela na esfera do profano. A valoração paralela pelo autor, acerca da consciência da antijuridicidade na esfera do profano significa *“uma apreciação da mesma com relação aos pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, que marche na mesma direção e sentido da valoração legal-judicial”*. Ainda complementa o pensamento: *“o conhecimento (previsão) da antijuridicidade da ação não deve agora, a sua vez, naturalmente, ser entendida no sentido de subsunção jurídica; pois, em caso contrário, aqui também, de novo, somente poderia cometer delito um jurista.”*⁵²

Para melhor entendimento da valoração paralela na esfera do profano, Mezger deve ser tido *“como uma apreciação da ação no círculo de pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, orientado no mesmo sentido que a valoração jurídica-legal da ação”*. Mediante ela, deve ser caracterizada dita ação como antijurídica.

O juízo acerca da evitabilidade do erro é baseado na antinormatividade no conhecimento da norma proibitiva. Para tanto, o critério legal prevê um juízo de comparação.

Segundo Brandão:

(...) juízo de comparação será feito a partir das condições sociais, religiosas, econômicas e de todo o plexo de sistemas normativos que circundam o agente. No

⁵⁰ (Ob. Cit. p. 178)

⁵¹ BRASIL. Código Penal. Vade Mecum compacto. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵² MEGZER, Edmund. Strafrecht. Berlin. u. Muchen: Dunker u. Humblot. 1949.

caso de uma pessoa, com a mesma conformação cultural do sujeito ativo, ter podido valorar negativamente a conduta, isto é, ter podido reconhecer a norma proibitiva, o erro de proibição será evitável e o agente terá a consciência de antijuridicidade potencial reconhecida pelo direito penal para lhe ser atribuído o juízo de censura da culpabilidade; no caso contrário, o erro será inevitável e a culpabilidade será excluída em face dele não poder reconhecer aquela norma proibitiva.⁵³

O entendimento da linha tênue formada entre a tipicidade e a culpabilidade que, embora sendo institutos distintos, são sinérgicos, sendo imprescindível a análise da ação através da conduta humana. A dogmática penal define o recorte de tipicidade e da culpabilidade como elementos indispensáveis a análise do tipo. Uma ação só é punível se for típica, antijurídica e culpável.

Não restam dúvidas do caráter objetivo da norma (princípio da reserva legal como garantia do Estado de Direito), bem como da análise subjetiva da conduta humana (culpabilidade). O que se conclui pela inexcusável obrigação do legislador e do julgador o entendimento da (inter) relação existente entre a tipicidade e a culpabilidade.

O direito penal através de sua dogmática prevê as possibilidades do enquadramento da conduta através da ciência com técnica valorativa da conduta típica, antijurídica e culpável. Não sendo admissível apenas a análise da tipicidade sem conduto abstrair, subjetivamente, a conduta humana como elemento substancial à aplicabilidade da pena.

Indubitável que em uma construção de uma sociedade no Estado Democrático de Direito, a culpabilidade está garantida através do devido processo legal sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Vê-se uma crise da democracia quanto às garantias fundamentais estabelecidas nas constituições. 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.

Indubitável o reflexo no objeto de estudo deste trabalho. O direito penal (somente por sua dogmática) não é, e antes o contrário, se mostra como justificador do aprisionamento elevado, elencando o direito penal do inimigo como marco à solução da criminalidade no mundo contemporâneo. O sujeito de direito que se envolve com o denominado 'mundo das

⁵³ (Ob. cit. p. 180)

drogas' não conhece o Estado de Direito que não seja pelo lado punitivo quando este mostra seu lado mais cruel de todos.

4 A POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

4.1 A penalização em virtude da ausência de políticas sociais.

Ao analisar o mundo real das prisões em todo o Brasil, mais especial na região metropolitana de Belo Horizonte em Minas Gerais⁵⁴, depara-se com uma situação peculiar explicada através da política de drogas que o Brasil adotou, punitivista repressiva. Aliás, em nossa introdução, já abordamos quando o Estado não se apresenta de forma eficaz que garanta a dignidade da pessoa humana; sua derrota se transforma em norma punitivista combatendo sempre àquele que não se *'enquadra'* ao modelo de contrato social adotado pelas sociedades.

O Estado, por todas os seus fracassos e ativismo assistencialista, não consegue - assim como cremos não ser seu papel primordial - garantir os árduos e penosos direitos fundamentais conquistados, probos à dignidade da pessoa humana e institucionaliza, através de reformas no pós-guerra, o assistencialismo como um *panis et circenses* do século XX, promovendo reformas estruturais, condicionando o acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta. Wacquant fundamenta esse processo reformista sobre os seguintes comportamentos: a) seja a obrigação de aceitar qualquer emprego (*workfare*), seja a que modula a assistência às famílias em função da assiduidade escolar de seus filhos (*learnfare*) ou da inscrição em pseudo-estágios de formação sem objeto nem perspectivas.⁵⁵

Ainda continua a ressaltar que as estratégias foram incorporadas por núcleos chamados de "terceira via". Vera Malaguti, ao prefaciar a tradução de Wacquant, entendeu que o presidente norte-americano 'Bill' *"Clinton fez parte dessa força política de amplo espectro na hegemonia global 'politicamente correta'. Como não pensar na "bolsa-escola", carro chefe do PT light, ou no "cheque-cidadão" do clientelismo provinciano que distribui dinheiro público a partir de uma rede de igrejas selecionadas?"* (Wacquant, ob. cit. p.09)

Tanto na América do Norte como aqui na América Latina a denominada "guerra contra as drogas" é a justificativa de tantas mortes entre os 'cidadãos'⁵⁶.

Dados estatísticos contam que no Rio de Janeiro, a criminalização por drogas passa de

⁵⁴ A análise da presente pesquisa teve como objeto as Comarcas de Belo Horizonte, Esmeraldas e Ribeirão das Neves, integrantes da região metropolitana de Belo Horizonte/MG.

⁵⁵ (Horowitz, 1995 apud. WACQUANT, Loic. Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos, 3a ed. p.10).

⁵⁶ Mais adiante, a pesquisa mostra que para a doutrina do direito penal do inimigo o 'desviado' não é cidadão, mas sim o 'inimigo a ser abatido'.

cerca de 8% em 1968, 16% em 1988, a quase 70% no ano 2006 e 80% no ano de 2014⁵⁷. Tanto nos Estados Unidos como no Brasil a clientela do sistema penal⁵⁸ é recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres sempre desassistidos de políticas públicas assistenciais de acesso às garantias fundamentais. Vera Malaguti assevera que:

A continuidade do fracasso retumbante das políticas criminais contra drogas só se explica na funcionalidade velada do gigantesco processo de criminalização gerado por ela. As prisões do mundo estão cheias de jovens "mulas", "aviões", "olheiros", "vapores", "gerentes" etc.

E quantas vezes não ouvimos dos criminólogos da terceira via que faltam investimentos no sistema penal? Investir maciçamente em educação popular de tempo integral pode ser entendido por alguns como absenteísmo. A criminologia da terceira via sonha com prisões que funcionem, como no evangelismo pentecostal de resultados: "se Deus existe, ele tem de funcionar"⁵⁹

Vamos entender o início dessa história que não possui gênese histórica e nem um marco teórico, mas um crescente embate em detrimento do crescente consumo no início do século XX de ópio e haxixe, principalmente entre os intelectuais e na aristocracia urbana, passando assim a editar novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas. (CARVALHO, p. 61)

A formação do sistema repressivo contra as drogas no Brasil ocorreu quando houve a desvinculação e autonomia normativa incriminalizadora (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso no país do modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38 fora elaborado de acordo com as disposições contidas na Convenção de Genebra de 1936 que regulamentou as questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo. Por tais disposições culminou por proibir inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.

Dispunha a norma do artigo 33 do Decreto-Lei 891/38:

(...) facilitar, instigar por atos ou palavras o uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no artigo 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação destas substâncias". Pena: prisão celular de 01 a 05 anos e multa.

⁵⁷ Mapa do encarceramento no Brasil, 2015

⁵⁸ Por sistema penal deverá ser entendido todas as "agências punitivas" do Estado, tais como o legislativo, o executivo, o judiciário e o Ministério Público.

⁵⁹ (Waquant, ob. cit. p.10)

Rosa del Olmo, citada por Carvalho, lembra que o consumo de drogas, sobretudo do ópio até a década de trinta, estava restrito a grupos considerados desviantes, explicados sociologicamente em termos de subcultura, identificando os usuários como devassos – *“el fenómeno se percibía en términos de peligrosidad, patología y vicio por lo cual el consumidor era visto con un ‘degenerado’”*. Segundo a criminóloga, *“deriva desta concepção o discurso oficial que pode ser denominado de discurso ético-jurídico, o qual, não obstante potencializar leis penais repressivas, criava o estereótipo moral do consumidor.”*⁶⁰

O surgimento da juventude "transviada" na década de sessenta e os "hippies" na década de setenta, popularizou o consumo da maconha e do LSD, vinculado à contracultura e aos movimentos de contestação. O uso de tais entorpecentes aparece como *instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às 'agências de controle penal'*.⁶¹

A criminóloga Rosa del Olmo atribui a globalização da repressão às drogas o projeto de transnacionalização do controle da sociedade, cuja finalidade é transcender as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Fica nítido que o fundamento desta política global será fornecido pelo Movimento de Defesa Social (MDS), que segundo a criminóloga *“(...)corresponde a una ideología caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de la sociedad donde se destacan fundamentalmente los principios del bien y del mal y de la culpabilidad, necesaria en ese momento como centralizadora y unificadora de las normas universales que debían imponerse”*. (OLMO, apud. CARVALHO, p. 65)

Assim surge o modelo 'médico-sanitário-jurídico' de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado na ideologia da diferenciação. O objetivo deste discurso/ideologia de diferenciação é deixar nítida a distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre *doente* e

⁶⁰ *“Se impone un discurso oficial que se puede denominar ético-jurídico por el énfasis que adquiere en esa época, la promulgación de severas leyes penales para sancionar el fenómeno que a su vez da lugar a la creación del estereotipo moral, si se recuerda que según éste 'el uso de droga es por parte censurable como hábito vicioso y degradante y por otra aparece descrito como algo estrechamente ligado al placer, al ocio y al sexo'”* (OLMO, Las Drogas..., p. 123 apud CARVALHO, p. 63)

⁶¹ Para Salo de Carvalho, a utilização do termo *agências de controle* (penal, punitivo) seguirá a definição de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: *“na análise de cada sistema penal deve se consideradas as seguintes agências: (a) as políticas (parlamentares, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); (b) as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); (c) as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); (d) as penitenciárias (pessoal das prisões, da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); (e) as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); (f) as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica) e (g) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, Cooperação de países centrais, fundações, candidatos à bolsa de estudos e subsídios)”* (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, Direito Penal Brasileiro I., p. 61, apud CARVALHO, p. 64)

delinquente, respectivamente. Para Carvalho, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal de onde se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública e sobre o consumidor/usuário incidiria o discurso *médico-psiquiátrico* vinculado na perspectiva sanitaria muito debatida na década de cinquenta que difundiu o estereótipo da dependência.⁶²

O que para Rosa del Olmo define a ideologia da diferenciação, gestada na década de sessenta, fundamentada no “(...) *duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico)*”, o traficante (ético-jurídico) e o usuário/consumidor (médico-sanitário).

Além do discurso (ideologia) da diferenciação através do processo de demonização da droga, houve nesta época a utilização do discurso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos *inimigos*.

Rosa del Olmo ressalta que, em dado momento, o presidente Nixon discursa anunciando que “*o abuso de drogas atingiu dimensões de emergência nacional*”, posteriormente qualificando as drogas como “*o primeiro inimigo público não econômico*”.⁶³

Com a publicação do Decreto-Lei 385/68, modificações significativas foram trazidas para a discursividade das drogas. O então art. 281 do Código Penal, imputava a punição exclusiva do comerciante de drogas. O entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à época não abrangia na tipificação penal os consumidores/usuários. A descriminalização (entendimento judicial do uso, pelo STF), gerava situação que preocupava no âmbito da repressão.

Em pleno governo militar, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso de diferenciação, o Decreto-Lei 385/68 modifica o art. 281 do Código Penal, agora criminalizando o usuário/consumidor com pena idêntica àquela imposta ao traficante. Com a inclusão de novo parágrafo ao dispositivo penal, há previsão de que “*nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*”

Como observou Menna Barreto, “(...) *o legislador brasileiro optou pela medida drástica de identificar, na mesma categoria, todos: envolvidos com tóxicos, independentemente do grau*

⁶² (...) o problema da droga se apresentava na década de sessenta como “uma luta entre o bem e o mal, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família” (OLMO, A Face das drogas, p. 34)

⁶³ (OLMO, América..., pp. 36-39). No mesmo sentido (OLMO, Las Drogas..., p. 126).

da sua participação".⁶⁴ Para Ney Fayet de Souza, *"o Decreto-Lei n. 385/68 abalou a consciência científica e jurídica da Nação, dividindo juristas, médicos, psiquiatras, psicólogos e todos quantos se voltam para o angustiante problema da vertiginosa disseminação do consumo de produtos entorpecentes"*. (CARVALHO, p. 29)

Ainda no governo militar, foi editada a Lei 5.726/71 que redefiniu as hipóteses de criminalização e modificou o procedimento jurisdicional, inovando na técnica de repressão aos entorpecentes. Mesmo não considerando o dependente/usuário/consumidor como criminoso, *escondia faceta perversa da Lei*, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 01 a 06 anos *"importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência"*; *"Nas mesmas penas incorre: quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica."*

Para Ney Fayet de Souza,

(...) a "Lei Antitóxicos Lei 5.726/71 deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante - apenas para justificar a imposição da medida de segurança -, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa."⁶⁵

Carvalho ainda arremata a situação considerando que

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06.

