

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Fernando Gonçalves de Aquino

**O PODER PUNITIVO COMO DESLEGITIMADOR DO DIREITO PENAL E A
NECESSIDADE DE UMA RELEITURA MINIMALISTA**

**Juiz de Fora
2016**

Fernando Gonçalves de Aquino

**O PODER PUNITIVO COMO DESLEGITIMADOR DO DIREITO PENAL E A
NECESSIDADE DE UMA RELEITURA MINIMALISTA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração Direito Penal, sob a orientação da Prof. Kelvia de Oliveira Toledo.

Juiz de Fora

2016

Fernando Gonçalves de Aquino

**O PODER PUNITIVO COMO DESLESGITIMADOR DO DIREITO PENAL E A
NECESSIDADE DE UMA RELEITURA MINIMALISTA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração Direito Penal, sob a orientação da Prof. Kelvia de Oliveira Toledo.

Aprovada em 21 de Julho de 2016

BANCA EXAMINADORA

Profa. Kelvia de Oliveira Toledo - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mestre Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho à minha Avó Elza Zimmermann, cujo carinho e dedicação são eternos em minhas lembranças, o que sempre me motiva a seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha Mãe, Áurea, por dedicar sua vida e seu amor ao bem estar de seus filhos, sempre nos amparando e incentivando em todos os aspectos de nossas vidas.

Agradeço ao meu Pai, João Batista de Aquino, pelo amor e carinho sempre presentes, além do exemplo de luta e perseverança.

Agradeço ao meu irmão, Rafael, por ser exemplo de foco nos estudos e de postura profissional, e também pela amizade insubstituível.

Agradeço ao meu irmão, Augusto, pela amizade e carinho que me revigoram a cada dia.

Agradeço à minha namorada Lorena, pelo companheirismo diário, pelo carinho e amor que me enchem de alegria, e pela importante contribuição na confecção deste trabalho.

Agradeço às minhas tias Ercília e Ivone Zimmermann, nas pessoas de quem agradeço a todos meus familiares, por se fazerem presentes em minha vida, sempre com muito carinho e colaborando em tudo que preciso.

Agradeço ao meu Avô Edivenis Gonçalves por sempre me estimular a sonhar alto e por ser exemplo de esforço.

Agradeço aos meus amigos da faculdade de Direito, Raoni Vieira, Pedro Beraldo, Lucas Soares, Camila Oliveira, João Pedro, João Paulo, João Antônio, Lucas Motta, Bruno Fernandes e tantos outros, pela amizade e companheirismo incomparável.

Agradeço aos meus amigos Rafael Palhares, Rodrigo Frizoni, Bruno Stephan, Lucas Machado, Gabriel Medeiros, Marina Rocha, Nathália Gomes, Gustavo Dutra, Henrique Hauck, Lucas Massote, Arthur Lacerda, Rafael de Lima e outros, por tornarem a vida mais leve e divertida.

Agradeço aos colegas da COESF / UFJF, pelo agradável convívio diário e amizade sempre presente.

Agradeço à minha orientadora Kevlia Toledo, por ter sido desde o começo completamente solícita, pela cobrança necessária e pelo capricho na correção deste trabalho.

Agradeço aos professores João Becon, Leandro Oliveira, Ellen Rodrigues e Luiz Antônio Barroso por terem acendido meu interesse pelas ciências criminais.

Agradeço aos professores Fernando Guilhon, Aline Araújo, Raquel Bellini e Flávio Bellini pela amizade que sempre demonstraram.

RESUMO

O presente trabalho se insere no campo do Direito Penal, com vistas a analisar os aspectos relacionados ao caráter histórico, teórico e prático de sua legitimidade e ligação com o poder punitivo, assim como com o poder político. Tendo em vista o atual estágio de deslegitimação no qual se encontra este ramo do Direito, são abordados os argumentos que demonstram esta falta de legitimidade. Ademais, demonstram-se os problemas práticos atuais relacionados ao Direito Penal simbólico e funcional, abordando-se a teoria do Direito Penal do Inimigo, criticando-a, e por fim, concluindo a total necessidade de vinculação do Direito Penal ao Garantismo com vistas à proteção dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Crise de Legitimidade do Poder Punitivo. Sistema Penal. Política Criminal. Sociedade de Risco. Maximalismo.

ABSTRACT

This work belongs to the Criminal Law field, and aims to analyze aspects related to the historical, theoretical and practical characters of its legitimacy and connection to punitive power as political power. In view of the current delegitimization stage in which this branch of law is situated, the arguments that demonstrate this lack of legitimacy are addressed. Furthermore, it demonstrates the current practical problems related to the symbolic and functional Criminal Law, addressing the theory of the "Criminal Law of the Enemy", criticizing it, and finally, completing with the essential need of binding Criminal Law to guaranteeism with the objective of protecting Fundamental Rights.

KEYWORDS: No-legitimization of Punitive Power. Criminal System. Criminal Policy. Risk Society. Maximalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I– O SURGIMENTO DO DIREITO DE PUNIR	11
1.1- O período das vinganças	11
2.2- O nascimento do Direito Penal e sua legitimidade	17
CAPÍTULO II- A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	21
2.1- Paradoxos da aplicação da Justiça Penal	22
2.2- A tendência de funcionalização do Direito Penal.....	25
2.3- A busca pelas penas perdidas.....	27
CAPÍTULO III- O DISCURSO LEGITIMADOR MINIMALISTA	35
3.1- Maximalismo x Minimalismo	35
3.2- A importância do garantismo para a salvaguarda de Direitos Fundamentais.....	38
3.3- O Direito Penal e a postura minimalista	43
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da legitimidade do Direito Penal em regular as condutas humanas e aplicar penalidades, embora seja antiga, continua desafiando os mais competentes juristas a trazer uma resposta capaz de tornar racional e legítimo tal ramo jurídico.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste em traçar uma releitura dos aspectos históricos, teóricos e práticos no que tange a deslegitimação do Direito Penal, abordando a perniciosa relação deste ramo com a manutenção de poder das classes dominantes.

Destarte, inicialmente, de maneira bastante sintética, será feita uma breve explanação acerca do surgimento do Direito de Punir, desde os mais remotos tempos, traçando sua evolução, dos modelos mais primitivos em sociedades ainda pouco avançadas, desembocando no período da Idade Média.

A partir desse período, será feita uma análise um pouco mais aprofundada, levando-se em consideração a obra de Michel Foucault (2007), demonstrando que, já neste período, marcado pelos Suplícios, havia relação entre o Direito Penal e a manutenção do poder político dominante. Verificar-se-á a estreita relação do surgimento da instituição prisional e do fenômeno da “disciplina” com a nova mentalidade burguesa no período do fim da Idade Média.

Após, será demonstrada, brevemente, a importância do iluminismo na transformação do Direito Penal como ciência, bem como na humanização das penas.

Em seguida, cuida-se de uma análise mais detida da deslegitimação do Direito Penal, a partir do enfoque realista marginal brilhantemente tecido por Raul Eugenio Zaffaroni (2001), demonstrando-se a total falta de racionalização do discurso penal tanto no aspecto teórico, quanto prático. Como não poderia deixar de ser, situar-se-á neste sentido a relação desta deslegitimação com a evolução da criminologia sob o paradigma do *labeling approach* a partir das elucidativas lições de Alessandro Baratta (2002).

Ademais, buscar-se-á evidenciar problemas teóricos e práticos atuais da aplicação da tutela punitiva, evidenciando a mentalidade maximizadora predominante, e sua relação com a propaganda midiática, dentre outros fatores.

Finalmente, será demonstrado a incoerência e a impossibilidade de se legitimar teoricamente um Direito Penal Maximizado, argumentando, resumidamente, os defeitos e

riscos da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs (2008), que se caracteriza como a mais atual e pretensiosa tentativa de dar arcabouço teórico e normativo ao Direito Penal Máximo.

Por fim, demonstrar-se-á a total necessidade da adequação do Direito Penal ao sistema garantista de Luigi Ferrajoli (2002), explicando-se sucintamente os aspectos mais importantes da obra do jurista italiano e as implicações práticas desta na necessária aplicação de um Direito Penal Mínimo.

CAPÍTULO 1- O SURGIMENTO DO DIREITO DE PUNIR

1.1 O período das vinganças

A vida em sociedade exige um complexo de normas que estabeleçam regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos. Analisar o surgimento do Direito Penal é vislumbrar o nascedouro da relação entre os homens e a necessidade posta de regulá-las, impedindo que o mais livre arbítrio representasse a possibilidade de ofensa de uns contra os outros (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Contudo, embora a existência da repressão a determinadas condutas confunda-se com o surgimento das relações primitivas entre os homens, isto não significa a existência de sistemas de normas estabelecidas e de princípios. A análise exauriente do mecanismo punitivo somente será possível quanto mais se avance na análise de sociedades mais complexas.

Nesta seara, pode-se dizer que nas sociedades mais primitivas há presença marcante da vinculação de todos os fatos da vida às questões divinas, sendo também as punições relacionadas a este tipo de entendimento. Nos precisos dizeres de Bittencourt (2002):

“os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator por desagrar a divindade” (BITTENCOURT, 2002, p. 21)

Posteriormente, mas ainda em sociedades bastante primitivas, evolui-se para o período das vinganças privadas. Neste período, as reações, sejam da vítima, de sua família ou até de sua tribo, não possuíam proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor como todo o seu grupo, podendo haver punição com a expulsão do grupo (banimento), o que deixava o expulso à mercê de outros grupos, e invariavelmente, da morte, sendo que, caso a violação viesse de elemento estranho à tribo, a obrigação era de vingar-se com a morte deste (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Não é difícil concluir que esta realidade se mostrava extremamente perigosa aos próprios grupos, principalmente pela desproporção entre a violação e sua vingança, o que passou a ser verdadeira ameaça à própria existência das tribos. É neste contexto que surge o que se conhece por “talião”, cuja máxima está na proporcionalidade entre reação e mal praticado, expressa pelo brocardo “*olho por olho, dente por dente*”. Conforme pode se

concluir das palavras de Bittencourt (2002), foi de certa forma a primeira tentativa de humanização da sanção criminal, tendo sido adotada no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos).

Ademais, inobstante o avanço trazido com o advento do talião, suas sequelas foram grandes e tormentosas, como o aumento do número de infratores e as punições físicas geradoras de deformações e outros males. Dessa forma, surge a necessidade de solucionar o conflito de forma diversa do ataque à integridade física, culminando com o início do período marcado pela “composição”, que, como conceitua Bittencourt (2002), é um

“sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal” (BITENCOURT, 2002, p. 22).

Em todas estas fases, se percebe a influência decisiva da religião na vida das pessoas, o que impregnava o Direito Penal (e praticamente todas as áreas do conhecimento) desses valores, sendo crucial para o desenvolvimento de uma fase denominada “vingança divina”, em que o sacerdote aplicava as penas, em sua maioria severas e cruéis, visando principalmente a intimidação. Referido momento foi o intermediador para o avanço do período das vinganças, tendo emergido, o que se conhece como vingança pública, baseada na segurança ao soberano e na estabilidade estatal. Contudo, o caráter divino do soberano não foi desprezado, na medida em que Direito e Religião continuavam intrinsecamente ligados, o que se evidenciou tanto na Grécia, em que o mandatário era Zeus e o soberano deveria governar em seu nome, quanto em Roma, com aplicação da Lei das XII Tábuas (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Em fase posterior, a pena liberta-se de seu caráter religioso, transferindo a responsabilidade do grupo para o indivíduo (autor do fato), o que trouxe mais uma contribuição à humanização do costume penal (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Ainda analisando o Direito romano, tendo em consideração que esta sociedade revelou-se verdadeiramente avançada a seu tempo em termos de Direito e organização social, há um relevante momento de separação entre o Direito e a Religião, em que ocorre uma divisão bem estabelecida de delitos, publicização da pena e mitigação das sanções, abolindo-se quase que por completo a pena de morte. Destaca-se, neste ponto, sob a luz de Mirabete e Fabbrini (2007) que houve uma evolução em relação a criação de vários princípios atinentes a

erros, a culpa, a dolo, a imputabilidade, a coação, a agravantes, a atenuantes, a legítima defesa, dentre outros.

Prosseguindo por essa análise histórica, de modo apenas introdutório e contextualizante do que com vistas a aprofundar na dinâmica punitiva destes tempos, adentre-se no período representado pelo decair do império romano, pelo alvorecer do catolicismo, pelas invasões bárbaras e pelo início do feudalismo. Neste sentido, cita-se o Direito germânico primitivo, marcadamente consuetudinário, sujeito à vingança privada e à composição. Tal período apresentou uma característica importante na evolução dos delitos e das penas, qual seja, os chamados “Juízos de Deus”. Na lição de Mirabete e Fabbrini (2007):

“Outra característica do direito bárbaro foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. No processo, vigoravam as “ordálias” ou “Juízos de Deus” (prova de água fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciais com os quais se decidiam os litígios, “pessoalmente ou através de lutadores profissionais”. (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 18)

Neste contexto histórico, intermediando o direito Romano e germânico e o direito moderno, insere-se o Direito Canônico, sob crucial influência do cristianismo na legislação penal, que apesar de ter contribuído para a humanização do Direito Penal, através da consideração de igualdade entre os homens, do subjetivismo do crime, da responsabilidade penal, e da regeneração do criminoso pelo arrependimento e pela purgação, levou, de maneira antagônica, aos excessos da inquisição.

Nessa fase que ora se inicia, identificada pelo período medieval, o Direito Penal se apresenta de formas distintas e misturadas, justamente porque o conceito de Estado-nação é enfraquecido, estando o poder espalhado em diversos pequenos reinados e feudos, e, de outro lado, o poder altamente concentrado nas mãos das autoridades religiosas. Ressalte-se que a análise do aspecto punitivo deste período se relaciona com o Direito romano, canônico e bárbaro, substancialmente influenciado pelo catolicismo (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

É a partir do ponto de declínio do feudalismo, identificado com o surgimento de Estados marcados, pelo poder absolutista que se iniciará o estudo deste trabalho, aprofundando-se nos mecanismos de poder Estatal, de política, e de relações sociais, sempre relacionados ao poder punitivo, baseando-se inicialmente, de maneira essencial, na meticulosa

análise destes aspectos desenvolvidos por Michel Foucault em sua celebrada obra “*Vigiar e Punir*”, cuja primeira edição, em francês, data de 1975.

Inicialmente, debruça-se o esforço do autor no período conhecido como o dos Suplícios, pena que se tornou a principal neste período, compreendido entre os séculos XVI e XVIII, e que permite uma análise da relação aí estabelecida entre o poder punitivo e o poder político à época (FOUCAULT, 2007).

Em sua obra, o autor utiliza-se de narrativas, descrevendo penas verdadeiramente cruéis, com objetivos de infligir dor e sacrifício corporal, passando pela chamada “roda”, ácidos, ferro em brasa, decepar de membros, esquartejamento, forca, decapitação, dentre tantas outras formas quanto a criatividade humana se permitia ser cruel.

Neste diapasão, o referido autor, nos demonstra como este tipo de penalidade estava totalmente ligada a um ritual político, no sentido de que nesta época, o soberano detinha o máximo possível de poderes, políticos e econômicos, e o foco principal em relação ao crime estava naquele ente, em detrimento aos danos que, porventura, sofressem a vítima, em virtude, principalmente, da lei ser considerada vontade máxima daquele, e que, portanto, um ato fora da lei, era ofensa direta à vontade e à pessoa do soberano.

Neste sentido o célebre autor nos aponta que:

“O castigo então não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e, mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação com o que é sofrido por um particular); mas implica também que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa.” (FOUCAULT, 2007, p.42)

Levando-se em consideração que o poder punitivo é a forma mais clara e simbólica de demonstração do poder do Estado que, nestes tempos, confundia-se com a pessoa do soberano, é de se concluir que o exercente do poder estatal identificava na aplicação da pena o momento ideal de demonstrar sua força à população, de lançar-se em verdadeira guerra contra um inimigo, demonstrando a todos que aquele que contra ele se levantou, sofrerá de maneira cruel a força de sua reação. O sentido dessa conduta exercida pelo líder máximo daquela sociedade era a de intimidar seus subalternos, demonstrando de maneira física, no corpo do criminoso, a presença firme e encolerizada de sua força.