A norma estabelecida pela Lei 6.368/76 deixa clara a diferenciação entre usuário/dependente e o traficante. Os binômios '*dependência-tratamento*' e '*tráfico-repressão*' ficam evidentes na legislação, mesmo estando ao longo do texto normativo, trata-se de mera

⁶⁴ (MENNA BARRETO, Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos, p. 29, *apud* CARVALHO, p. 29)

⁶⁵ (FAYET DE SOUZA, Lei Antitóxicos..., pp. 58-59)

aparência, característica do sistema repressivo. Assim, foram criados dois estatutos proibitivos diferenciados, vinculados aos binômios médico-psiquiátrica ou jurídico-política, estabelecendo sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados.⁶⁶

O discurso alarmista/moralista - próprio do discurso de Lei e Ordem - permeia a legislação, induzindo o temor que passa a nortear o senso comum sobre o assunto. A discrepância entre o real e o imaginário fica evidente quando se analisa os índices de comércio e consumo de drogas ilícitas no Brasil na década de setenta, quando comparados aos de outros países ocidentais. A importante constatação de Jock Young no sentido de que, *"o campo das drogas - sobretudo pela forma de exposição gerada pelo 'mass media' - é a fonte do pânico moral 'par excellence', sendo sua imagem frequentemente distorcida, quantitativa e qualitativamente"*.⁶⁷

Conforme Vicente Greco Filho, o primeiro capítulo da Lei 6.368/76, ao tratar do tema prevenção, estabelece como dever de toda pessoa, física ou jurídica colaborar com a prevenção e a repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem a dependência física ou psíquica. Para o doutrinador trata-se de norma exortiva, cujo escopo é o "(...) chamamento das forças da Nação para esta verdadeira guerra Santa que é o combate aos tóxicos. O dever mais que jurídico é moral (...)." ⁶⁸. No mesmo sentido Mena Barreto, membro da Comissão redatora do Projeto da Lei disserta, "(...) o artigo inicial mantém a filosofia de que é indispensável a colaboração e o esforço conjunto num campo de luta que hoje compromete toda a humanidade. 'É questão de sobrevivência político-econômica e social' (...)." ⁶⁹

Carvalho, ao citar a passagem de Mena Barreto, estabelece que *"a inversão ideológica do discurso revela os futuros efeitos perversos da Lei de Drogas: 'a aparente preocupação com as ações preventivas densifica o sistema repressivo'."* (CARVALHO, p. 77-78)

Mesmo com a Lei 6.368/76 rompendo a lógica da Lei 5.726/71 e a do Decreto-Lei 385/68, dando tratamento diferenciado (punitivo) entre porte e comércio de drogas ilícitas, as alterações em matéria de penas evidenciam o aprofundamento da repressão, quando se observa o artigo 12 da antiga Lei de Tóxicos quando especificava diversas modalidades de conduta, não restringindo as penas do tráfico apenas à *importação, exportação e venda de drogas*, verbos nucleares do revogado tipo do art. 281 do Código Penal.

⁶⁶ (CARVALHO, p. 75)

⁶⁷ (YOUNG, Drugs: Absolutism, Relativism and Realism, p. 24 *apud* CARVALHO, p. 77-78)

⁶⁸ (GRECO FILHO, Tóxicos... p. 52 *apud* CARVALHO, p. 77)

⁶⁹ (CARVALHO, p. 77-78)

A tais condutas foram acrescentas as hipóteses de *remessa, preparo, produção, fornecimento e transporte*, submetendo-as a tratamento penal rígido, visto o *substantial aumento das penas e a ampla margem de discricionariedade judicial para sua fixação (pena de reclusão de 03 a 15 anos)*⁷⁰.

Passa também a legislação a criar outra figura jurídica distinta do concurso de pessoas estabelecido no Código Penal, passa a estabelecer o tipo penal vinculado a atividade de tráfico de drogas, de forma autônoma através da “associação para o tráfico” (art. 14), incriminando especificamente o concurso de pessoas com o fim de praticar reiteradamente o comércio de drogas ilícitas. Tal tipificação, *per si* atribui a pena de reclusão de 03 a 10 anos, podendo ainda ter incidido à pena concurso material delitos (art. 69 do CP).

As hipóteses de majoração da pena no crime de tráfico de drogas ainda são ampliadas com a criação de *causas especiais de aumento de pena* (art. 18), atribuindo destaque à *a)* aplicação obrigatória da majorante em caso de tráfico internacional ou extraterritorialidade da lei penal (art. 18, I); *b)* em virtude da prática de crime *em razão do exercício de função pública* de repressão às drogas (art. 18, II); *c)* quando o delito visa menores de 21 anos (art. 18, III); e *d)* em caso de comércio ou porte de entorpecentes realizado em estabelecimentos de ensino, culturais, sociais ou de tratamento entre outros (art. 18, IV). (CARVALHO, p. 79-80)

4.2 Política criminal da intolerância - Do Direito Penal do Inimigo na estrutura punitiva brasileira

Estabelecido o traço histórico repressivo da legislação brasileira ao tráfico de drogas, base de fundamentação da Lei 11.343/06, fica nítida o *networking* da política repressiva integrada (planos legislativo, executivo e judiciário) com finalidade de otimizar o projeto global de guerra às drogas. Para Carvalho, *"embora possa parecer clara a opção das agências penais brasileiras em integrar o plano internacional de repressão, é imprescindível avaliar o horizonte de projeção ideológico que estrutura esta política de beligerância"*.⁷¹

Fica indubitável o caráter repressivista através da adesão brasileira ao processo de criação da rede de cooperação internacional para o controle da criminalidade das drogas com o advento da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06). O sistema proibicionista no Brasil se sustenta

⁷⁰ (CARVALHO, ob. cit. p. 78)

⁷¹ (CARVALHO, p. 85-86)

no pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS)⁷² e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN).

Segundo Carvalho,

A partir do processo de redemocratização, apesar do crescimento das expectativas de abertura do enclausuramento na questão das drogas, por mais paradoxal que possa parecer, houve o recrudescimento desta base ideológica com a reconfiguração de sua apresentação ao público consumidor do sistema penal. A renovação ocorrerá sobretudo no que diz respeito à ISN, cuja roupagem, na atualidade, será fornecida pela ideologia político-criminal autoritária que funda a tese do '*direito penal do inimigo*'.⁷³

Partindo de uma conjectura repressiva dos anos 60 e 70, através da Defesa Social, Segurança Nacional e dos Movimentos de Lei e Ordem fica nítida a evolução normativa, partindo de tais premissas. Baratta estabelece que a Ideologia de Defesa Social (IDS) é a ideologia conformadora do sistema penal da Modernidade ocidental, vendida pelos Movimentos de Defesa Social (MDS) e pelos Movimentos e Leis e Ordem (MLOs). Um discurso vendável e acima de tudo comprável pelo senso comum.

Segundo Carvalho, a experiência de governos autoritários nos países da América Latina, através de modelos belicistas de gestão da segurança pública, definiram os estereótipos criminais (estética delitiva) - *signos de formação do consenso sobre o crime, a criminalidade e a resposta penal*, assim como as regras de criação, interpretação, aplicação e execução das leis penais (sistemas interativos das agências punitivistas), identificando os *inimigos* a combater na "guerra contra a criminalidade". Delmas-Marty conclui que "*balizar o território da Política Criminal é, portanto, localizar as correntes ideológicas que podem influenciá-la*", objetivando "*(...) fornecer uma chave para compreender a diversidade dos fatos observados*".⁷⁴ E ainda continua:

(...) a Política Criminal, numa dada sociedade e num dado momento de sua história, só é aparentemente explicada pela influência desta ou daquela corrente ideológica, mesmo dominante. Além do jogo das correntes contrárias nas sociedades pluralistas, a Política Criminal é, em todo lugar, a resultante de muitos outros fatores, ao mesmo tempo individuais e sociais no sentido mais amplo, não apenas políticos, mas econômicos e culturais.⁷⁵

⁷² Trataremos a Ideologia da Defesa Social mais adiante quando estabeleceremos sua origem, ênfase combativa e discurso ambivalente.

⁷³ (CARVALHO, p. 85-86)

⁷⁴ (DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, p. 30 apud CARVALHO).

⁷⁵ (DELMAS-MARTY *Modelos*..., p. 40)

Com a interação dos discursos ideológico (IDS, MDS e ISN), surge uma nova forma totalizadora de combate à criminalidade, por meio da imprensa sensacionalista, potencializa a dualidade entre o bem e o mal na ruptura entre criminosos e não criminosos. Hulsman sustenta que *“as produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples - e simplista - de que há os bons de um lado e os maus de outro.”*⁷⁶

Embora vinculada aos fundamentos ideológicos da Lei 6.360/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais normativos. Após a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), a Lei 11.343/06 equaliza a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: (i) alta repressão ao traficante de drogas com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos), e; (ii) patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

O que chama atenção é o fato que o tipo penal não comporta análise sociológica para o fim da culpabilidade, adota-se o discurso do direito penal do inimigo, onde aquele que incide na norma tipificada por lei como tráfico de drogas, deverá ser abatido (a todo e qualquer custo) do meio social. Segundo Carvalho,

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais (v.g. penas restritivas de direito).⁷⁷

É essencial lembrar que *“(...) as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da 'guerra contra as drogas' proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio”*.⁷⁸

Em relação ao porte para consumo pessoal, mantém o sistema proibicionista, consolidado na punitividade entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas. É um placebo o sentido terapêutico indutivo pela lei. Primeiro porque as políticas públicas

⁷⁶ (HULSMAN, Penas Perdidas, p. 56 *apud* CARVALHO, 103-104)

⁷⁷ (CARVALHO, p. 119)

⁷⁸ (ROLIM, A Síndrome da Rainha Vermelha, p. 17 *apud* CARVALHO, p. 119)

repressionistas são o verdadeiro pano de fundo das medidas atípicas que enclausuram usuários e dependentes no discurso *psiquiátrico-sanitarista*, *doente-dependente*, operando como inversão ideológica dos programas de redução de danos. Apesar do uso não ser punível com a pena privativa de liberdade (realidade consolidada desde a inclusão do porte para uso pessoal na categoria de delito de menor potencial ofensivo), conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança atípicas), com similar efeito moralizador (IDS) e normalizador (MLO), ao invés de políticas públicas implementadas de redução de danos já aplicado em alguns países da Europa.⁷⁹

Além do discurso pragmático dos Movimentos de Lei e Ordem, ausente de fundamentação teórica das intervenções autoritárias estatal, o novo discurso defensivo encontra guarida em '*intelectuais*' que disseminam o direito penal máximo, não apenas como solução da política criminal, mas como fundamento de interpretação do direito penal (dogmática penal) em suas diferentes variações (teoria e interpretação da lei penal, teoria do delito e teoria da pena). Dentre as principais construções doutrinárias, inegavelmente encontra-se a formulação de Günther Jakobs sobre o *direito penal do inimigo*.

Segundo Carvalho⁸⁰, alguns autores procuram realizar aproximações teóricas entre a base humanitária (garantismo) do direito e do processo penal com a vertente dogmática penal do pensamento de Jakobs, estabelecendo pontos de contato entre o garantismo e o modelo de funcionalismo. Existe uma incompatibilidade de origem que refuta diametralmente tal interseção.

Continua ensinando que tal incompatibilidade refere-se à perspectiva político-criminal das duas teorias. Assim garante Carvalho que incompatíveis as projeções de criminalização (minimalismo *versus* maximalismo) e estruturação da teoria geral de interpretação do delito e da pena (direito penal do fato *versus* direito penal do autor), qualquer aproximação doutrinária entre duas bases teóricas, aparentemente comuns, se torna inócuo, pois, (conforme trataremos em capítulo específico), o garantismo prevê a não intervenção estatal e quando assim o fizer que seja pelo direito penal mínimo. Assim, ao ilustrar tal significado traz-se a lembrança realizada por Alejandro Aponte que, em 1985, elaborou nota no Congresso de Direito Penal de Frankfurt quando Jakobs apresenta sua primeira versão do direito penal do inimigo, “(...) *en el*

⁷⁹ Rolim estabelece que “(...) *experiências desse tipo (redução de danos) encerram verdades básicas que, entre nós, têm sido enterradas pelo discurso moralista dominante. O resultado é a 'vegetação vingadora' das quadrilhas de traficantes, dos massacres nas favelas, da superpopulação prisional, da ausência de alternativas de tratamento para os dependentes e da Corrupção que atinge a polícia e se espalha por todas as instâncias de poder. Por esses e outros efeitos, nunca foi tão evidente a necessidade de se mudar a política de drogas em nosso país.*” (ROLIM, *apud* CARVALHO, ob. cit. p. 120)

⁸⁰ (CARVALHO, ob cit. p. 124)

contesto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la 'criminalización en el estadio previo a una lesión' del bien jurídico.”⁸¹

Para Jakobs, o direito penal de garantias teria aplicabilidade somente aos cidadãos que praticaram acidental e/ou esporadicamente crimes, somente àqueles que integram / se submetem ao pacto social que se envolvessem em eventual prática delitiva poderiam se resguardar de todos os direitos e garantias inerentes à formulação normativa, notadamente os postulados de legalidade e de jurisdicionalidade. O cidadão que teria seus direitos garantidos, do ponto de vista de Jakobs, seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um crime (para tal conceituado como um erro, um caso fortuito, um deslize), oferece garantia cognitiva mínima de comportamentos relacionados à manutenção da vigência das normas. Contra os cidadãos infratores, a pena apresentar-se-ia como resposta desautorizadora do fato, procurando restabelecer a confiança social na estabilidade da lei (penal). (CARVALHO, p. 125)

Nada mais angustiante do que pensar na cena dos grandes aglomerados urbanos na lógica de Jakobs. Sujeito adquire e *transporta* substância ilícita com amigos para um apartamento em bairro nobre dos grandes centros é tipificado como usuário/consumidor de entorpecentes passivo de ter seus direitos garantidos através da cognição mínima de manutenção da vigência de normas repressivas. Diferentemente daquele pobre/negro, ou quase negro de tão pobre, que é autuado por um dos agentes da repressão das agências punitivas do Estado, transportando com um sujeito⁸² na garupa de sua motocicleta popular, substância ilícita. Para este, as iras da tipificação de tráfico de drogas é medida legal que se impõe.

Sustenta Jakobs ser possível identificar casos “(...) *que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera* (ocasião na qual) *disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona*”.⁸³

Como o direito penal de garantias, seria privilégio exclusivo dos integrantes do pacto social; àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo seria incabível o *status* de pessoa. “*Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.*”⁸⁴

⁸¹ (APONTE, Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano, pp. 12-13 *apud* CARVALHO)

⁸² Aqui já não há mais a figura do cidadão, pois para Jakobs, o delinquente contumaz perde o status de cidadão, não sendo garantido acesso aos direitos fundamentais e tem o Estado o poder-dever de puni-lo como inimigo social.

⁸³ (JAKOBS, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, p.38).

⁸⁴ (JAKOBS, Derecho..., p.47).