Extrai-se, desta mecânica punitiva, o fato de que, neste momento, o poder aspirava ser o mais visível possível, dando visibilidade ao soberano e aos exercentes do poder, que o exerciam por meio da imposição e do medo e em contrapartida, a mínima individualização e visibilidade para o restante da sociedade, em especial, a classe menos abastada, base da sociedade e também mais atingida pelas punições, a quem não importava discernir entre um e outro. Vejamos, nas palavras do celebrado autor francês:

“[...] tradicionalmente, o poder é o que se vê, se mostra, se manifesta e, de maneira paradoxal, encontra o princípio de sua força no momento com o qual a exhibe. Aqueles sobre o qual ele é exercido podem ficar esquecidos; só recebem luz daquela parte do poder que lhes é concedida, ou do reflexo que mostram um instante” (FOUCAULT, 2007, p. 156)

E, ainda:

“Nas sociedades de que o regime feudal é apenas um exemplo se pode dizer que a individualização é máxima do lado em que a soberania é exercida e nas regiões superiores do poder. Quanto mais o homem é detentor de poder ou de privilégio, tanto mais é marcado como indivíduo, por rituais, discursos, ou representações plásticas” (FOUCAULT, 2007, p. 160)

Contudo, avançando-se pelos séculos XVII e pela primeira metade do século XVIII, ainda marcante a presença do suplício, começa a se identificar uma problemática advinda destes, que Foucault (2007) bem demonstra como perigo político, que se traduz na identificação do povo com o sofrimento do suplicado, na indignação com a crueldade e com a violência legal, gerando um processo no qual predomina um prejuízo político e de poder ao invés da elevação deste pelo medo.

Em apertada síntese do que nos aduz o autor francês, percebe-se que o caráter de heroísmo, no momento do suplício, que era público, passa à figura do criminoso, verdadeiro exemplo de resistência à ordem imposta, ficando para os executores, que nada mais eram do que representantes do soberano, o desprezo e a revolta. Eis as suas palavras:

“Mas principalmente – e aí é que esses inconvenientes se tornavam um perigo político – em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena; em nenhuma ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal sem proporção nem medida.” (FOUCAULT, 2007, p. 52)

Voltando-se os olhos para o século XVIII, intitulado “século das luzes”, marcado pelo “iluminismo” e pela ascensão da classe burguesa ao poder, período este de verdadeira revolução no Direito Penal, é que o presente estudo passa a se ater.

Inicialmente, mister considerar que neste período surge paralelamente a valorização do ser humano, da razão e da ciência, e de outro lado, constata-se a acumulação de capitais e do trabalho como instrumento desta. Assim, o corpo, passa a ser objeto de interesse, não só da filosofia e das ciências, mas da ascendente classe burguesa, e, portanto do poder político, visto como instrumento de trabalho apto a gerar lucro.¹

É neste contexto que Foucault (2007) demonstra o surgimento da disciplina, como poder normalizador, apto a classificar, individualizar, docilizar e preparar o corpo, como instrumento. Neste sentido, o que se tem no período é a urgente necessidade do fim do suplício, na qual convergem tanto as mais humanitárias intenções relacionadas ao fim da pena cruel, a uma legislação igual para todos e à diminuição do poder absoluto do soberano, quanto aquelas interessadas num novo mecanismo de poder.

Referido poder deveria ser exercido discretamente e minuciosamente, desde a sua implementação nas escolas, nos hospitais, nos exércitos e, posteriormente nas penitenciárias, sendo cada vez mais forte e condizente com os ideais de produção e lucro.

“Como capitalizar o tempo dos indivíduos, acumulá-lo em cada um deles, em seus corpos, em suas forças ou capacidades, e de uma maneira que seja suscetível de utilização e de controle? Como organizar durações rentáveis? As disciplinas, que analisam o espaço, que decompõem e recompõem as atividades, devem também ser compreendidas como aparelhos para adicionar e capitalizar o tempo.” (FOUCAULT, 2007, p. 133)

Ademais, indispensável situar o pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant (1724 – 1804) neste contexto iluminista e de perpetuação do valor do ser humano, inobstante seu pensamento e obras não avancem minuciosamente no sentido da humanização das penas. A idéia proposta pelo autor consubstanciada no valor atribuído ao ser humano, como fim em si mesmo, detentor da própria razão e moral, que deveria se pautar pelos imperativos categóricos foi importantíssima e crucial para o avanço humanitário.

¹ Exemplificando com o edito que, em 1667, criava a fábrica dos Gobelins e previa a organização de uma escola, Foucault bem explica o foco no corpo como instrumento de trabalho apto a gerar lucro. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. 288 p. Tradução de Raquel Ramallete. p. 132.

Assim sendo, o período iluminista pode ser considerado verdadeiro divisor de águas na história da sociedade ocidental moderna, por sua valorização da razão, da ciência e do ser humano, tornando-se imprescindível para a criação de um Direito Penal racional, mais humanitário e científico. Na autorizada lição de Mirabete e Fabbrini:

“É no decorrer do Iluminismo que se inicia o período humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é.” (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p.20)

1.2 O nascimento do Direito Penal e sua legitimidade

Conforme já explanado no tópico anterior, o período iluminista, consolidou-se como revolucionário no sentido da crítica aos excessos de poder, e especificamente, do poder punitivo, sendo este movimento de ideias focado na razão e no humanismo. Esta revolução foi a mola propulsora para o nascimento do Direito Penal como ciência, legitimando-se não mais no exercício do poder do soberano sobre os súditos, mas sim, com fins à proteção do indivíduo ante a ingerência e arbitrariedade Estatal, onde se insere, de maneira crucial a obra “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, por Cesare Bonessana Marquês de Beccaria (1738-1774).

Sua obra deve ser analisada dentro do contexto cultural que prevalecia em todos os campos do saber à época, qual seja, o contratualismo, o humanismo e o utilitarismo, sendo certo que os importantes princípios norteadores e legitimadores do Direito Penal que lançara, foram capazes de dar delineamento prático no campo penal às mais diversas filosofias revolucionárias surgidas nestes tempos, como as de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, dentre outros. A obra, caracterizada por apresentar uma linguagem acessível, simples, objetiva e convincente foi capaz de permear os mais diversos campos sociais e movê-los na luta por um Direito Penal mais humano e menos arbitrário.

A partir de um enfoque utilitário da pena, que deveria se voltar para o futuro, tanto na repressão da possibilidade da reincidência quanto no aspecto da prevenção geral através do exemplo, e não mais na reestabilização de uma situação passada, tida como impossível e inútil, Beccaria (2006) debruça-se sobre os mais variados aspectos dos delitos e das penas, que serão analisados de maneira sintética. Vejamos, ainda na introdução da obra, a reflexão

proposta quanto à utilidade das penas, enunciando pela primeira vez, o brocardo da máxima felicidade, nas palavras do celebrado autor:

“Olhemos a história e veremos que as leis, que são, ou deveriam ser, pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram de fortuita e passageira necessidade, não já ditadas por frio analista da natureza humana, capaz de concentrar num só ponto as ações de muitos homens e de considera-las de um só ponto de vista: *a máxima felicidade dividida pelo maior número.*” (BECCARIA, 2006, p.19)

Inicialmente, o autor italiano justifica o direito de punir na mais absoluta necessidade de salvaguarda da segurança de cada um dos particulares e do conjunto público, justificando-a na valorizada teoria do contrato social, segundo a qual, cada cidadão entrega parte de sua liberdade em nome da promoção de sua segurança, identificando na soma dessa porção de liberdades a soberania de uma nação.

Ademais, é feita uma crítica a legislação feita ao apreço e às paixões dos Soberanos, em detrimento do somatório das vontades e liberdades de seus membros, sugerindo a aplicação de uma legislação igual para todos, devendo ainda haver a separação entre o Soberano, o legislador e aquele que julga a aplicação da lei, em clara alusão ao princípio iluminista da divisão de poderes.

Dessa forma, reforçava a necessidade de uma legislação clara e objetiva, sem obscuridades, que não permitisse a interpretação do magistrado, mas sim uma aplicação direta e automática ao caso concreto, perpetuando a igualdade perante a lei, que deveria ser estritamente necessária para que cada ser humano percebesse o caráter lícito ou ilícito de suas ações e se convencesse a determinar-se a partir disto.

O autor solidifica ainda a necessidade da proporção entre os delitos e as penas, ressaltando a estrita necessidade, em uma espécie de equação onde o “desprazer” ou “malefício” provocado pela punição seja imediatamente superior ao “prazer” ou “benefício” gerado pelo crime, sendo assim capaz de dissuadir na consciência de cada um a vontade pelo ato criminoso, aduzindo que qualquer excesso a isso caracterizar-se-ia como tirania.

“Para que a pena produza efeito, basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito e, nesse excesso de mal, deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir. O resto é supérfluo e, portanto, tirânico.” (BECCARIA, 2006, p. 72)

Nesta seara, o filósofo demonstra que a gravidade do delito varia de acordo com o dano por ele gerado à nação, não devendo padecer de análise a intenção do delinquente e outros subjetivismos. Com este pensamento, introduz uma verdadeira base para o processo penal acusatório que busque a verdade lastreada em provas, e não a condenação a qualquer custo, lançando mão, deste modo, o respeito à presunção de inocência. Neste ponto, faz severas críticas ao sistema de semi-provas, tortura, acusações secretas, ou qualquer possibilidade de se condenar alguém ausente a certeza da prática do crime, considerando que:

“A certeza que se exige para determinar que um homem é réu, pois, é a que caracteriza cada homem nas operações mais importantes de sua vida. Pode-se dividir as provas de um crime em perfeitas e imperfeitas. Denomino perfeitas as provas que excluem a possibilidade de alguém não ser culpado e chamo imperfeitas as que não a excluem. Das primeiras basta uma só prova para a condenação. Das outras bastam tantas quantas sejam necessárias para constituir a prova perfeita, ou seja, que, se com cada uma destas, em particular, é possível que alguém não seja réu, diante de sua soma, no mesmo caso, é impossível que não o seja.” (BECCARIA, 2006, p. 46)

Além dos princípios e postulados apresentados, Beccaria (2006) salienta a importância da rapidez do processo e da penalidade, como necessária à eficácia repressiva dos impulsos criminosos em cada um, afirmando que mais efetiva é a pena justa, certa e rápida, do que desmesurada pena, passível de impunidade e demora em sua aplicação.

Dessa sorte, Beccaria (2006) semeia, no fértil terreno do período iluminista e da ascensão da burguesia no poder, as sementes de um Direito Penal igual para todos, que se legitime pela soma da vontade de cada um dos cidadãos, através do contrato social, trazendo assim o império da lei sobre os homens, e não mais da vontade do soberano, possibilitando verdadeira revolução humanitária no poder punitivo, ao vincular a medida da pena à estrita necessidade de desestímulo ao ato criminoso, classificando qualquer excesso como tirânico, e ainda, abandonando o conceito de castigo, seja físico ou de outra ordem, para uma finalidade utilitarista de se reformar o delinquente e incutir na consciência de cada um o desestímulo ao crime.

Pioneiro na percepção de que a prevenção ao crime se dissocia do poder punitivo e da criação de delitos, o filósofo associa o esforço por uma sociedade justa e menos desigual, lançando assim importante semente à Defesa Social e à Criminologia. Por fim, frise-se que o autor foi um importante semeador de uma nova tecitura do Direito Penal, aduzindo que:

“Melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível [...] Proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos; é definir ao bel-prazer a virtude e o vício, conceituados como eternos e imutáveis. A que nos reduziríamos se nos fosse proibido tudo o que nos pode induzir ao delito? Seria preciso privar o homem do uso dos sentidos. [...] Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se condense em defendê-las e nenhuma parte da nação seja empregada em destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens.” (BECCARIA, 2006, p. 109)

CAPÍTULO II- A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atividade punitiva Estatal caracteriza-se como questão política fundamental que, conforme já demonstrado nas linhas anteriores, concretizou-se como saber científico com o advento do iluminismo, e especificamente, das teorias contratualistas, tendo como expoente Thomas Hobbes.

O que se tem, conforme tal contexto contratualista, é a entrega por parte de cada um dos cidadãos de parte de suas liberdades ao Estado, que será o detentor monopolista deste dever-poder (*jus puniendi*), assim, apto a garantir a segurança de todos a partir desta faculdade punitiva.

Com o advento da democracia como forma de governo, o Estado, antes identificável na figura do Soberano, passa a se confundir com a vontade dos cidadãos, influenciadores diretos das decisões políticas por meio da democracia representativa.

Contudo, inobstante a democratização das sociedades, o que se verifica é a manutenção da característica do poder punitivo como instrumento basilar de perpetuação do poder de poucos (detentores do poder) sobre o restante das pessoas, sendo que a racionalidade que pretende sustentar o Direito Penal, em muito embasada na planificação legal, que remete ao campo *neokantiano* do "dever-ser", observa-se inexistente na realidade².

Essa característica do poder punitivo (de instrumento de poder político), já analisada neste trabalho como marcante desde o período dos Suplícios, embasado na obra "*Vigiar e Punir*", de Michel Foucault, tendo vigência no Estado Democrático de Direito, mesmo com o avanço trazido com o iluminismo e a relativa humanização das penas que este gerou. Assim ensina Zaffaroni:

"Longe de limitar seu poder com a revolução industrial, tal como era postulado pelo contratualismo, o poder do sistema penal cresceu notoriamente através da generalização das agências policiais nos séculos XVIII e XIX, encarregadas, desde aquela época, de seu mais importante poder: o positivo e configurador". (ZAFFARONI, 2001, p. 152)

² Zaffaroni bem explica que para que seja possível a racionalização / legitimação com base na planificação legal, qual seja, o "dever-ser" previsto legalmente, este deve no mínimo ser um "ser que ainda não é" mas que seja "possível de vir a ser", do contrário, converte-se em um "ser que nunca será", tornando insustentável sua racionalidade com base neste aspecto. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. p. 19.

Importante ainda situar, sob o lume dos ensinamentos de Alessandro Baratta (2002) que, com a evolução da criminologia sob o paradigma do “*Labeling Approach*”, e a consequente negação do princípio do fim ou da prevenção, com caracterização do comportamento desviante como comportamento rotulado, “quando o enfoque macro-sociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização” (BARATTA, 2002, p. 161) fica claro o necessário enfoque no sistema penal como instrumento político dirigido ao etiquetamento de pessoas e grupos como criminosos, carente de uma racionalidade legitimante. Elucidando esta questão, eis as palavras de Rogério Greco sobre o etiquetamento:

"No mesmo sentido, segundo Becker, os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem tais regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais. [...] O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo como *delinquente*." (GRECO, 2009, p. 43)

Sob a luz dos brilhantes ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu inabalável esforço deslegitimante do Sistema Penal, desenvolvido em sua obra “*Em busca das Penas Perdidas*”, publicada originalmente em Buenos Aires – Argentina, em 1989, que servirá de embasamento crucial para o desenvolver deste trabalho, demonstrar-se-á a carência de racionalidade legitimadora no Sistema Penal, e a necessidade de uma atuação minimalista deslegitimante do discurso penal.

2.1 Paradoxos da aplicação da Justiça Penal

Situando-nos no contexto do Estado Democrático de Direito, marcante pela democratização dos assuntos ligados à atividade estatal e, especificamente, ao Direito Penal e à (In) Segurança Pública, importante notar que esta democratização vê-se alicerçada em mecanismos sociais imperfeitos, relacionados ao atual modelo de democracia representativa brasileiro, ao aumento da criminalidade e também à complexa relação entre a sociedade e as

agências executivas da Justiça Penal, sejam institucionais (Judiciário, Ministério Público, Polícia, etc) ou externas, principalmente a mídia³.

Nilo Batista bem nos evidencia esta íntima e perversa relação entre mídia e sistema penal em seu trabalho “*Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*”. Revela o autor, inicialmente, a transformação sofrida pelos meios de comunicação, antes identificados quase que unicamente com os jornais impressos, e que tendiam a defender a limitação do Direito Penal, que confundia-se com o poder absoluto do Soberano, alinhando-se assim aos ideais burgueses à época. A evolução neoliberal e o fato de que atualmente os conglomerados midiáticos são altamente lucrativos, identificando-se como proprietários grandes grupos econômicos, revela o compromisso da mídia com este empreendimento (neoliberal), claramente explicado nas palavras do ilustre professor Nilo Batista:

“O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neo liberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam.” (BATISTA, 2003, p. 3)

Ainda na esteira do brilhantismo do professor Nilo Batista (2003), este compromisso midiático evidenciado, faz com que a mídia atue das mais variadas formas, hora sutis, hora escancaradas, na formação de uma consciência popular extremamente atemorizada pela insegurança propagandeada, internalizando no pensamento das pessoas uma situação calamitosa e enaltecendo a pena e a criminalização como solucionadoras desta ilusória calamidade.