Desta forma, surge a dicotomia entre pessoas e *não pessoas*, sendo elaborado dois modelos distintos de intervenção punitiva - o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo redefinindo-se as funções das agências repressivas, pois *“quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad, pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”*⁸⁵

Daí Carvalho indaga que, definido o novo discurso, resta identificar o objeto de intervenção a partir da pergunta: *quem é o inimigo?*

O ilustre criminólogo responde que o *inimigo* se refere, *“a todos aqueles indivíduos cujas atitudes, através de incorporação em organização criminosa ou não, demonstre possibilidade de reiteração delitiva (periculosidade)”*. Assim, cita Cancio Meliá que define a forma de identificação do inimigo como típica dos modelos penais de autor - *“(...) a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino demoniza determinados grupos infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor.”*⁸⁶

No mesmo sentido, cita Eduardo Demetrio Crespo: *“(...) cabe afirmar que el llamado 'derecho penal del enemigo' toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como 'derecho penal de autor.’”*⁸⁷

Lembra Bitencourt que a política criminal funcionalista *“(...) sustenta, como modernização no combate à 'criminalidade moderna', uma mudança semântico-dogmática: 'perigo' em vez de dano, 'risco' em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico, 'abstrato' em vez de concreto; 'tipo aberto' em vez de fechado, 'bem jurídico coletivo' em vez de individual etc.”*⁸⁸

A ampliação do conceito de *inimigo*, ultrapassa a conceituação dos integrantes de grupos terroristas, agregando demais organizações criminosas, fornecendo condições de expansão das agências punitivas a partir da ruptura com os sistemas de garantias constitucionais.

A beligerância do discurso penal do inimigo reloca as ações de desrespeito à legalidade penal e as ilegalidades toleradas contra os direitos individuais exercidas pelas agências repressivas (direito penal subterrâneo) do plano fático ao discurso de

⁸⁵ (Jakobs, Derecho.... pp.55-56) (CARVALHO, p. 126)

⁸⁶ CANCIO MELIÁ, 'Derecho Penal' del Enemigo, pp. 93-94, *apud* CARVALHO, p. 126)

⁸⁷ (CRESPO. 'Del Derecho Penal Liberal' al Derecho Penal del Enemigo', p.50 *apud* CARVALHO, p. 127)

⁸⁸ (BITENCOURT, Princípios Garantistas e a Criminalidade do Colarinho Branco, p. 123)

legitimação. Abre espaço, portanto, para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).⁸⁹

Quando se define grupos com potencialidade delitiva, destituindo seus componentes do *status* de cidadão (como quer o Direito Penal do Inimigo), abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Somente afetos aos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policialesca sujeito à coação direta. (CARVALHO, p. 130)

⁸⁹ (CARVALHO, p. 129)

5 PERFIL DA POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL.

5.1 Aspectos inerentes à seletividade punitiva do Direito Pena

A aplicação seletiva de regras e procedimentos do Direito Penal a indivíduos de diferentes grupos sociais é tema recorrente em vários estudos das ciências sociais brasileiras. As conclusões apontam que, em relação à seletividade penal quanto à raça e status social, nos períodos analisados, aos negros e pessoas de baixa escolaridade eram aplicadas penas mais severas comparativamente aos brancos e pessoas com maior grau de instrução.

Na década de 90, pesquisas apontaram que mesmo a transição para o regime democrático não corrigiu a produção da desigualdade racial do campo da justiça criminal. Verificou-se que em crimes de estupro, na fase judicial do oferecimento da denúncia, a porcentagem de brancos e negros acusados é próxima; entretanto, negros são em maior número de condenados. Publicada nos anos 2000, uma pesquisa da Fundação Seade (Sistema Estadual de Análise de Dados) analisou todos os registros criminais relativos aos crimes de roubos no estado de São Paulo entre 1991 e 1998. A constatação foi que réus negros são, proporcionalmente, mais condenados que réus brancos e permanecem, em média, mais tempo presos durante o processo judicial (LIMA; TEIXEIRA; SINHORETTO, 2003, *apud* MAPA CARCERARIO, p. 16).

Dentre as diversas pesquisas, o Instituto Sou da Paz realizou uma pesquisa sobre as prisões em flagrantes na cidade de São Paulo, considerando a coleta da informação cor/raça dos presos. A pesquisa publicada em 2012 enfocou os presos em flagrante por crimes dolosos (com exceção dos crimes contra a vida ou previstos na Lei Maria da Penha). Os resultados demonstraram que negros (pretos e pardos) são sobrerrepresentados entre os presos em flagrante. Os pardos, conquanto correspondam a 31% da população residente na cidade, representam a maioria entre os presos em flagrante (44,4%). Os pretos, cuja incidência na população residente é 7%, entre os presos compõem 11%. Movimento inverso ocorre com os brancos, maioria entre a população residente (61%) e sub-representados entre os detidos em flagrante (41,7%). Segundo o relatório, a maioria dos presos em flagrante encontra-se na faixa etária de 18 a 25 anos (55,5%). Apesar da importância dada à análise da categoria cor/raça, o universo da pesquisa é restrito ao município de São Paulo. (MAPA, p. 15)

Em relação à articulação entre as variáveis “cor/raça” e “faixa etária”, o *Mapa da*

violência (WASELFISZ, 2014)⁹⁰ e *Vidas perdidas e racismo no Brasil* (IPEA, 2013) demonstraram que o grupo composto por jovens negros está mais sujeito a mortes violentas do que outros segmentos populacionais.

Segundo o *Mapa da violência*, nos homicídios ocorridos no período de 2002 a 2012, houve uma tendência geral de queda do número absoluto de mortes na população branca e aumento no número de mortes da população negra. O referido estudo calculou que no período de 2002 a 2012 foram vitimados por homicídios 73% mais negros do que brancos. Já em relação à população jovem, o estudo calculou que o índice de vitimização de jovens negros (que em 2002 era de 79,9) em 2012 foi para 168,6. Ou seja, em 2012, para cada jovem branco que morreu assassinado, morreram 2,7 jovens negros. Neste mesmo sentido, outra pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) mostrou que a proporção é 2,4 negros mortos para cada pessoa não negra, sendo que a maioria das mortes é provocada por arma de fogo.

Além dos dados alarmantes, ambas as pesquisas mostram a relevância da análise que leve em conta a categoria cor/raça para a formulação e avaliação de políticas públicas que considerem a necessidade de superação das desigualdades entre os diferentes grupos étnico raciais da população. (MAPA, p. 16)

A seletividade do sistema penal, no entanto, não foi observada apenas no perfil racial da população encarcerada, mas também no seu perfil etário e de escolaridade. Quando se analisam as taxas de encarceramento no país, observando os grupos de jovens e não jovens⁹¹, é possível perceber que o encarceramento é focalizado no primeiro grupo em toda a série histórica estudada. Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes jovens acima de 18 anos havia 648 jovens encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes não jovens acima de 18 anos havia 251 encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de jovens foi 2,5 vezes maior do que o de não jovens em 2012 conforme tabela 2 e gráfico 12.

Tabela 2. Taxa de encarceramento por 100 mil habitantes segundo jovens e não jovens. Brasil. 2007 a 2012.

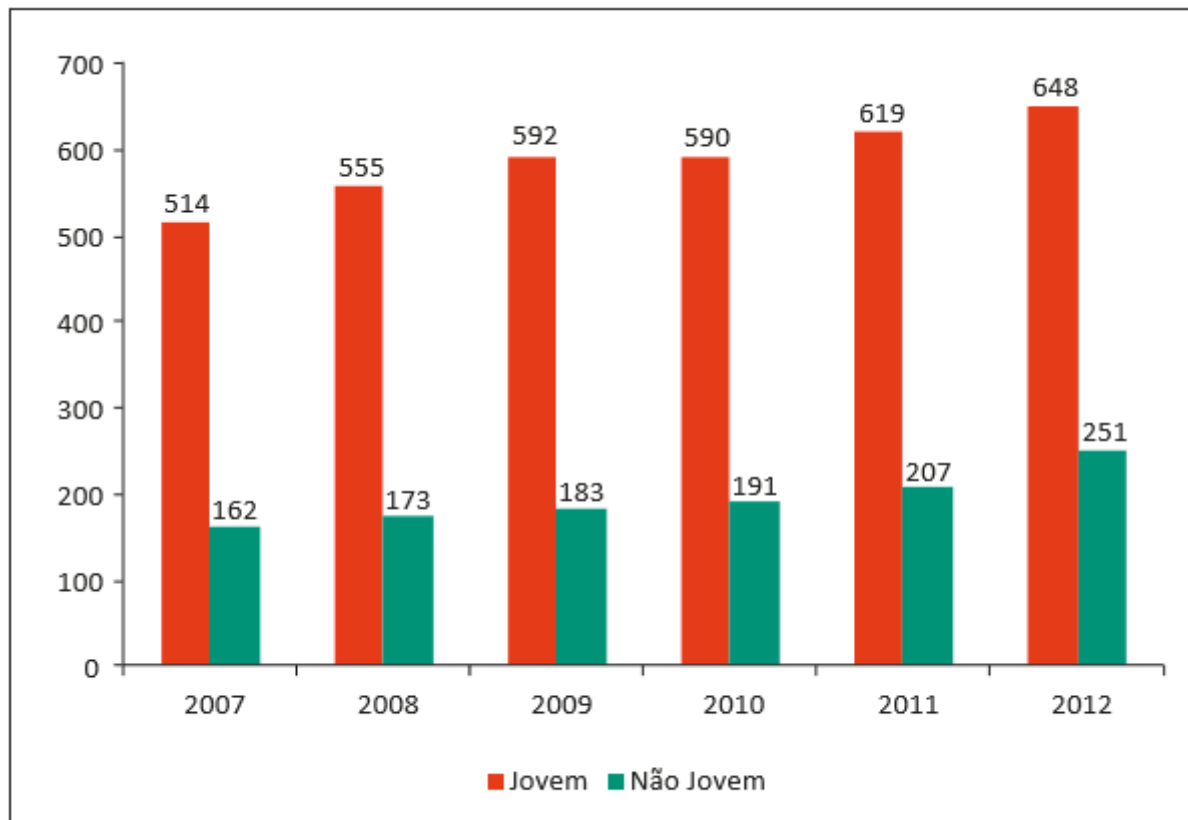
Taxa de Encarceramento											
Jovem						Não jovem					
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2007	2008	2009	2010	2011	2012
514	555	592	590	619	648	162	173	183	191	207	251

Fonte: InfoPen e Waiselfiz

⁹⁰ Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 11

⁹¹ De acordo com o Estatuto da Juventude, considera-se jovem o grupo etário de 15 a 29 anos (no caso do sistema prisional, acima de 18 anos) e não jovem o grupo acima de 30 anos de idade.

Gráfico 12. Taxa de encarceramento por 100 mil habitantes segundo jovens e não jovens. Brasil. 2007 a 2012.



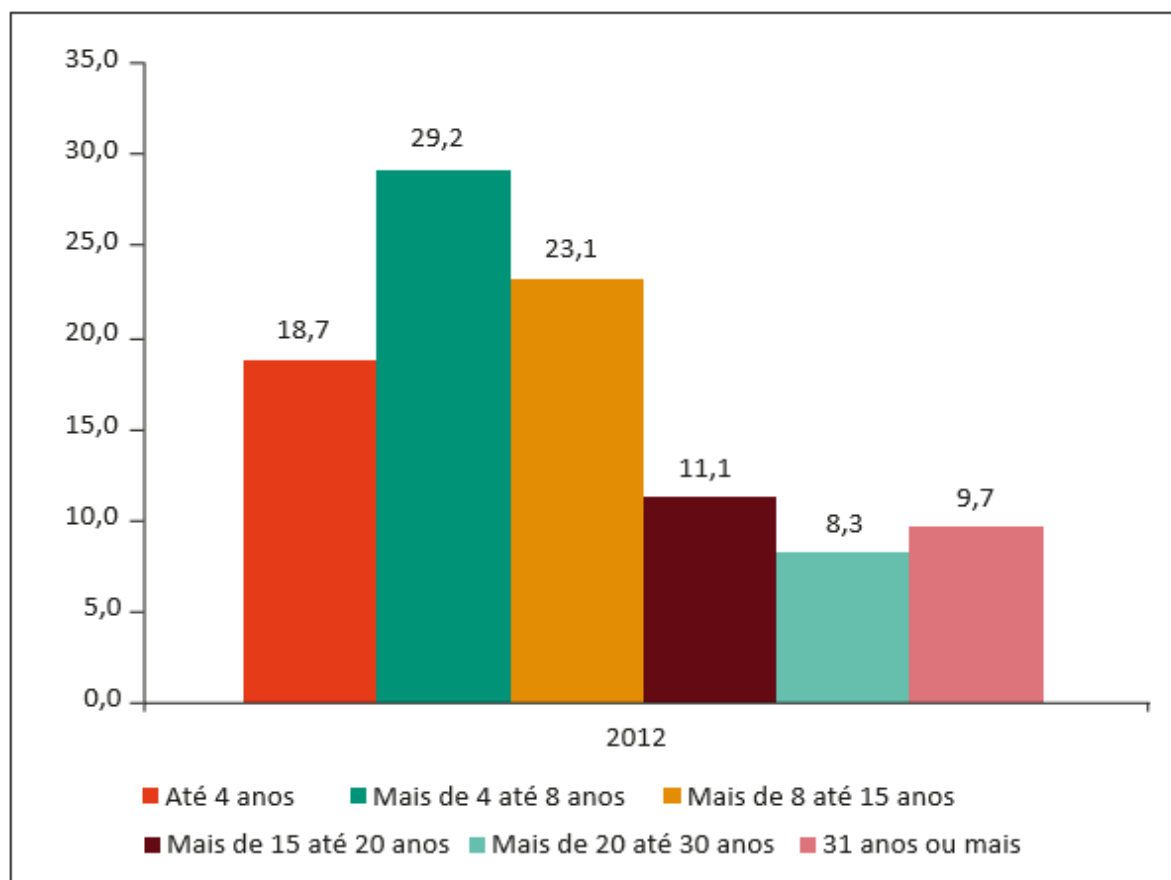
Fonte: InfoPen e Waiselfiz

Outra variável útil para entender o funcionamento do sistema prisional brasileiro é o tempo de prisão. Constata-se que, entre os apenados, a maioria (29,2%) estava cumprindo de quatro a oito anos de prisão, sendo que outros 18,7% cumpriam, em 2012, pena de até quatro anos de prisão. Ou seja, quase metade (48%) dos presos brasileiros recebeu pena de até oito anos. Num sistema superlotado, 18,7% dos presos não precisariam estar presos, pois estão no perfil para o qual o Código de Processo Penal prevê cumprimento de penas alternativas⁹².

Isto se relaciona ao alto número de presos que ainda aguarda julgamento, às tendências punitivistas dos operadores da justiça criminal, às deficiências no exercício do direito de defesa e às deficiências na função fiscalizadora do Ministério Público. (MAPA, 36)

⁹² Lei no 12.403/2011 apresenta uma série de medidas cautelares alternativas à prisão para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

Gráfico 13. Percentual da população prisional segundo o tempo de pena. Brasil. 2012.



Fonte: InfoPen

Uma abordagem analisa, e aqui é o foco desta pesquisa, os tipos de crime mais frequentes pelos quais os presos respondem no sistema carcerário brasileiro. Este também pode ser considerado um indicador da seletividade penal, uma vez que as prisões se concentram em determinados tipos de crime, crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

Observando os dados disponíveis para a série histórica 2008 a 2012⁹³, os crimes patrimoniais correspondem a aproximadamente metade das prisões efetuadas no período, seguida pelos crimes de entorpecentes que correspondem a cerca de 20% e crimes contra a pessoa, menos de 12%. A tabela 3 expõe o percentual destes crimes ao longo dos anos. (MAPA, p. 37)⁹⁴

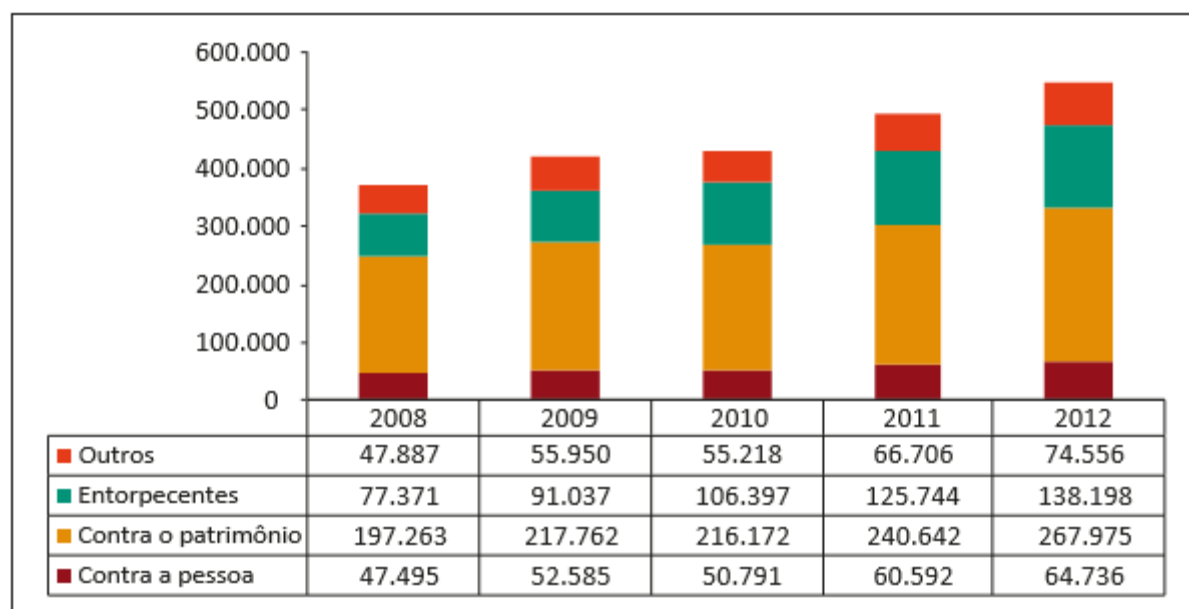
⁹³ Somente a partir de 2008 o InfoPen passou a divulgar a população prisional segundo os tipos de crimes.

⁹⁴ Na categoria *outros* estão incluídos os crimes que, ao longo dos anos analisados, mantiveram representatividade igual ou menor que 5%. São eles: crimes contra os costumes (4,1%), contra a paz pública (1,6%), contra a fé pública (0,9%), contra a administração pública (0,2%), praticados por particular contra a administração pública (0,2%), Estatuto da Criança e Adolescente (0,2%), genocídio (0%), crimes de tortura (0%), contra o meio ambiente (0%), Lei Maria da Penha (0,6%) e Estatuto do Desarmamento (5%). Já no gráfico 14 é possível observar estas cifras em números absolutos ao longo da série histórica.

Tabela 3. Percentual dos presos segundo tipo de crime. Brasil. 2008 a 2012.					
Tipo de crime	2008	2009	2010	2011	2012
Contra a pessoa	12,8	12,6	11,9	12,3	11,9
Outros ¹	12,9	13,4	12,9	13,5	13,7
Entorpecentes	20,9	21,8	24,8	25,5	25,3
Contra o patrimônio	53,3	52,2	50,4	48,7	49,1
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: InfoPen

Gráfico 14. População prisional segundo tipos de crime. Brasil. 2008 a 2012.



Fonte: InfoPen

Indubitável que, embora a base de dados analisada tenha impossibilitado o cruzamento das informações de perfil dos presos brasileiros, a análise das variáveis permitiu observar que o encarceramento brasileiro incide sobre homens, negros, jovens, autores de crimes contra o patrimônio e que, em sua maioria, não chegaram a completar o ensino fundamental.

Segundo os dados mais atuais do InfoPen, quase 40% dos presos brasileiros são provisórios, enquanto, entre os condenados, quase 70% cumpre pena em regime fechado. Também se verificou que a maior parte dos presos (29%) cumpre pena de mais de quatro a oito anos de reclusão e parte significativa (18%) cumpre pena de até quatro anos, que, de acordo com a legislação, poderiam ser substituídas por penas alternativas em boa parte dos casos.

Vale destacar que uma das principais dificuldades do sistema prisional brasileiro é a

ausência de assistência jurídica para a população encarcerada. Não são raras as notícias de pessoas que permanecem presas mais tempo do que deveriam ou ainda aquelas que passam meses e às vezes anos presas sem nenhum contato com um defensor. Iniciativas como os mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conseguem amenizar um pouco esta situação. No entanto, somente a consolidação e o fortalecimento de um órgão institucional de assistência jurídica pode converter este cenário.

Desde 1988, a Constituição Brasileira prevê a criação de Defensorias Públicas em todo o país, processo que vem sendo lentamente consolidado nos estados brasileiros. Segundo o levantamento do Ipea realizado em 2013, até aquele ano, três estados brasileiros haviam criado suas defensorias, mas os órgãos ainda não estavam em atuação. São eles: Paraná, Santa Catarina e Goiás. Já o estado do Amapá, segundo o Ipea, tinha seu quadro de defensores nomeados diretamente pelo governador. (MAPA, p. 38)

5.2 O perfil da população encarcerada por unidade federada e região

Nessa sessão do Mapa do Encarceramento, foi traçado o perfil da população encarcerada por região e por Estado, com especial atenção para a variação das taxas de encarceramento segundo cor/raça e grupos de jovens e não jovens. Também foram apresentadas tabelas com os números absolutos da população prisional segundo estas variáveis por região do país e por Estado para traçar um cenário da variação do encarceramento neste período, expondo o ranking do crescimento das taxas de encarceramento segundo brancos e negros e grupos de jovens e não jovens nos estados brasileiros.

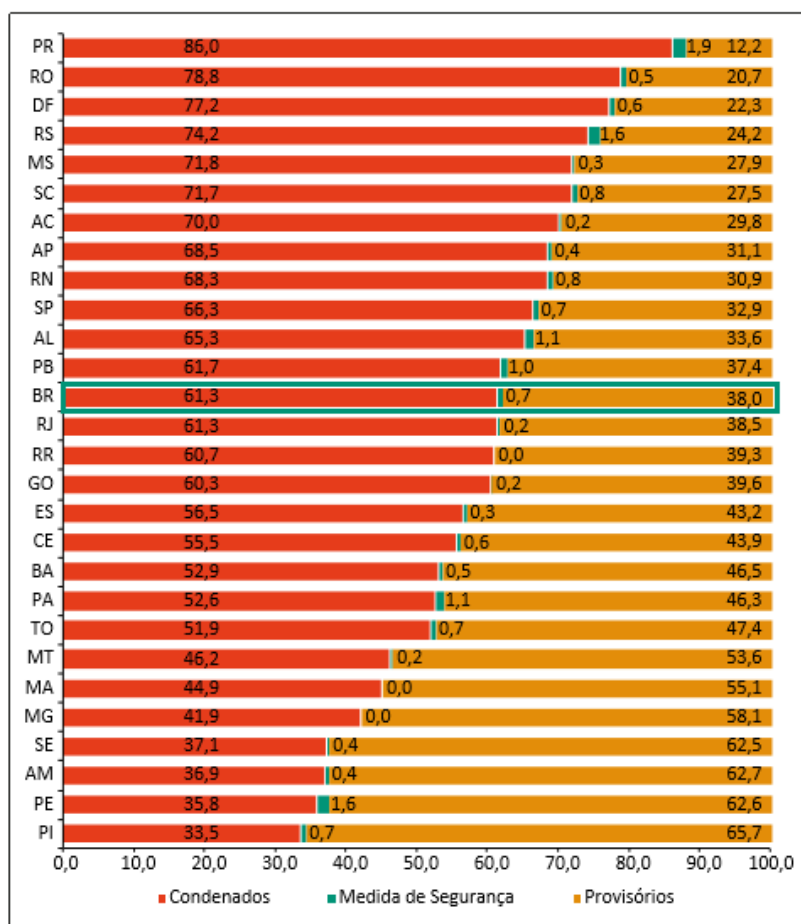
O primeiro dado analisado foi o número de presos segundo a região do país com o propósito de compreender a mudança na política de encarceramento destes locais nos últimos anos. Um primeiro achado da pesquisa é que, durante o período de 2005 a 2012, ocorreu crescimento da população prisional em todas as unidades da Federação, ainda que em 2012 a região Sudeste fosse a responsável pelo maior número de presos, o percentual de crescimento da população encarcerada brasileira foi de 74% e 12 estados tiveram crescimento acima desta marca, com destaque para o estado de Minas Gerais onde o percentual de crescimento foi de 624%⁹⁵. Já o Rio Grande do Sul apresentou o menor percentual de crescimento da população

⁹⁵ Aqui deve destacar em nota que até o ano de 2003, só existia lançados na base do INFOPEN os presos sob gestão da então Superintendência de Organização Penitenciária. Com a criação da Subsecretaria de Administração Prisional pelo Decreto 43.184/03, os presos custodiados até então pela Polícia Civil foram, gradativamente, assumidos pela então Subsecretaria, sendo possível um real dimensionamento sobre o Sistema Prisional de Minas Gerais. Assim ressalte que este crescimento de 624% é irreal.

prisional do país. (MAPA, p. 41)

No gráfico 23 verifica-se que os Estados que têm o maior percentual de presos condenados do país são: Paraná (86%), Rondônia (78,8%), Distrito Federal (77,2%) e Rio Grande do Sul (74,2%). O percentual nacional, segundo os dados do InfoPen, é de 61,3% de presos condenados. Já em relação ao percentual de presos provisórios, Piauí, Pernambuco e Amazonas lideram o ranking, sendo responsáveis por, respectivamente, 65,7%, 62,5% e 62,7% dos presos provisórios no Brasil, enquanto o percentual nacional é de 38%. O Paraná é o Estado que mais possui presos sob regime de segurança (1,9%), ainda que esta modalidade de punição tenha baixa representatividade em todos os estados e também no percentual nacional (0,7%). (MAPA, p. 51)

Gráfico 23. Percentual da população prisional segundo situação processual. UFs e Brasil. 2012.

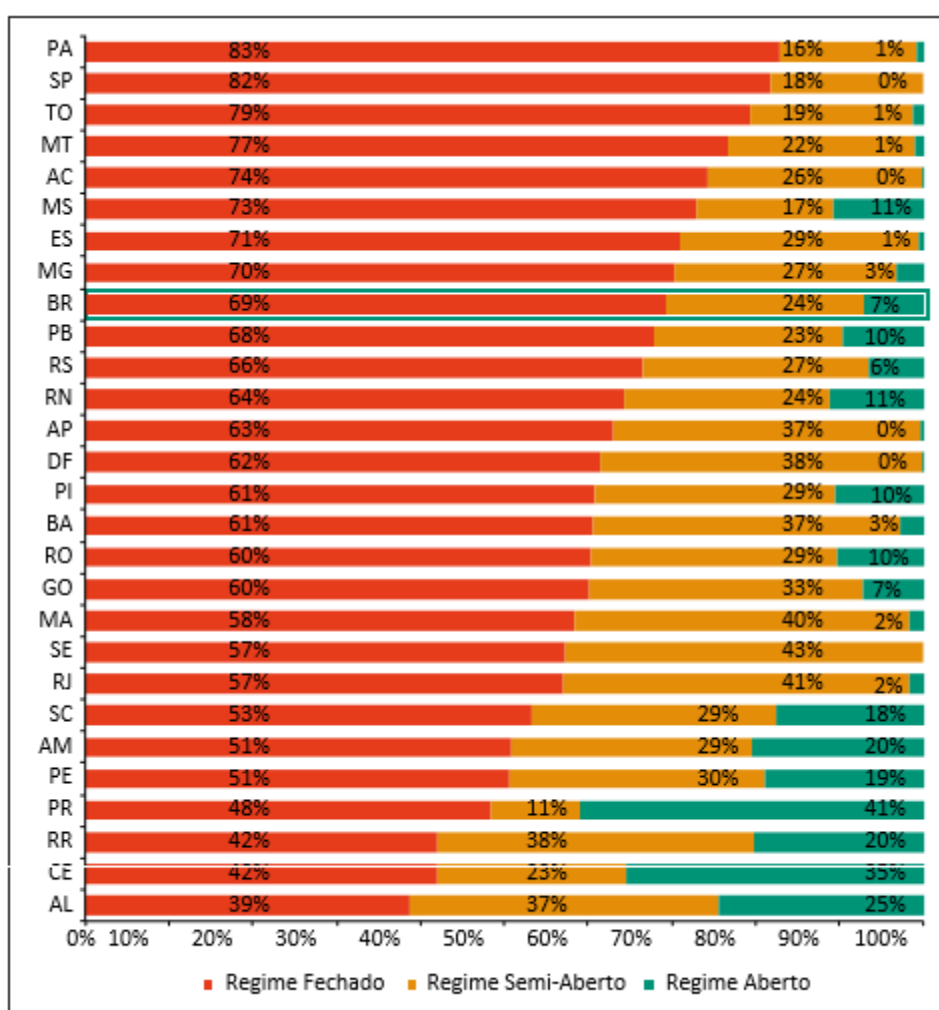


Fonte: InfoPen

Em relação ao tipo de regime, constata-se que em todos os Estados analisados, a maior parte da população estava em regime fechado em 2012. O Paraná demonstrou sendo o Estado

que tem mais presos condenados, também sendo o Estado que também tem o maior número de presos em regime aberto (41%), ao passo que o percentual nacional é de 7% para este tipo de regime. O Estado do Sergipe lidera o ranking de presos em regime semiaberto (43%), enquanto nacionalmente este regime representa 24%. Em relação ao regime fechado, Pará e São Paulo lideram o percentual de presos nesta situação com 83% e 82%, respectivamente. O percentual nacional de presos em regime fechado é de 69% conforme gráfico 24. (MAPA, p. 52)

Gráfico 24. Percentual da população prisional condenada segundo tipo de regime. UFs e Brasil. 2012.