Esta situação faz com que a opinião pública se identifique com o sofrimento causado à vítima, diabolizando o agressor e, pressionando assim o Judiciário a tomar parte do conflito, assumindo a função vingativa estimulada pela mídia, retirando o imprescindível caráter de imparcialidade que deve pautar as decisões judiciais.

Neste sentido, no modelo de democracia representativa atual, com eleições diretas e periódicas, os mandatários políticos anseiam com prioridade responder ao clamor público,

³ Nilo Batista, citando Zaffaroni, coloca as “agências de comunicação” no rol de agências do sistema penal, deixando claro que a mídia (rádio, televisão e jornais) formam estas agências, e não somente os meios de comunicação oficiais. BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acesso em 30 de jun.2016.

com vistas à popularidade, que se sobrepõe ao real efeito de suas políticas. Com, isso o apelo midiático acaba sendo muitíssimo eficaz e verdadeiro pautador da atividade Estatal no que tange as políticas criminais.

Sendo certo que, neste diapasão, princípios basilares do Estado Democrático de Direito e garantias clássicas e fundamentais do Direito Penal se veem violadas, sob os aplausos da população atingida pela propaganda penal midiática. Destarte, necessária se faz uma conciliação da liberdade de informar, pautada constitucionalmente, com outros tantos princípios estabelecidos na Carta Magna, garantidores de uma intervenção penal mínima. Sendo certo que, o simples argumento de que tal programação voltada à violência e ao conteúdo penal é veiculada porque dá audiência, cai por terra, nos ensinamentos de Zaffaroni:

"O argumento frequentemente usado pelos operadores e manipuladores dos meios de comunicação de massa (o crescimento da audiência revela o desejo do público de consumir notícias e mensagens violentas) não resiste à menor análise: não é possível tolerar - e, na verdade, não é tolerado - o televisionamento de todas as matérias que aumentem a audiência. Se alguma atriz famosa autorizasse o televisionamento de seu casamento com a noite de núpcias completa, o índice de audiência seria altíssimo, no entanto, ninguém pode sustentar que a intolerância a esse espetáculo afetasse a liberdade de informação." (ZAFFARONI, 2001, p. 176)

Estes fatores levam ainda à funcionalização do Direito Penal, que será pormenorizada no próximo tópico, cabendo neste, dedicado à identificação dos principais paradoxos de aplicação da Justiça Penal, apenas demonstrar resumidamente esta questão.

Fica evidente que a instrumentalização da tutela punitiva como resposta ao clamor social, midiaticamente provocado, na prática, não atende ao que se propõe (diminuir a criminalidade), consubstanciando-se como preocupantes e frequentes violações às garantias tradicionais. Neste sentido, precisamente coloca Franco (1997), citando Francisco Muñoz Conde, a funcionalização do Direito Penal "encerra o perigo de que lhe sejam atribuídas tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo, enganosamente, à opinião pública perspectivas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na realidade"(FRANCO, 1997, p. 2).

Importante ainda evidenciar como paradoxo de aplicação da justiça penal o fato de que, diante da já citada democratização da Justiça Penal e o apelo midiático com fins a elencar o sistema penal e a criminalização como solucionadores de questões sociais, acaba-se por tornar a Justiça Penal uma instância resolutória de conflitos por excelência. Assim, temos que, diante

da inculcada ideia de funcionalização do Direito Penal e do fracasso de qualquer outro meio de regulação, a sociedade deposita sua confiança no Judiciário como única possibilidade solucionadora de conflitos⁴. Ainda sobre este fascínio, Alberto Silva Franco, citando Muñoz Conde:

"Mas o Direito Penal exerce um terrível fascínio na opinião pública e, apesar de existirem outros sistemas de regulação muito mais eficazes, só ele é capaz de despertar tanta sedução. Bem por isso, como afirma Muñoz Conde, o Direito Penal é entendido como o "Direito por excelência" (FRANCO, 1997)

Demonstrado, desta maneira, alguns dos tantos paradoxos que permeiam a aplicação da justiça penal hodiernamente, passa-se a uma análise mais aprofundada da funcionalização deste ramo jurídico.

2.2 A tendência de funcionalização do Direito Penal

Levando-se em consideração a exposição do tópico anterior, perceptível a tendência de funcionalização do Direito Penal, que nas lições de Alberto Silva Franco (1997) se divide em duas vertentes, quais sejam, uma função promocional e uma função simbólica, identificando a primeira como aquela que atribui ao Direito Penal o caráter de instrumento de mudança e transformação social ou imposição de novos valores. Já a função simbólica, na valiosa lição de Fernando Vernice dos Anjos, citando Paulo de Souza Queiroz, pode ser explicado da seguinte forma:

"O objetivo da pena e do Direito Penal para a visão simbólica é apenas a produção na opinião pública de uma impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade." (ANJOS, 2007)

Explicando este fenômeno, revelado na tendência de utilização do Direito Penal como resposta Estatal por excelência às crises pelas quais passam nossa sociedade moderna, sejam econômicas, políticas ou sociais, Alberto Silva Franco, exemplifica:

⁴Nilo Batista, bem assevera: "Este discurso aspira a uma hegemonia, principalmente sobre o discurso acadêmico, na direção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais.". BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio*. p. 19 Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso em 05 de jul.2016.

"Há exemplos significativos, na legislação penal brasileira, dessa funcionalização de caráter promocional (novos tipos penais no Código de Defesa do Consumidor, nas leis contra a ordem tributária e econômica, na lei sobre engenharia genética, etc) e de caráter simbólico (Lei de Crimes Hediondos, Lei de Crime Organizado, Lei de Tortura, etc.)." (FRANCO, 1997)

Crucial salientar a clara ligação entre esta funcionalização, simbólica e promocional, atribuídas ao Direito Penal, com os imensos esforços midiáticos neste sentido. Nessa toada não é difícil depreender da já mencionada característica da propaganda midiática, como criadora da atemorização, e que elenca o Direito Penal como solução, um consequente uso deste ramo jurídico como símbolo de resposta Estatal atenta, clamada pela população.

Neste sentido, ainda sob a luz das brilhantes lições de Alberto Silva Franco, o que se percebe como clara tendência ligada à funcionalização do Direito Penal é a desformalização deste. Sendo o Direito Penal instrumento da maior gravosidade da intervenção Estatal na vida de cada indivíduo, sua aplicação deve se dar de maneira estritamente respeitosa às formalidades que o limitam, como o princípio da legalidade, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outros. Vejamos a clara demonstração exposta pelo autor de que, a desformalização é consequência direta da funcionalização:

"Aqui, não há lugar para a surpresa, nem para o engodo. A desformalização constitui uma decorrência extremamente perigosa de um Direito Penal funcionalizado. São frequentes os tipos com o emprego de conceitos vagos ou porosos e com cominações desproporcionadas de penas. Abusa-se do exercício do poder cautelar. Desrespeitam-se princípios constitucionais de alta relevância, como os do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação dos atos do processo, do direito de recorrer, etc. Extrai-se a feição jurisdicional da execução da pena e suprime-se o regime progressivo de cumprimento de pena. Enfim, desformaliza-se o processo a serviço de uma eficiência antigarantista (nessa linha, foi editada a Lei nº 9.099/95)." (FRANCO, 1997)

Deste modo, fica evidente que o avanço da funcionalização do Direito Penal, e sua consequente desformalização, consubstanciam-se como paulatinos e graves ataques às garantias formais imprescindíveis a este ramo do Direito, justificando sua atuação no clamor público, distanciando-se do necessário caráter garantista / mínimo que deve legitimar sua atuação, fator que será mais profundamente abordado em tópico posterior.

Destarte, salienta-se a inocuidade da utilização do Direito Penal como pretenso instrumento de resposta aos problemas sociais, à violência e à insegurança pública, sendo certo que, este tipo de resposta Estatal, não só acaba por desviar a atenção da origem destas mazelas, mas também, é tão violento quanto o problema que pretende responder, conforme nos aduz Alberto Silva Franco:

"A segunda idéia-chave é a de que as respostas estatais à violência são violentas também. As penas de morte, de caráter perpétuo, as privativas de liberdade, as de interdições de direitos, a internação em manicômio judiciário, etc. enfim, o imenso arsenal de sanções penais põe a nu a violência do mecanismo repressor." (FRANCO, 1997)

Outrossim, perverso efeito associado à desformalização consequente do caráter funcionalista assumido pelo Direito Penal, é o aumento da discricionariedade dada ao judiciário, por meio de termos amplos e imprecisos inseridos na legislação, aumentando desta forma a margem interpretativa do julgador, o que, além de reduzir o âmbito protetivo do princípio da legalidade formal, possibilita indesejável seletividade.