Fonte: InfoPen

No que se refere ao nível de escolaridade da população prisional dos Estados (outro ponto crucial de nossa pesquisa), percebe-se que na análise nacional a maioria dos presos nos Estados não completou o ensino fundamental. Para os locais onde havia as informações relativas à escolaridade, constata-se que em 2012 16 (dezesesseis) Estados brasileiros têm o

percentual de presos analfabetos acima do percentual nacional de 5%, com destaque para Alagoas e Piauí que possuem respectivamente 25% e 26% de presos analfabetos. Já o percentual nacional de presos que completaram o ensino médio é de 19% e 17 Estados estão abaixo dessa média.

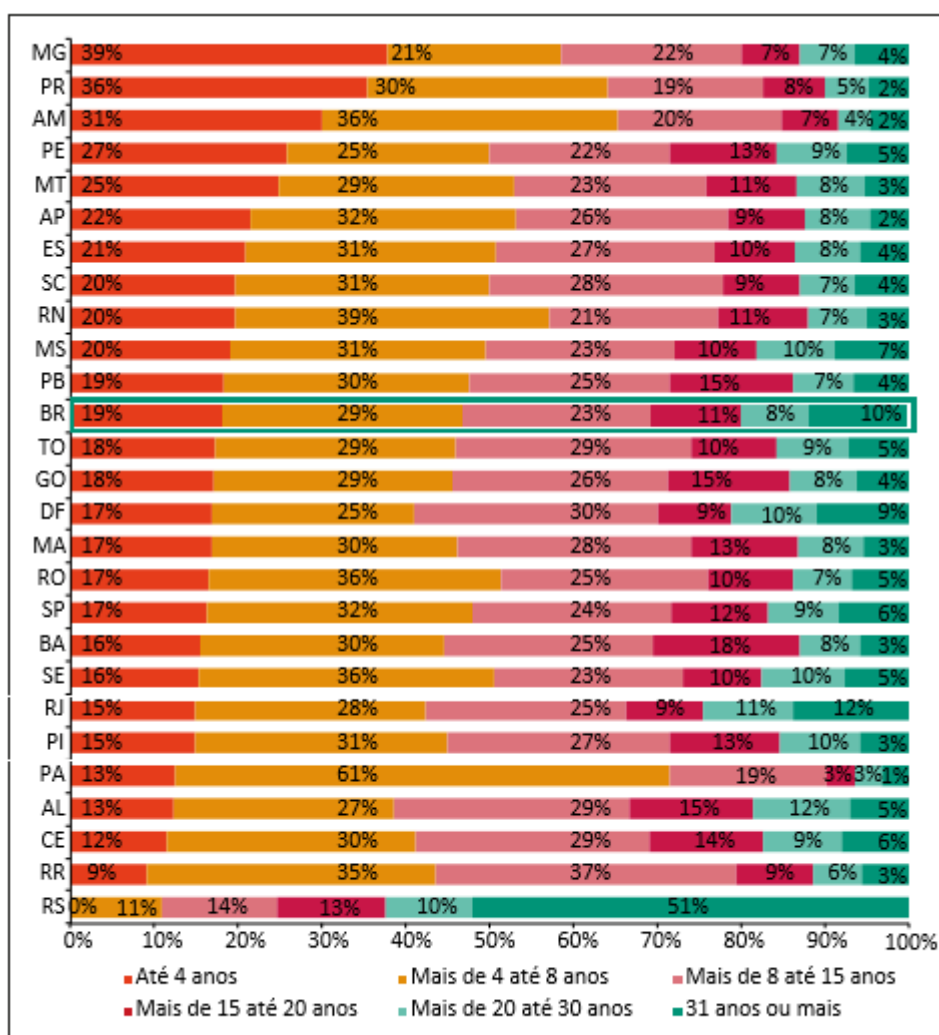
Na análise por região, é possível observar que 44% dos presos analfabetos do país estão concentrados no Nordeste e 49% dos presos brasileiros com formação superior estão concentrados no Sudeste. O Sudeste é ainda a região que concentra o maior percentual de presos alfabetizados e com todos os níveis de escolarização do país. Vale destacar, ainda, o alto percentual de ausência de informação nos estados do Ceará, da Paraíba, do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. A tabela 7 expõe estes percentuais. (MAPA, p. 53)

Tabela 7. Percentual da população encarcerada segundo escolaridade e alfabetização. UFs, regiões e Brasil. 2012.								
UF/ Região	Analfabeto	Alfabetizado	Fund. inc.	Fund. com.	Ens. med.	Sup.	Pós-grad.	NI
AC	8%	7%	52%	9%	22%	2%	0%	1%
AP	8%	15%	39%	20%	17%	1%	0%	0%
AM	3%	6%	56%	16%	18%	1%	0%	0%
PA	6%	4%	70%	6%	14%	1%	0%	0%
RO	5%	12%	52%	12%	17%	1%	0%	0%
RR	8%	9%	40%	11%	29%	3%	0%	0%
TO	8%	12%	40%	16%	22%	2%	0%	1%
NORTE	6%	8%	57%	11%	17%	1%	0%	0%
AL	25%	17%	38%	7%	13%	1%	0%	0%
BA	11%	20%	43%	8%	13%	1%	0%	3%
CE	7%	22%	34%	8%	7%	1%	0%	21%
MA	10%	19%	34%	16%	19%	1%	0%	0%
PB	16%	22%	30%	9%	9%	1%	0%	13%
PE	17%	8%	46%	4%	20%	1%	0%	4%
PI	26%	15%	39%	9%	8%	1%	0%	1%
RN	20%	21%	35%	10%	9%	2%	0%	4%
SE	13%	10%	62%	4%	9%	1%	0%	2%
NORDESTE	14%	16%	41%	7%	13%	1%	0%	8%
ES	4%	5%	53%	11%	25%	1%	0%	2%
MG	3%	9%	58%	10%	17%	1%	0%	1%
RJ	2%	4%	50%	11%	8%	1%	0%	24%
SP	3%	17%	37%	16%	23%	1%	0%	2%
SUDESTE	3%	14%	43%	14%	21%	1%	0%	5%
PR	3%	6%	53%	10%	25%	3%	0%	0%
RS	4%	6%	63%	11%	14%	1%	0%	0%
SC	4%	8%	51%	15%	19%	2%	0%	1%
SUL	4%	6%	57%	12%	19%	2%	0%	0%
DF	2%	1%	39%	7%	15%	1%	0%	35%
GO	8%	28%	33%	13%	16%	1%	0%	0%
MT	11%	13%	41%	16%	18%	1%	0%	0%
MS	4%	3%	62%	10%	19%	2%	0%	1%
CENTRO- -OESTE	6%	11%	44%	11%	17%	1%	0%	9%
BR	5%	13%	45%	12%	19%	1%	0%	5%

Observando-se os presos apenados em 2012, verifica-se que os tempos de pena mais comumente aplicados à maioria dos presos foram: a) até quatro anos; b) mais de quatro até oito anos e; c) mais de oito até quinze anos. Onze Estados brasileiros possuem presos que cumpriam

pena de até quatro anos de prisão acima do percentual nacional que é 19%. Lidera este ranking o Estado de Minas Gerais onde 39% dos presos cumprem penas de até quatro anos. (MAPA, p. 54

Gráfico 25. Percentual da população prisional segundo tempo de pena. UFs e Brasil. 2012.

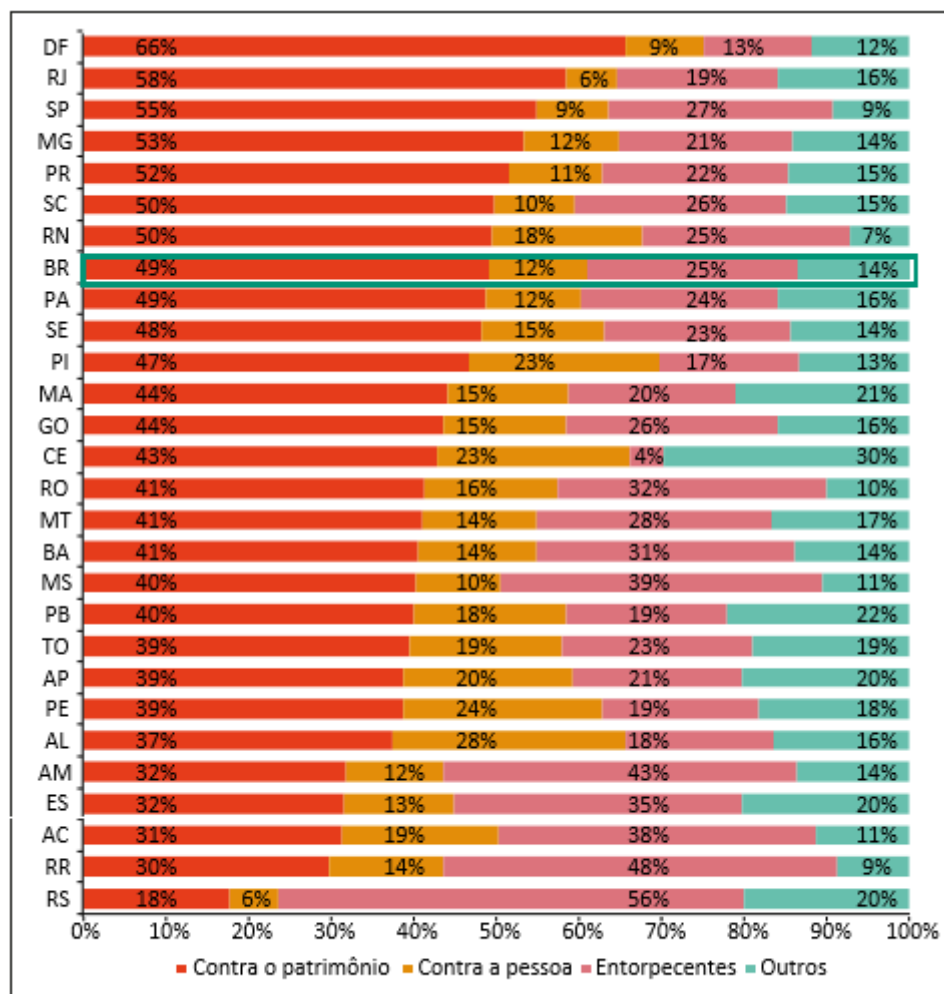


Fonte: InfoPen

Quando se observa os tipos de crime mais cometidos pelos presos do Brasil, verifica-se que o mais recorrente é o crime contra o patrimônio. Em apenas cinco Estados brasileiros o cenário não se repete: Amazonas, Espírito Santo, Acre, Roraima e Rio Grande do Sul; nestes Estados o crime predominante é o de entorpecentes. O Distrito Federal se destaca por ter o maior percentual de pessoas presas por crimes patrimoniais (66%) e além do DF mais seis Estados estão acima do percentual nacional (49%) para este tipo de crime. O percentual nacional de presos por crimes contra a vida é 12% e nesta categoria 16 estados brasileiros estão acima deste percentual, com destaque para o estado de Alagoas com 28%. Vale salientar que

na categoria *outros* estão inclusos os crimes que, ao longo dos anos analisados, mantiveram uma representatividade igual ou menor que 5%. São eles: crimes contra os costumes, contra a paz pública, contra a fé pública, contra a administração pública, praticados por particular contra a administração pública, Estatuto da Criança e Adolescente, genocídio, crimes de tortura, contra o meio ambiente, Lei Maria da Penha e Estatuto do Desarmamento. (MAPA, p. 55)

Gráfico 26. Percentual da população prisional segundo tipo de crime. UFs e Brasil. 2012.



Fonte: InfoPen

5.3 A população prisional de Belo Horizonte

Pesquisa realizada no período compreendido entre 01 à 31/03/2013⁹⁶ computou em 771 pessoas presas em flagrante delito em Belo Horizonte/MG. Em tal pesquisa não foram

⁹⁶ Pesquisa realizada pela equipe técnica da CEFLAG (Central de Flagrantes) da Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais. Ano 2013.

computados os presos tipificados no artigo 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos) como tráfico de drogas, homicídio (art. 121 do CP) e Lei Maria da Penha 11.340/06. O foco da pesquisa observou que mais de 50% (cinquenta por cento) dos indivíduos presos em flagrante delito em Belo Horizonte, tipificados nos delitos de furto ou roubo (artigos 155 e 157 respectivamente do Código Penal), **têm idade entre 18 e 25 anos** presos. Dentre os presos flagrados e tipificados nos artigos citados (arts. 155 e 157 do Código Penal), constatou-se que 227 presos foram autuados em flagrante pelo cometimento do crime tipificado no artigo 155 (furto) e 202 autuados em flagrante pelo cometimento do crime tipificado no artigo 157 (roubo).

Deste universo de 429 pessoas autuadas em flagrante delito pelos crimes contra o patrimônio acima tratado, especificamente tipificadas nas normas dos artigos 155 e 157 do Código Penal, foram alvo de abordagem 64 pessoas, correspondendo a 15% de amostragem. Encontrou-se neste universo o alarmante dado em que 80% se declara usuário de drogas. **Estes, reconhecem que cometeram o delito motivados pela necessidade do uso de tais substâncias.** Em muitos casos, temos jovens privados de sua liberdade, mesmo enquanto aguardam o julgamento de seu processo sofrendo todos os danos causados pela situação de encarceramento.

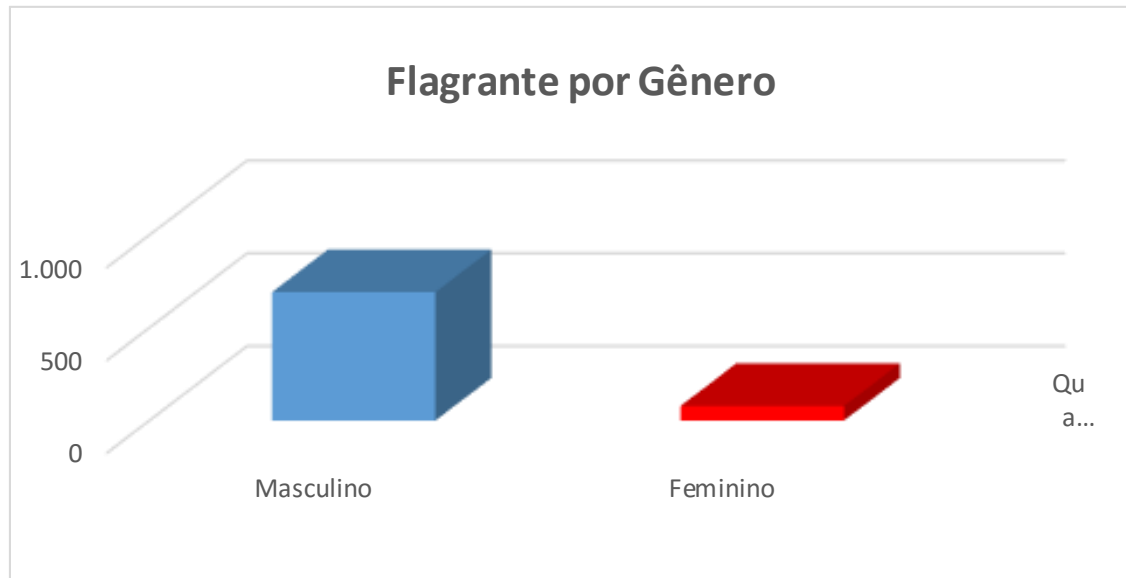
Os dados apresentados trazem o problema da dependência química como um grave problema que compromete principalmente a juventude que se torna prisioneira das drogas e refém de um futuro improdutivo e negativo. Assim, temos um problema que não deveria interessar o sistema prisional, mas políticas preventivas de redução de danos como já implantados em alguns países da Europa. Claro que a discursividade dos MLOs e da IDS não entendem desta forma.

A política repressiva/punitivista neste universo torna patente a necessidade de uma revisão geral deste modelo. A exemplo dos dados apresentados, cita-se a fala de uma presa gestante que durante os atendimentos relatou: *“...roubo na fissura da droga, nessa hora não tenho controle de nada...”*, *“...eu quero ficar presa, para poder ter meu filho e cuidar dele, se eu voltar pra rua com meu bebê eles vão me tomar meu filho e eu vou voltar a roubar e fumar pedra...”*. É oportuno mencionar que o viciado crônico torna-se um péssimo indivíduo social: a família, o brio, os sentimentos nobres, tudo desaparece sob a ação degradante da droga. Além disto, o dependente acaba praticando delitos pois, quando se esgotam suas possibilidades financeiras, ele se submete a realizar furtos dentro e fora de sua casa.

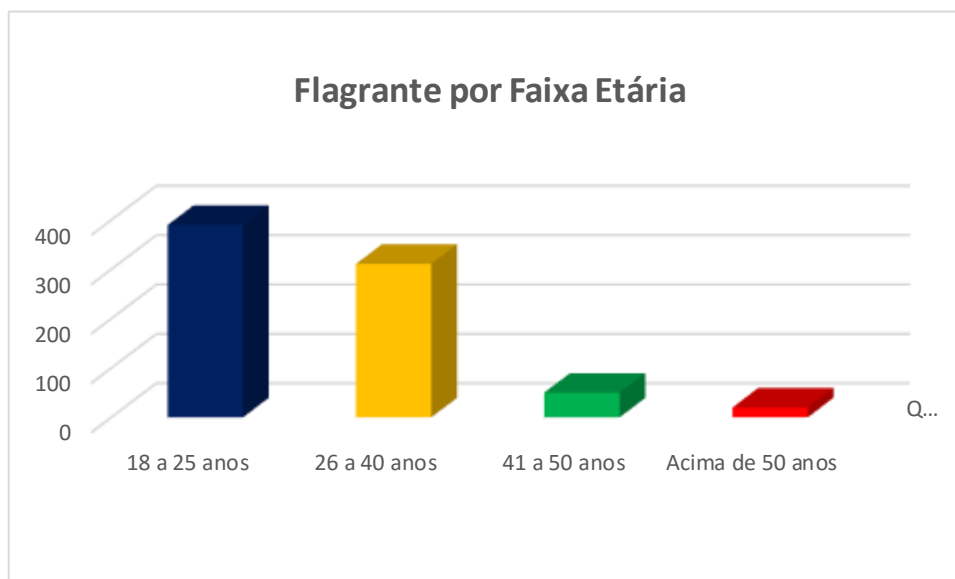
A continuidade delitiva (por ausência de políticas públicas de redução de danos e não de repressão) muitas vezes induz (por questão de sobrevivência) o usuário a se submeter ao tráfico de drogas, como 'mula', 'vapor', 'gerente de boca', etc. Assim, ele continua com o

objetivo de conseguir a droga de que se tornou dependente, criando um círculo vicioso entre o delito e o uso da substância ilícita.

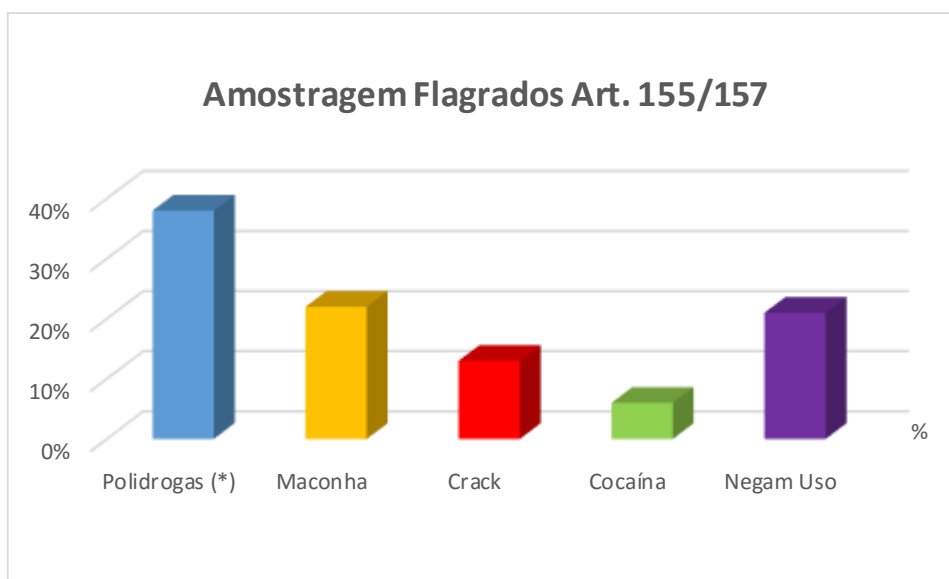
Os gráficos gerados com base na pesquisa, teve como mês de referência março de 2013 quando se obteve o total de 771 pessoas presas em flagrante delito.



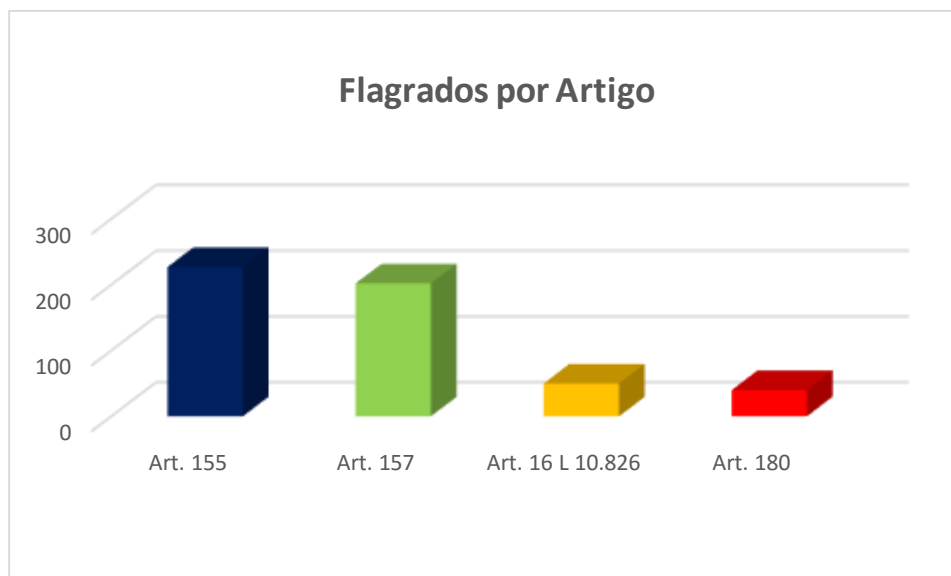
Amostragem Flagrados Art. 155/157	Quant Pessoas
Masculino	692
Feminino	79
Total	771



Flagrante por Faixa Etária	Quant Pessoas
18 a 25 anos	390
26 a 40 anos	311
41 a 50 anos	50
Acima de 50 anos	20
Total	771



Amostragem Flagrados Art. 155/157	%
Polidrogas (*)	38%
Maconha	22%
Crack	13%
Cocaína	6%
Negam Uso	21%
(*) Todos Fazem uso do Crack e outras drogas lícitas ou ilícitas	



Amostragem Flagrados Art. 155/157	Quant Pessoas
Art. 155	227
Art. 157	202
Art. 16 L 10.826	50
Art. 180	40
Total	519

- 227 presos tipificados pelo crime capitulado no artigo 155 do Código Penal; (Furto)
- 202 presos tipificados pelo crime capitulado no artigo 157 do Código Penal; (Roubo)
- 50 presos tipificados pelo crime do artigo 16 da Lei 10.826/03 (Porte ou Posse ilegal de arma de fogo);
- 40 presos tipificados no pelo crime do artigo 180 do Código Penal; (Receptação)

Agora vem a interação com a face punitiva estatal. Neste período de amostragem, foram analisadas tais prisões submetidas à audiência de custódia. Dos 498 autos de prisão em flagrantes submetidos a tal procedimento,⁹⁷ 226 foram concedidas Liberdade Provisória (com ou sem fiança) e 272 (duzentos e setenta e duas) prisões foram convertidas em flagrante delito. Lembrando que neste cenário entram os demais crimes que são submetidos.

A amostragem de que não existe uma análise aprofundada da interface criminológica é uma realidade fática, prática, real pelos dados diagnosticados.

⁹⁷ Lembrando que em um APFD (Auto de Prisão em Flagrante Delito) pode haver mais de uma pessoa envolvida. E aqueles que são submetidos a audiência de custódia não são somente os presos envolvidos em crimes contra o patrimônio.

6 A AMBIVALÊNCIA NA IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL SEGUNDO A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A defesa social se transveste como forma de proteção a um modelo de sociedade contra um inimigo (direito penal do inimigo), considerando àquele que comete o ato ilícito ou reprovável de uma sociedade. Por certo, existe uma “legitimação” de tal Modelo de Defesa Social estudado pela criminologia crítica ensinada nas lições de Alessandro Baratta que assevera, dentre outros, que tal modelo não passa de um modelo intervencionista do direito penal máximo advindo da classe burguesa.

A disseminação da ideologia da defesa social perpassa as ciências penais, impregnando ao senso comum como solução à criminalidade em defesa de um modelo de sociedade estabelecido, sem considerar a diversidade cultural de uma sociedade, desprezando o meio social e as oportunidades que os indivíduos têm ao cometerem um delito. A ideologia da defesa social se reveste de caráter humanizador quando justifica seu objetivo na prevenção da criminalidade e na ressocialização daquele que cometeu um delito.

Nada mais assustador quando se pensa num estado intervencionista que se utiliza do direito penal máximo para controle da suposta “defesa social”, nada mais sendo do que um pano de fundo advindo do Movimento de Lei e Ordem derivado da Ideologia da Segurança Nacional, estabelecida nos Estados Unidos e na Europa ocidental cuja origem se dá no sistema Anglo-Saxão.

Não existe somente a crítica aventada de uma problematização definida, mas sim propostas de soluções (hipótese) alternativamente à ideologia da defesa social, abordando a gênese da defesa social, seus princípios fundantes, a (des)legitimação destes princípios, demonstrando que a evolução da defesa social nada mais se firmou como sendo o “mais do mesmo”, cuja pretensão é a intervenção estatal para controle social de um modelo fixado pelo próprio Estado.

6.1 A ideologia de defesa social comum à escola clássica e à escola positivista.

A Escola clássica como as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão vinculados estreitamente. Mesmo considerando a divergência da concepção de cada um dos institutos, em ambos se encontram a afirmação de uma ideologia da defesa social, *“como nó teórico e político*

fundamental do sistema científico”, asseverando que “(...) A ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa (...)”. (BARATTA, p. 41)

A defesa social assumiu o predomínio ideológico nas ciências penais. As escolas positivistas herdaram da Escola clássica, transformando a ideologia da defesa social em algumas de suas premissas, conformando-se com às exigências políticas da revolução burguesa a passagem do estado liberal clássico ao estado social. O conteúdo da ideologia da defesa social passou a ser parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, como assevera Baratta *“não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua (every day theories)”*. Segundo o autor, tal ideologia fora construída sob a égide dos seguintes princípios:

- a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade da qual são responsáveis determinados indivíduos por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável porque contrária aos valores e às normas presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem ou não tem somente a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade.

Matza, citado por Baratta, estabelece que as diferenças entre as escolas positivistas e a teoria sobre a criminalidade da escola liberal clássica é que para àquela, a tarefa da criminologia é reduzida à explicação causal do comportamento criminoso e da diferença entre indivíduos criminosos e não criminosos. Já a escola clássica tem por objeto mais que o criminoso, mas o crime em si, ligando a ideia do livre arbítrio, do mérito e do demérito individual. Tais diferenças incidem somente no princípio da culpabilidade, adquirindo um significado moral-normativo (desvalor, condenação moral) ou simplesmente sociopsicológico (revelador de periculosidade social).

Se de um lado o primeiro significado seria idôneo para sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na retribuição, por outro lado, ambos são aptos a sustentar a ideologia

de um sistema penal baseado na defesa social. A noção do que seria defesa social então se assemelha na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Segundo Baratta, na consciência dos estudiosos e operadores jurídicos que se consideram progressistas, isso possui um conteúdo emocional polêmico e ao mesmo tempo reassegurador. (BARATTA, p. 43).