Neste ponto do trabalho, cabe-nos investigar com maior profundidade a perda de legitimidade do Direito penal contemporâneo, sua estreita ligação com o poder político, bem como, sua ineficiência como resposta aos problemas que envolvem o crime e a delinquência.

2.3 A busca pelas penas perdidas

Tendo em mente a já citada obra do celebrado autor argentino, Eugenio Raul Zaffaroni, torna-se clara a atual deslegitimação do Direito Penal, sendo o explicativo para o título da obra aqui suscitada, que também nomeia este tópico, conforme preleciona Zaffaroni (2001), o fato de que no atual quadro crítico em que se encontra o sistema penal, se manifesta “uma progressiva “perda” das “penas”, isto é, as penas como inflição de *dor sem sentido* (“perdido”, no sentido de carentes de racionalidade”).” (ZAFFARONI, 2001, p.12).

Assim, debruçando-se sobre a teoria zaffaroniana deslegitimante do Sistema Penal, demonstrar-se-á, inicialmente, os pressupostos pelos quais este ramo jurídico pretensamente se legitima, demonstrando-se o quão falsos e carentes de racionalidade e realidade prática são / estão estes pressupostos.

Primeiramente, Zaffaroni indica que:

“O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Por *legitimidade do sistema penal* entendemos a *característica outorgada por sua racionalidade*. O poder social não é algo estático, que se “tem”, mas algo que se exerce – um exercício -, e o sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente” (ZAFFARONI, 2001, p. 16)

Assim, há uma construção discursiva que pretende explicar tal racionalidade (o discurso jurídico-penal), embasada em diversos pressupostos. Contudo, diante do fato de sua aplicação, na realidade, não haver racionalidade, o Direito Penal se vê carente desta legitimidade.

Primeiramente, cabe considerar que sob o aspecto da racionalidade como coerência interna, esta já se vê de antemão esvaziada pelo fato de se apoiar, na grande maioria de suas defesas, em argumentos como “assim diz a lei”, que demonstram a fragilidade do aspecto racional, pois que, necessário se faz sempre, remeter à autoridade da lei e não a uma demonstração factual desta racionalidade.⁵

Inobstante o fato de que, a legalidade formal seria por si só insuficiente para racionalizar e, portanto, legitimar o exercício de um poder de fato, como o punitivo, conforme preleciona Zaffaroni, ressalta-se ainda que, o cumprimento desta legalidade formal não existe na realidade.

Neste ponto, importante citar a distinção feita pelo caráter de legalidade penal e processual atribuíveis ao Direito Penal pelo autor argentino:

“O *princípio da legalidade penal* exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para punibilidade (com especial ênfase nos limites da tipicidade, a ponto de se tentar uma distinção entre “tipo sistemático” e “tipo garantia”). O *princípio da legalidade processual* (ou legalidade da ação processual), exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas. Isto significa não apenas que o sistema penal *somente* exerça seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal *sempre* – em todos os casos – deveria exercer esse poder.” (ZAFFARONI, 2001, p. 21)

⁵ Zaffaroni caracteriza estas expressões que remetem à autoridade legal como “*confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. p.17

Assim, quanto ao aspecto processual penal da legalidade, fácil perceber que não possui nenhuma efetividade na realidade prática. Dessa forma, é necessário que o sistema penal exerça seu poder sempre que ocorresse o delito, não tendo dúvida de que a grande maioria dos crimes não chegam sequer ao conhecimento da autoridade policial, caracterizando a chamada “cifra negra”⁶ da criminalidade. No mais, tampouco poderia pretender-se que a totalidade dos delitos cometidos fosse perseguida pelas agências do sistema penal, como bem demonstra Zaffaroni:

“Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.” (ZAFFARONI, 2001, p.26)

Não é difícil notar que um sistema que estruturalmente (e não circunstancialmente), já se direciona à criminalização somente em alguns casos, o que se opera, em verdade, é uma seletividade estrutural demonstradora da total inexistência de legalidade processual. Vejamos:

“A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.” (ZAFFARONI, 2001, p. 26)

Ademais, a legalidade penal tampouco é respeitada, de modo que, aduzindo sinteticamente o que nos demonstra Zaffaroni, na citada obra: o fato do exacerbado número de presos sem condenação - de modo que a análise dos limites da punibilidade ocorre só muito posteriormente à prisão, no momento da decisão final - viola não só a legalidade processual, como a penal (devido ao aspecto da punibilidade); a carência de critérios legais e doutrinários claros para o estabelecimento das penas deixa uma amplíssima discricionariedade, que

⁶ Alessandro Baratta explica que a “cifra negra” não se refere somente aos chamados “crimes do colarinho branco”, mas sim, a um fenômeno geral, que permite aduzir, assim como preleciona Zaffaroni, que a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria como quer a concepção da defesa social, mas ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros da sociedade. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.103)

entrega esta decisão ao campo da arbitrariedade, esvaindo-se a “legalidade das penas”; o grande número de tipificações mal delimitadas, com elementos valorativos subjetivos e ligados à moral, ao ânimo, com ocultação do verbo típico, também esvai a legalidade; e o fato das agências executivas atuarem à margem dos critérios pautados pelos órgãos judiciais, que quando intervêm, já o fazem numa situação na qual já se consumaram efeitos punitivos irreversíveis sobre a pessoa selecionada.

Crucial ressaltar ainda que, conforme Zaffaroni (2001), o mais importante exercício de poder do sistema penal, qual seja, o poder positivo configurador disciplinante, exercido principalmente pelas agências executivas do sistema penal, em especial pela polícia, possui uma “arbitrariedade concedida pela própria lei” que ao abdicar de uma planificação neste sentido, relega a população às mais violentas intervenções destas agências, revelando-se como verdadeiro poder político arbitrário de controle de estratos sociais.

Transpondo a análise da deslegitimação quanto à legalidade, o autor argentino nos alerta para a deslegitimação pelos próprios fatos, aduzindo que, inobstante o ramo penal ser o campo do saber no qual se opera, ele não consegue solucionar os problemas operacionais advindos dos sistemas penais. Vejamos o que diz o brilhante jurista:

“Apesar de formidável, o esforço de invenção da realidade, que parece ter muito êxito nos países centrais, em nossa área não consegue ocultar completamente a realidade operativa dos sistemas penais. O número de mortes causadas por nossos sistemas penais, ao aproximar-se e, às vezes, superar o total de homicídios de “iniciativa privada”; o já mencionado fenômeno de mortes culposas pelo trânsito e a indiferença do sistema; a mesma indiferença pelos abortos e pelas mortes por carências alimentares e assistenciais; os processos de deterioração de pessoas, mobilidade e condicionamento para posterior morte violenta; a morte violenta direta nas prisões e entre o pessoal de algumas agências executivas – tudo isso torna claro que a magnitude do *fato da morte*, que caracteriza o exercício de poder de nossos sistemas penais, pode ocultar-se das instâncias conscientes mediante algumas resistências e negações introjetadas. No entanto, não é possível impedir totalmente sua captação, por mais intuitiva e defeituosa que seja, em nível de *consciência ética*”. (ZAFFARONI, 2001, p. 39)

Isto posto, apenas as páginas iniciais da obra do jurista argentino já são suficientes para colocar em cheque toda a legitimação do sistema penal. Neste ponto, importante somarmos ao brilhantismo da teoria deslegitimante zaffaroniana, as contribuições de Alessandro Baratta,

com sua “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, cuja primeira edição traduzida, por Juarez Cirino Tavares, data de 1999.

Inicialmente, cabe revelar que, conforme pode se aduzir da obra de Baratta (2002), a evolução da criminologia após o paradigma do *labeling approach* permite concluir que a criminalidade não é um dado pré-constituído, mas sim uma realidade constituída pelo sistema penal, através de definições do criminoso e da reação social. Deste modo, o autor italiano demonstra que, o fato da população encarcerada confundir-se com aquela dos estratos inferiores, não é atribuível a uma predisposição deste grupo a cometer crimes, e ainda, que este mecanismo seletivo atua não somente pela lei, mas também, incutido na percepção da população sobre a criminalidade. Vejamos:

“Daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza [...] Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha”. (BARATTA, 2002, p. 102-103)

Ademais, deve-se ainda ressaltar que se extrai da obra de Baratta (2002), que a atenção da nova criminologia, ou criminologia crítica, dirige-se para o processo de criminalização, identificado como verdadeiro problema teórico e prático das relações de desigualdade encontradas no capitalismo. Desse modo, a criminologia crítica persegue como um de seus objetivos, estender ao campo do direito penal, a crítica do direito desigual.

Assim, possível alinhar o já citado marco teórico foucaultiano, que identifica no poder punitivo instrumento basilar de perpetuação de poder, por meio de uma configuração disciplinante, com a evolução criminológica tão brilhantemente explanada por Alessandro Baratta na já citada obra, que revela o atual enfoque da origem do crime com o ato criminalizador, revelando ser o Controle Social e Direito Penal, faces da mesma moeda. E ainda, insere-se a teoria zaffaroniana deslegitimante do poder punitivo, que demonstra de maneira clara o direcionamento do Direito Penal às camadas marginalizadas, bem como a invulnerabilidade das camadas superiores. Vejamos, em breves linhas:

“Múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade. *Do ponto de vista de nossa região marginal não há razão alguma para se crer que seja menos utópico um modelo de sociedade no qual não existe invulnerabilidade penal para os poderosos do que um modelo de sociedade no qual seja abolido o sistema penal*” (ZAFFARONI, 2001, p. 108)

Importantíssimo frisar que esta atuação do Direito Penal como mecanismo de Controle Social não se revela tão só nos delitos processados e porventura, judicialmente condenados, parcela ínfima do poder punitivo, mas principalmente, pela vigilância disciplinar, como poder vertical e militarizado, conformador e controlador de estratos sociais. Nas brilhantes palavras de Zaffaroni:

“A vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida em nível consciente, em toda a sua magnitude. Por isso, em nível consciente, as mesmas pessoas vulneráveis ao sistema penal (os setores carentes e os dissidentes incômodos), se por um lado não sente temor diante do exercício do poder do sistema penal, quando este aparece com sua máscara de repressão do “inimigo”, percebem como temível o exercício de poder dos órgãos do sistema penal controlando qualquer conduta realizada em lugar público ou privado [...] A circunstância de se perceber como a totalidade do poder do sistema o que não passa de mínima parcela do mesmo – e exatamente aquela que serve de pretexto para um verdadeiro exercício de poder – não deixa de ser um dos *traços perversos* do discurso de justificação do sistema penal. Uma das *facetas perversas* do discurso jurídico-penal consiste, portanto, em mostrar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado neste ínfimo e eventualíssimo exercício que configura o denominado “sistema penal formal””(ZAFFARONI, 2001, p. 24-25)

E não se pode deixar de citar o agravado quadro desta situação (Direito Penal como Controle Social), em nossa região marginal. Inobstante a demonstrada preponderância do poder disciplinante e configurador do sistema penal, distante do denominado sistema penal formal, cumpre explicar porque também na esfera formal (judicial), bem como na finalidade e efetividade da aplicação das penas, há total carência de legitimidade e racionalidade.

Inicialmente, pode-se depreender das lições de Zaffaroni, que no âmbito da aplicação judicial do Direito Penal, inobstante a defesa de Direitos Humanos feita neste âmbito, não se rompe com o discurso racionalizador, em suas palavras:

“[...] quando, neste âmbito, devem ser defendidos os direitos humanos, seus defensores acabam considerando verdadeiros os pressupostos do discurso jurídico-penal que devem esgrimir e, com isso, admitem, quase sem percebê-lo, a racionalização justificadora de todo o exercício do poder do sistema penal.” (ZAFFARONI, 2001, p. 30)

Demonstra-nos, ademais, o autor argentino, que as agências judiciais, além de justificarem o discurso racionalizador, nem mesmo respeitam as limitações que este impõe. Assim, aderem à pressão dos meios de comunicação de massa, bem como das agências políticas e agências não judiciais, que, quando notam um minguar de seu poder, lançam-se em campanha “lei e ordem”. Nas palavras de Zaffaroni:

“A burocracia judicial costuma responder aderindo à campanha, impondo penas “exemplares”, usando expressões moralizadoras nas sentenças que publica e inclusive procurando notoriedade pública com declarações autoritárias que, frequentemente, em razão do baixo nível técnico e informativo de seus agentes, contradizem as mais elementares regras do discurso jurídico convencional.” (ZAFFARONI, 2001, p. 127)

Passando à análise da pena, tendo em mente, repisa-se, que a tortura, os maus-tratos, as ameaças e outros tantos modos de condicionar e criminalizar a população, presente de maneira marcante na vida das pessoas, já são por si só penalizações infligidas, sendo contudo, o mais marcante símbolo do Direito Penal, a prisão.

Neste aspecto, o autor muito bem demonstra a falácia da finalidade ressocializadora que pretensamente seria característica da pena de prisão, agindo muito mais no reforço do caráter de criminoso com o qual se estigmatiza o aprisionado. O celebrado autor argentino, com admirável clareza, revela este mecanismo, de modo que necessário se faz transcrever, sem cortes, estes parágrafos:

“A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: *gera uma patologia cuja principal característica é a regressão*, o que não é difícil de explicar. O preso ou o prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo que o adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e com limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc.). Por outro lado, o preso é ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e

assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades. O efeito da prisão, que se denomina prisionalização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa “cultura de cadeia” distinta da vida do adulto em liberdade. Esta “imersão cultural” não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer aproxima-se do postulado da “ideologia do tratamento”; suas formas de realização são totalmente opostas a este discurso, cujo caráter escamoteador é percebido até pelos menos avisados. A mera circunstância de que 70% dos presos da região não estejam condenados mostra a evidente confissão da falsidade do discurso ressocializante. A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar: “invade” o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do sistema – e que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade deteriorante realizada por todas as agências, incluindo a judicial. Trata-se de uma verdadeira “lavagem cerebral”, da qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante.” (ZAFFARONI, 2001, p. 135)

Finaliza-se este capítulo, nesta toada, tendo a dimensão do atual estado de deslegitimação no qual se encontra o Direito Penal, cientes da complexidade que envolve o problema, dos aspectos paradoxais da aplicação deste ramo jurídico, bem como, do reforço do entendimento do Direito Penal como instrumento de poder político destinado ao Controle Social. Assim, passa-se ao próximo capítulo, no qual se pretenderá, antes da conclusão, estabelecer os marcos teóricos e práticos necessários a uma atuação racionalizadora deslegitimante com o fito de se reduzir a violência, seletividade e perversidade da tutela punitiva.

CAPÍTULO III- O DISCURSO LEGITIMADOR MINIMALISTA

3.1 Maximalismo x Minimalismo

Conforme já delineado no capítulo anterior, o Direito Penal na contemporaneidade tem sofrido diversas maximizações de seu alcance e relativizações de garantias tradicionais, como resposta estatal à situação de insegurança percebida pela sociedade, seja esta percepção verdadeira, ligada ao real aumento da criminalidade e violência, bem como uma percepção falsa, criada pelo esforço midiático de atemorização.

Neste sentido, importante delinear que, inobstante o discurso jurídico-penal atual pretender ser garantista, o que se revela na prática, seja das agências executivas do Direito Penal, seja na esfera judiciária, ou ainda, na legiferância penalista, é a utilização do Direito Penal como símbolo de resposta à criminalidade.

Neste passo, importante inserir a teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs (2008), salientando ser esta a mais destacada tese do Maximalismo Penal, na qual o autor debruça seu esforço em criar uma teoria capaz de endossar pelo parâmetro normativo, uma situação que, conforme salienta, se opera na realidade.

Conforme as autorizadas lições de Rogério Greco:

“Ainda na “família” do Direito Penal Máximo, como um de seus membros mais agressivos, podemos destacar o chamado *Direito Penal do Inimigo*, desenvolvido pelo professor alemão Gunther Jakobs, na segunda metade da década de 1990. Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com os princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. O raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs, já existe em nossas legislações, gostemos ou não disso, a exemplo do que ocorre no Brasil com a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995)”(GRECO, 2009, p. 18)

Ainda no brilhantismo de Rogério Greco, o que se tem é que o Direito Penal do Inimigo caracteriza-se como a *terceira velocidade do Direito Penal*. Vejamos sua explicação sobre este aspecto:

“A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais. Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei nº 9099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação de liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal. [...] Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma *terceira velocidade*. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).” (GRECO, 2009, p. 20)

Assim, caracterizando-se como terceira velocidade do Direito Penal, o que se opera é um afastamento de garantias, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade.