O conceito de defesa social é o final de uma longa trajetória do pensamento penal e penitenciário, representando o progresso no interior deste. No entanto, do ponto de vista da crítica da ideologia e da capacidade de análise real, projetando racionalmente as instituições penais e penitenciárias, *“a ciência do direito penal apresenta um notável atraso com relação à interpretação que desta mesma matéria se faz hoje no âmbito das ciências sociais (sociologia criminal, sociologia jurídico-penal)”*. (BARATTA, p. 44)

As contemporâneas teorias sociológicas da criminalidade estão criticamente mais avançadas em detrimento da ciência penal, oferecendo importantes pontos de vista para uma crítica e superação do conceito de defesa social.

Interessante observar que a dogmática penal que tratamos no capítulo concernente à inter-relação existente entre a tipicidade e culpabilidade, encontra respaldo na teoria da defesa social que, por outro lado, despreza teorias sociológicas da criminalidade muito mais avançadas que a ciência penal. Se tratarmos o objeto de estudo da seletividade e da ambivalência das ciências penais na exclusão do fenômeno da drogadicção como problema de saúde pública, objeto necessário de intervenção de outras áreas e não da punição do direito, não encontraremos nas ciências penais a solução de tais problemas.

O fenômeno criminológico e sua solução perpassam uma análise bem mais abrangente que a simples operação – quase exata – da dogmática penal (tipicidade e culpabilidade) e a teoria da defesa social (prevenção de um modelo pré-definido) e um combate aos desvios daquele que não se submete a este típico “contrato social” imposto pelo próprio Estado.

6.2 A legitimidade da ideologia da defesa social no sistema penal.

Baratta ao discorrer sobre a legitimidade da ideologia da defesa social no sistema penal propõe realizar um confronto entre a teoria jurídica e a teoria sociológica da criminalidade. Tal confronto se estabelece entre a ciência do direito penal e a teoria sociológica do crime. A referência das teorias sociológicas da criminalidade, Baratta o faz de modo seletivo, escolhendo alguns modelos no seio daquelas e os correspondentes aspectos relevantes para a finalidade de uma crítica da ideologia penal da defesa social.

Sugere-se então a realização de uma crítica externa ao pensamento do direito penal, que parte de resultados e argumentos extraídos do desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana e europeia dos últimos cinquenta anos. E assim conclui Baratta que:

(...) o atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de uma autocritica situada no interior da ciência jurídica. (BARATTA, p. 45)

O que significa apenas realizar um encontro entre a situação atual da ciência penal, cujo modelo continuará válido aquele da integração entre a dogmática do delito e ciência social da criminalidade. O modelo de uma *gesamte Strafrechtswissenschaft*, sugerido e realizado pela escola positiva Italiana (Lombroso e Ferri) e pela escola sociológica na Alemanha (Von Liszt) foi colocado em crise pelo predomínio exercido até os dias atuais pela orientação técnico-jurídica na Itália (por Rocco) e na Alemanha (por Beling), que predomina amplamente a ciência penal no continente Europeu.

O contraste entre a dogmática jurídica de um lado e ciências sociais e criminológicas por outro, fora acentuado pela hostilidade que a política cultural do fascismo na Itália e na Alemanha reservou aos estudos sociais e criminológicos não tendo sido superados. É necessário o encontro da mais avançada criminologia e teoria social da criminalidade com o pensamento penalista, se não uma superação, ao menos uma atitude crítica ao conceito de defesa social.

Para Baratta um novo modelo de ciência penal integrada ainda não surgiu. Depois da crise da escola positiva e da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, não existe uma verdadeira integração entre expoentes da dogmática do delito e da teoria sociológica da criminalidade. E ainda afirma que “*é mister começar, pensamos, com um confronto externo da ciência penal com a teoria sociológica da criminalidade*”. (BARATTA, p. 46)

Este mesmo confronto que assevera o autor, mostra que não seria possível nos dias atuais, simplesmente retomar as realizações do modelo integrado de ciência penal que se conhece, seja do passado ou do presente, pela Escola da “*defesa social*” (Gramatica) ou por aquela da “*nova defesa social*” (Ancel).

6.3 Periculosidade e defesa social

No período entre Guerras, à elaboração de modelos de intervenção autoritários, paralelo ao direito penal máximo à esfera dos direitos sociais e transindividuais pautaram sérias

transformações do direito penal e do processo penal e que são reavivados na atualidade, sobretudo com as doutrinas de exceção do funcionalismo penal do inimigo. (CARVALHO, p. 206). Juan Ramón Capella citado por Carvalho afirma que:

En la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor dos casos, que hacía hincapié en el concepto de ‘peligrosidad social’; en ella hay flertes elementos de una concepción penal totalitaria.

Para Carvalho, os modelos de periculosidade individual ou social criam estatutos penais maximizados. (CARVALHO p. 207). Se a limitação do poder punitivo do discurso liberal se harmoniza com o discurso dos direitos humanos face ao respeito à diversidade do outro, resultado da radical separação entre direito e moral – o delito deixa de ser considerado *quia peccatum* para adquirir caráter *quia prohibitum*. As doutrinas de defesa social substancializam e recriam o delito. Assim, além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e antissocial da conduta. A abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta (poder de polícia), “estado ótimo do direito penal de exceção” (CARVALHO, p. 207).

6.4 A dupla face da defesa social

A Ideologia da Defesa Social poderá ser vista por uma dupla função adquirida na configuração da ciência do direito penal, através do sistema integrado das ciências criminais (criminologia, política criminal, dogmática penal e processual penal). Mesmo tendo como justificativa o senso comum dos atores do sistema penal, estes compartilham o objetivo da transnacionalização de determinados projetos de reforma penal. (CARVALHO, p. 86)

Para Baratta, a ideologia da Defesa Social ultrapassa o senso comum e teórico sobre a criminalidade, surgindo com o direito penal liberal, revigorando seus postulados com o positivismo criminológico e o tecnicismo dogmático. Ou seja, se por um lado existem as profundas diferenças quanto aos métodos adotados aos objetos e às funções do direito penal da modernidade, por outro lado a ideologia de defesa social apresenta o mesmo núcleo rígido principiológico de intervenção das agências do direito penal.

Indubitavelmente, a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) se fundamenta na integração das ciências criminais, senão vejamos:

- a) O “traficante” é o inimigo eleito de nossa sociedade (direito penal do inimigo, modelo irrefutável da Ideologia de Defesa Social);
- b) A política criminal é excluir o inimigo da sociedade através de penas privativas de liberdade exacerbadas (Crime Hediondo)
- c) Se o fato é típico, antijurídico e culpável (tipicidade penal), irrelevante a outras nuances das ciências penais, o indivíduo deve ser “abatido” de nossa sociedade.

6.5 Características e princípios da ideologia da defesa social.

Tendo como objetivo claro a estruturação burocrática de controle social, estabelecendo mecanismos de repressão ao delito através de políticas criminais de luta contra a criminalidade, para a criminologia crítica, a ideologia da defesa social se insere no universo capitalista através da ampla codificação penal ocidental. Com advento da transformação do Estado Moderno – Estado Liberal mínimo em Estado Social intervencionista, o direito penal é reformulado adquirindo uma nova perspectiva através da criminologia etiológica. Independente da representação estatal, a ideologia da defesa social vai além das práticas repressivas, estabelecendo o senso comum do homem de rua (*every day theory*) sobre o crime, a criminalidade, o criminoso e a resposta punitiva.

Mesmo considerando as diferenças existentes entre o método e o objeto das ciências penais nas mais amplas das concepções, a ideologia da defesa social dissemina ao senso comum o tipo ideal de resposta ao delito no qual se sustenta a ideia de intervenção punitiva estatal⁹⁸. A ideologia da defesa social permanece fornecendo as regras e interpretação do crime, do criminoso (mesmo que comporte a escola de Lombroso) e da pena na atualidade.

Segundo Salo de Carvalho

A estrutura principiológica da IDS permite, assim, ininterrupta (auto) legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado(r), cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos, determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja,

⁹⁸ Mesmo com a desconstrução da base estrutural da ideologia de defesa social pelas Teorias Sociológicas Interacionistas e pelas Teorias Psicanalíticas, o resultado destas teorias estabeleceria a primeira grande crise nos modelos científicos estruturados da ideologia da defesa social, sobretudo na Criminologia etiológica, possibilitando a ruptura e a estruturação do paradigma da Reação Social. (CARVALHO, p. 89)

diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva do sistema de controle social. (CARVALHO p. 91)

Enquanto a principiologia apresentada por Baratta se restringe as práticas punitivas do centro, na América Latina apresenta particularidades que potencializa a intervenção estatal, pois seu caráter universal traz como braço forte (pano de fundo) a ideologia da segurança nacional. Essa constatação é diagnosticada através de diversos diplomas penais existentes, como por exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado, Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, etc., e as políticas públicas de segurança através da repressão.

6.6 Os movimentos de defesa social

A defesa social como movimento acadêmico organizado se apresenta como instrumento do “*paradigma etiológico da criminologia positivista*”, criada por Gramatica, atualizada pela obra de Ancel, uma nova roupagem denominada de ‘Nova Defesa Social’. Segundo João Marcello de Araújo Jr., citado por Carvalho:

(...) o final da Segunda Grande Guerra viu surgir o movimento de maior destaque e permanência, de quantos tempos conhecido. Iniciando em 1945, graças à incansável atividade de Filippo Gramatica, recebeu inicialmente o nome de Defesa Social, sendo posteriormente, em 1954, rebatizado como Nova Defesa Social, cuja ‘bíblia’ é o livro de Marc Ancel, do mesmo ano, *La Défense Sociale Nouvelle*, do qual deriva a sua denominação. (ARAÚJO, JR., *apud* CARVALHO, p. 92)

Desde o surgimento do movimento de defesa social, procurou estabelecer um modelo universal para reformulação das instituições e leis penais, postulando para si a criação de um sistema integrado de ciências criminais com o objetivo de unificação metodológica. Desta forma, o movimento de defesa social creditaria a criminologia o espectro de investigação da ação criminosa como fenômeno individual e social e atribuiria ao direito penal e ao direito processual penal mecanismos de fixação das regras de interpretação e aplicação das sanções. Não obstante, a política criminal atribuiria à ciência a capacidade de organizar e dar diretrizes ao legislador, ao juiz e à administração do sistema prisional sobre os meios de reação à criminalidade.

Tal estrutura teria como principal objetivo a tutela da sociedade contra os criminosos através dos sistemas de prevenção do delito (prevenção geral negativa) e tratamento do indivíduo que cometesse o delito (prevenção geral positiva), assim:

(...) a Política Criminal que ela (Defesa Social) busca instaurar consiste em estabelecer as bases e precisar as orientações de uma luta esclarecida contra o fenômeno criminal. A primeira preocupação é voltada para as condições de uma ação destinada a proteger a Sociedade no seu todo, garantindo desde logo o respeito e a proteção do homem como tal; e essa ação, que visa também por isso mesmo – acabamos de ver – a estabelecer uma melhor higiene social (...) (ANCEL, *A Nova Defesa Social*, p. 24 apud CARVALHO, p. 93)

Ao negar as concepções tradicionais do direito penal liberal, sobretudo a função retributiva da pena, o movimento de defesa social se pauta no conceito de ressocialização, afirmando seu caráter humanista. Para Carvalho:

Contudo, a adoção de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante, prevenção da reincidência e a formação de sistema de medidas de segurança extrapenais desmentem o projeto humanitário, pois, ao serem deslocadas do paradigma etiológico e ao retornarem ao horizonte de ação do direito penal, revigoram práticas autoritárias e segregacionistas. (CARVALHO, p. 94)

O movimento de defesa social demonstra claramente sua gênese criminológica-positivista, pois nega o livre-arbítrio na consecução do crime como fato natural e social, almeja a proteção da sociedade contra aqueles indivíduos perigosos e atribui como seu objetivo o caráter ressocializador e preventivo da pena. Marc Ancel, citado por Carvalho assume que “*A defesa social não é uma doutrina do Positivismo, mas uma consequência indireta, e de certa forma em segundo grau, da doutrina positivista*”. (ANCEL, *A Nova Defesa Social*, p. 87 apud CARVALHO, p. 94)

Torna-se indubitável a necessidade do movimento de defesa social em estabelecer o controle social, assumindo a reforma dos sistemas penais, propagando a luta científica contra o crime. Assim continua Marc Ancel:

(...) o movimento de defesa social é universalista por excelência, desconhecendo assim, naturalmente, qualquer manifestação nacionalista. O fenômeno criminal é além do mais um fenômeno humano, cujo estudo deve ser realizado antes de tudo pelas ciências humanas, que não conhecem fronteiras. Os meios de lhe fazer face devem ser pesquisados através de uma cooperação internacional decidida e leal; e o exame das experiências estrangeiras, sua confrontação sobrepondo-se às técnicas peculiares a cada país e mesmo a cada sistema, é uma das condições básicas à formulação de uma Política Criminal racional de luta contra o crime. (ANCEL, *A Nova Defesa Social*, p. 365 apud CARVALHO, p. 93)

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, apesar de trabalharem conjuntamente as noções de ideologia e movimento de defesa social, percebem nitidamente a origem da Defesa Social e seu falso humanitarismo:

(...) as ideologias que consideram realizada a modernidade e, portanto, caem na ficção do estado racional como realidade consumada, deram lugar à chamada nova defesa social, como corrente paternalista, de algum modo tributária do positivismo perigosista, tratando de equilibrar esta com os direitos humanos em uma interpretação político-criminal, aspirante a um direito penal tutelar de aspecto bondoso, graças a Marc Ancel (falecido em 1990) e a uma versão próxima a de Dorado Montero, devida a Felippo Gramatica (falecido em 1979) (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito Penal – Parte Geral*. p. 631, *apud* CARVALHO, p. 94.)

A partir dos ensinamentos de Alessandro Baratta, é possível perceber que ambas as edições do modelo integrado de ciência penal – seja de Defesa Social por Gramatica ou Nova Defesa Social de Ancel, não existe uma alternativa crítica, senão, só uma modificação e um aperfeiçoamento da ideologia positiva da defesa social, assumindo o caráter catalizador e publicizador de seus princípios e objetivos.

Os princípios que integram a ideologia de defesa social encontram uma direta confrontação crítica nas teorias sociológicas contemporâneas sobre a criminalidade. Os elementos críticos que combatem cada um dos princípios da ideologia penal da defesa social são inseridos no campo da sociologia criminal burguesa e, para distingui-las das mais recentes teorias inseridas na assim chamada criminologia crítica, se denominam frequentemente com teorias ‘liberais’.

A análise das teses alternativas necessita um estudo sem preconceitos das diversas teorias sociológicas sobre a criminalidade e sobre o direito penal, não implicando em aceitação global delas. O conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses.

Alessandro Baratta sugere que uma teoria adequada à criminalidade, sobre a qual se pretende basear um novo modelo integrado de ciência do direito penal, deve se caracterizar por elementos diversos da ideologia da defesa social, trabalhando com um conceito ‘situado’ com uma ‘abstração determinada’, correspondente e especificando formações econômico-sociais aos problemas e contradições que lhe são peculiares.

O horizonte macrosociológico não é dado por um conceito ideal de sociedade, mas por conceitos mais determinados, como os de ‘sociedade feudal’, ‘sociedade capitalista’, etc. Esta teoria trabalha sobre a base de uma análise dos conflitos de classe e das contradições específicas

que caracterizam a estrutura das relações de produção de determinada fase do desenvolvimento de uma formação econômico-social.

Em todas as edições do modelo integrado de ciência penal, não se encontra uma alternativa crítica, somente uma modificação e um aperfeiçoamento da ideologia da defesa social que não só restou prejudicada mas, acima de tudo, reafirmada nas escolas já citadas, tanto no sentido da ideologia positivista, quanto no sentido da ideologia negativa (falsa consciência, idealizações mistificantes das funções reais dos institutos penais).

A ideia de defesa social é associada à “*teoria do fim*”, como se todos os movimentos anteriores à orientação sociológica excluíssem o conceito de defesa social e de fim. É fácil estabelecer tal assertiva quando se depara com a mudança dos últimos vinte anos das ‘Secretarias de Segurança Pública’ para ‘Secretarias de Defesa Social’, abarcando todo o sistema punitivo repressivo, com ‘políticas públicas’ de prevenção, tendo como finalidade às agências punitivas, a ressocialização do indivíduo. O grande problema da ideologia da Defesa Social é o senso comum que absorve a ideia do controle social através da intervenção estatal utilizando-se do direito penal máximo.

Muito ainda tem que ser discutido a respeito da integração necessária entre a criminologia e as ciências penais, a interface disciplinar que as ciências criminais possuem com outras áreas do saber humano. Indubitavelmente conclui-se que a ideologia de Defesa Social é um “*lobo vestido em pele de cordeiro*”.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como finalidade levar um pouco do conhecimento aventado através da discursividade analítica de conteúdo pragmático entre a teoria e o mundo real, entre o que se demonstra como conhecimento científico e como conhecimento técnico (prático). O mundo real (realidade ocorrida com as pessoas sob custódia no sistema prisional) é muito distante da discursividade teórica e também do conteúdo praticado por nossos tribunais.

A política de drogas adotada no Brasil, muito bem trabalhada por Salo de Carvalho, demonstrou a evolução repressiva e punitivista que veio adotando o país, consubstanciada no modelo norte-americano, se submetendo ao processo de criação da rede de cooperação internacional para o controle da criminalidade das drogas. Isso surge então um novo *inimigo* do Estado. A dificuldade é identificar *quem é o inimigo*. Por que? Pela simples resposta: porque não se consegue identificar o usuário / consumidor / dependente do traficante. Não consegue identificar a causa do problema criminológico, as circunstâncias factuais que levaram o sujeito a criminalidade. Não consegue (ou não quer) enxergar o real problema sociológico do indivíduo que comete um ilícito por envolvimento direto com as drogas. E qual a política adotada no Brasil? A de prender. Analisar, um problema sociológico com os olhos do Direito Penal.

Traçou-se o perfil da população carcerária em todo Brasil através do "Mapa Carcerário" disponibilizado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) no ano de 2015. Através de pesquisa de campo e acesso ao Sistema INFOPEN (Informações Penitenciárias) observou que em Belo Horizonte/MG, cerca de 50% (cinquenta por cento) das prisões em flagrante delito são crimes cometidos contra o patrimônio, e desses, 80% (oitenta por cento) das pessoas envolvidas têm ou tiveram envolvimento com as drogas. Tal diagnóstico jamais foi levado em consideração para adoção de políticas preventivas de redução de danos, já adotada em alguns países da Europa, ou o mais importante, para subsidiar a atividade jurisdicional e o devido processo legal na imputação criminal, entre a tipicidade e a culpabilidade daquele indivíduo.

Não é de interesse do Estado e nem objeto de estudos das ciências penais.

O senso comum se fundamenta em discursos fáceis, substanciados por Movimentos de Lei e Ordem, onde induz a população uma falsa sensação de segurança advinda através da Ideologia da Defesa Social de prevenção à criminalidade, àquele que será foco repressivo do combate a criminalidade e do 'tratamento penal', àquele que cometeu um ato ilícito através de programas de ressocialização. A criminologia crítica demonstrou que tal ideologia não passa de um 'placebo' e em nada surte os tais efeitos desejados (diminuição da criminalidade,

diminuição da reincidência criminal, dentre outros). Sempre com caráter de exclusão, as pessoas que não se enquadram em um típico modelo contrato social deverão ser 'abatidas' do convívio social. Este é o discurso do Direito Penal do Inimigo. Teoria de Jakobs que leva ao senso comum impressões equivocadas do tipo "bandido bom é bandido morto", "está com dó, leva pra sua casa".

Alessandro Baratta, em sua obra traduzida pelo eminente professor Juarez Cirino dos Santos, apresentou-nos a teoria criminológica moderna, confrontando as aquisições das teorias sociológicas sobre crime e controle social com os princípios da ideologia da defesa social, que constituem a base do discurso repressivo dos sistemas penais.

Um dos grandes problemas aventados surgiu no início do século XX, quando as ciências penais se separaram, cada uma seguiu um curso epistemológico: o direito penal, como ciência normativa e dogmática; a criminologia, como ciência das causas do crime, estudo do delinquente, da sociedade criminógena e, já no final do mesmo século, como estudo do sistema punitivo; e a política criminal, como pesquisa das melhores opções científicas ou políticas que devem orientar a elaboração da legislação. Ainda há pouco diálogo entre o direito penal e a criminologia, as duas disciplinas seguiram caminhos bastante diferentes, com objetos de estudo e métodos distintos. Enquanto o direito penal, de modo geral, desenvolveu-se como conhecimento dogmático-jurídico sobre o crime e a pena, a criminologia abandonou o paradigma causal-explicativo do crime para questionar o aparato do controle social penal, convertendo o sistema punitivo em seu objeto de estudo.

A criminologia crítica marca essa mudança paradigmática da criminologia a partir da década de 60 do século XX, que deslocou o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal, os processos de criminalização e o sistema de reação social ao desvio. A criminologia *tradicional* preocupava-se com as causas do crime, com a pessoa do criminoso e com os fatores sociais que levavam ao crime. Era uma visão limitada, que enxergava no criminoso e em seu meio social as causas da criminalidade. A criminologia crítica, por sua vez, empreendera um olhar para além das causas dos indivíduos do crime.

A partir daí então surge um novo enfoque no estudo do fenômeno criminal, com uma completa mudança de paradigma. Não se trata mais de investigar as causas da criminalidade para combatê-la, mas, sobretudo, investigar o próprio sistema penal, seus mecanismos de controle e de seleção das condutas e dos indivíduos rotulados como "criminosos". A criminologia passa, então, a se indagar sobre o processo de criminalização e de *etiquetamento*. Daí resultou um abismo teórico entre o direito penal e a criminologia.

Se, de um lado, a defesa social raramente é objeto de análise dos juristas, havendo uma aceitação acrítica, por outro as teorias sociológicas da criminalidade empreenderam uma relevante crítica da ideologia penal da defesa social.

A criminologia crítica apontada por Baratta realiza um confronto entre a teoria jurídica da defesa social e a teoria sociológica da criminalidade, visando à superação dos elementos míticos e ideológicos que ainda pesam sobre o direito penal como uma “*mal digerida herança do passado*”. O objetivo é mostrar o quanto algumas perspectivas sobre as contemporâneas teorias sociológicas da criminalidade estão criticamente mais avançadas em confronto com a ciência penal e oferecer importantes pontos de vista para uma crítica e superação do conceito de defesa social.

Baratta mostra que tanto a escola clássica como a escola positivista, de maneiras diferentes, sustentam a ideologia do sistema penal baseado na defesa social. Ainda que suas concepções de homem e sociedade sejam profundamente distintas, em ambos os casos – na escola clássica e na positiva – encontra-se diante da afirmação de uma ideologia da defesa social, como embrolho teórico e político fundamental do sistema científico penal.

Ainda segundo Baratta, a ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e assumiu o predomínio ideológico no setor penal. A escola positiva herdou a ideologia da defesa social da escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas. O conteúdo dessa ideologia passou a fazer parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões tanto dos representantes do aparato penal como do homem de rua.

A superação da ideologia da defesa social, ou ao menos uma atitude crítica em relação a ela, poderia ser alcançada, no pensamento penalista, por meio do encontro da mais avançada criminologia e da teoria social da criminalidade. No entanto, esse encontro não se realizou até a atualidade. Segundo Baratta, ainda não existe uma verdadeira interação entre a dogmática do delito e a teoria sociológica da criminalidade, embora se assinale, em quase todos os países europeus, a necessidade de se (re)construir um (novo) modelo de ciência penal integrada: um modelo de ciência que promova uma integração entre a dogmática jurídico-penal e o conhecimento criminológico crítico, vale dizer, em que o conhecimento jurídico penal não fosse divorciado ou alheio à realidade social.

A criminologia crítica examina as teorias sociológicas que destroçaram os princípios da ideologia da defesa social, levando em consideração as pesquisas sobre crime e pena, que já em 1920 e 1930 apresentavam um ângulo novo, incluindo a sociedade no universo explicativo do fenômeno criminal, até o novo enfoque do etiquetamento ou da reação social (*labeling*

approach), que provocaram a completa inversão da perspectiva da investigação criminológica, com o surgimento da criminologia crítica, a partir das décadas de 1960 e 1970.

O confronto entre a teoria social e os princípios da ideologia da defesa social, demonstra o atraso significativo da ciência jurídico-penal e as aquisições das ciências sociais. Esse atraso não pode ser vencido pelo direito penal sem uma transformação no seu modelo de ciência, por meio da qual se obtenha uma nova relação de colaboração com a ciência social, se supere a ideologia da defesa social e se encontre uma estratégia de controle dos comportamentos socialmente nocivos ou problemáticos, que seja alternativa ao atual sistema repressivo. Baratta não acredita que o direito penal possa superar esse atraso, pois para a construção dessa nova estratégia político-criminal a ciência penal também está dependente da contribuição da ciência social.

Enquanto não seja possível a construção de uma ciência penal integrada, o caminho proposto por Baratta é estabelecer uma relação entre ciência e técnica. Por técnica jurídica se entende, com efeito, a preparação de *instrumentos legislativos* (técnica legislativa), *interpretativos* e *dogmáticos* em vista de finalidades e de opções político-criminais conscientemente perseguidas no âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista, nesses diversos níveis da própria atividade, pelo sistema jurídico-político. Este deve ser considerado não somente na realidade normativa existente, mas também em sua ampla transformação no quadro constitucional e, pois, na dinâmica das relações sociais de produção que prevê e indica.

Dando sequência à alternativa proposta por Baratta, Luigi Ferrajoli em sua recente obra "*A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*", traz a Teoria do Garantismo Penal inserida no ordenamento constitucional, exatamente vindo de encontro a hipótese elencada por Baratta. Ferrajoli traz a importante observação quanto ao paradigma constitucional produzido pela transformação estrutural do Estado de direito descrito mediante quatro princípios correspondentes a igual número de garantias. Trata-se de um paradigma de caráter normativo – o modelo garantista do constitucionalismo rígido, *o qual sendo um modelo teórico é formal e formalizável*. Tal modelo consiste numa sintaxe interpretável a partir de qualquer sistema jurídico.

Evocando como primeiro postulado o princípio da legalidade; o segundo é o princípio da completude deôntica, por força do qual, onde quer que existam direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos como *garantias primárias* deles.

O terceiro postulado é o princípio da jurisdicionalidade, o qual impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também devem existir, contra as suas possíveis violações,

normas secundárias que predisponham a intervenção de *garantias secundárias* ou jurisdicionais levadas a efeito por funções e instituições de garantias.

Por fim, o quarto e último postulado trazido por Ferrajoli é o princípio da acionabilidade, com base no qual onde quer que exista uma jurisdição deve igualmente ser prevista, como ulterior garantia secundária, a sua ativação por parte dos titulares dos direitos e dos interesses lesados.

A configuração das normas constitucionais substanciais e, em particular, dos direitos fundamentais, não apenas regras (sentido literal de lei sem interpretação hermenêutica), mas princípios, objeto de ponderação e não como se passa com as regras de aplicação.

A alternativa que se coloca aos juristas é tomar consciência da sua natureza técnica, reencontrando, em uma visão científica da realidade, o fundamento teórico das escolhas práticas de que ele é o instrumento. Caso contrário, permanecerá enredado na ideologia da defesa social, perpetuando as desigualdades sociais e a atuação seletivamente injusta do sistema penal.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Coleção: Pensamento Criminológico. 8ª ed. São Paulo: Revan 2015.

BASTISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira* - Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal* – 2ª ed. – (o tempo e a norma). Almedina. 2014. – Capítulo IV

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil* / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília : Presidência da República, 2015. (Série Juventude Viva).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum compacto. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Vade Mecum compacto. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Vade Mecum compacto. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*. T.I. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06* - Salo de Carvalho - 7 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia* – 6ª Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

CHAVES DE CARMARGO, Antonio Luiz. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994. p. 155

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político* / Luigi Ferrajoli; tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio – 4. ed. rev.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. T.I. Barcelona: Ariel. 1962.

FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho penal mínimo. En Prevención y teoría de la pena*, 25–48. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I. T.I. Rio de Janeiro: Forense. 1958.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, Thomson, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Obstáculos à Tutela Jurisdicional Efetiva*. Projeto de Pesquisa apresentado a UFMG. 2008

JESCHECK, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlim: Dunker & Humblot. 1988.

KAUFMANN, Arthur. *Schuld und Strafe*. Köln: Heymann. 1983.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Berlin: De Gruyter. 1958.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Pensamento Criminológico, v.6, 3a ed. REVAN, São Paulo. 2007.

WESSELS, Johannes. *Direito penal – parte geral*. Porto Alegre: Fabris. 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. T.IV. Buenos Aires: Ediar. 1996.