Para Jakobs (2008), aquele que delinque não somente de maneira eventual, mas passa a desconsiderar o ordenamento jurídico, lançando-se em guerra contra o Estado, caracteriza-se como o inimigo, perdendo inclusive o *status* de pessoa. Em suas palavras:

“Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.” (JAKOBS, 2008, p. 20)

O que se questiona, então, é quem poderia ser considerado o “Inimigo do Estado” nos tempos atuais, conforme preleciona Jakobs, mereceria um tratamento diferenciado. O autor alemão identifica este “inimigo” principalmente com os terroristas, de modo que, Rogério Greco, na já citada obra, faz um paralelo à realidade brasileira. Vejamos:

“Em muitas passagens de sua obra, Jakobs aponta como exemplo as atividades terroristas. Tentando adaptar esse raciocínio à realidade brasileira,

poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, e que, basicamente, criam um estado paralelo, com suas regras, hierarquias, etc.?” (GRECO, 2009, p. 20)

O que se tem é que o Direito Penal do Inimigo se caracteriza como preponderantemente voltado a um Direito Penal do autor, no qual o modo de vida e as características pessoais são mais relevantes do que o fato típico praticado. Esta visão traz consigo um grave perigo, que não deve ser entendido como somente uma legitimação / normatização do que já se opera na realidade, mas sim, uma brecha às maiores desumanidades possíveis. Neste passo, importante citarmos a relação que Rogério Greco nos demonstra entre o Direito Penal do Inimigo e o regime nacional-socialista da Alemanha, o nazismo. Embasado em Manuel Cancio Meliá e em Francisco Muñoz Conde, assevera o jurista brasileiro:

“O que foi destacado pelo professor de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri, Manuel Cancio Meliá, como uma das propostas de Jakobs, é a de, justamente, antecipar a punição do agente pela sua *condução de vida*, voltando-se a um antigo conceito preconizado por Edmund Mezger, cujo passado nazista foi recentemente colocado a descoberto por Francisco Muñoz Conde, como teremos oportunidade de observar mais adiante, valendo-se de um autêntico e combatido direito penal do autor, ao invés de um direito penal do fato. [...] Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos *estranhos à comunidade*, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muñoz Conde, em sua obra intitulada *Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo*. [...] Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de “tratamento”, que podia, segundo a sua estúpida visão, curá-las, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos *campos de concentração*, ou, quando fossem reconhecidamente entendidas como incuráveis, condenadas à morte, ou ainda, em algumas situações, utilizadas como *carne de canhão*, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no *front* de batalha. Enfim, medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs pretende fazer com o seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão.” (GRECO, 2009, p. 21)

Destarte, o que se conclui é que um discurso jurídico penal do qual se aduz que a sociedade é formada por cidadãos e por inimigos, sendo estes tratados como em guerra, não só é inútil à redução da criminalidade, bem como se consubstancia em verdadeiro retrocesso,

que nos remete ao período talvez mais sombrio de nossa história, identificado no regime nazista.

Desse modo, mesmo que muito sinteticamente, demonstrado está que o Direito Penal do Inimigo se revela como verdadeiro risco a um incalculável retrocesso. Elucida-se não ser o objetivo deste trabalho se aprofundar nos fundamentos que orientam a teoria de Günther Jakobs, mas, tão somente destacá-la como uma das principais teorias que pretendem alicerçar a maximização do Direito Penal e demonstrar sua não legitimidade, e por consequência, a não legitimidade e coerência dos discursos pela maximização penal.

Salienta-se ainda que, tal conjectura (o Direito Penal do Inimigo) é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, cabendo somente em um estado de exceção, ou, em um Estado absoluto. Sendo que, o que nosso sistema constitucional busca e, portanto, deve ser perseguido, é a prevalência das garantias penais, único modelo filosófico / teórico capaz de direcionar as políticas criminais à redução da violência.

Assim, finalizando este tópico, o que se salienta é que a maximização do Direito Penal não só é infrutífera quanto a resultados relacionados à redução da criminalidade, como também se caracteriza como instrumento de poder de opressão e controle de estratos sociais, permitindo a manutenção de uma sociedade exploradora e desigual, conforme já se afirmou.

E, ainda, conforme sucintamente explicado linhas acima, o embasamento teórico (Direito Penal do Inimigo) sustentador de tal tendência (a da maximização), traz consigo um enorme risco de retrocedermos aos tempos nos quais *inimigos* eram eleitos e perseguidos, sendo que, conforme visto, tal alicerce teórico em muito se assemelha com aquele que sustentou o regime nazista e as perversas atrocidades neste cometidas.

Tendo em mente esses fatores desabonadores da maximização do Direito Penal, e a necessidade de uma aplicação mínima e garantista deste ramo jurídico, passamos ao próximo tópico, no qual o esforço será em revelar a crucial importância da teoria jusfilosófica do garantismo, brilhantemente estruturada na obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli (2002).

3.2 - A importância do garantismo para a salvaguarda de Direitos Fundamentais

Estando firmada a ilegitimidade do Direito Penal como instrumento de defesa social, seja no aspecto prático ou teórico e, ademais, estando derrubada a possibilidade de, atualmente, adotarmos um Direito Penal Máximo embasado na teoria que mais representa esta

ideia, qual seja, a do Direito Penal do Inimigo, resta-nos analisar os fundamentos que norteiam a aplicação de um Direito Penal Mínimo, protetor de garantias e dos Direitos Fundamentais.

Conforme explana o autor italiano, Luigi Ferrajoli, podem ser explicados três significados para o Garantismo. Sendo o primeiro um *modelo normativo de direito*, o segundo uma *teoria do direito*, e o terceiro, uma *filosofia política*. Vejamos, nas palavras do destacado filósofo, resumidamente, cada um destes significados:

“Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente” (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Assim, o primeiro significado diz respeito a um modelo normativo de direito, que sob o aspecto político vise minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vinculação à função punitiva às garantias dos direitos do cidadão.

Eis, nas palavras de Ferrajoli, resumidamente, o segundo significado:

“Em um segundo significado, “garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas”. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), 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.” (FERRAJOLI, 2002, p.684)

Nessa seara, conforme o segundo significado, o garantismo reafirma a separação entre o “ser” e o “dever-ser” no direito, colocando a divergência existente entre os modelos normativos e as práticas operacionais como questão teórica central, vista como antinomia. Assim, tal antinomia subsiste devido à coexistência da validade dos modelos normativos

(garantistas) e sua falta de efetividade, e a efetividade das práticas operacionais, porque reais, contudo inválidas.

Assim, quanto ao último significado, nas palavras de Ferrajoli é:

“Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus de 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 de legitimação e da perda de legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo” (FERRAJOLI, 2002, p. 685)

Aduz-se que, conforme as explicações do autor sobre este terceiro significado, o garantismo requer, do direito e do Estado, que justifique sua atuação nos bens e interesses que a tutela e a garantia buscam. Assim, valoriza o ponto de vista externo, ligado ao aspecto democrático dos poderes do Estado, no sentido de buscar corresponder às necessidades e interesses cuja satisfação é a razão de ser das instituições jurídicas e políticas.

Levando-se em consideração apenas a análise destes três significados, já é possível perceber a importância deste sistema (garantista) à tutela dos direitos fundamentais: por ser modelo normativo que visa vincular o Estado a uma postura que minimize a violência e valorize a liberdade; por reconhecer a diferença entre o “dever-ser” e o “ser”, não pretendendo, assim como faz o Direito Penal do Inimigo, criar um arcabouço jurídico tão violento quanto a realidade prática, mas sim, perceber a antinomia, criticá-la e atuar para que se equilibre; e por fim, por valorizar a percepção democrática que as pessoas, o “externo”, possuem do Direito e do Estado, vinculando a atividade destas instituições políticas às necessidades e percepções daqueles aos quais se dirigem.

Avançando na importância do Garantismo na tutela dos Direitos Fundamentais deve-se explicar que, conforme Luigi Ferrajoli (2002), o critério utilitarista tradicional, com base *beccariana*, de “máxima felicidade dividida pelo maior número de pessoas”, com o qual se confere à pena a única finalidade de prevenir os delitos, não obsta a adoção de meios penais maximamente fortes e muito severos. Assim, o autor explica que a este deve ser somado um segundo parâmetro, que, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes, busque o mínimo mal-estar possível aos desviantes.

Este segundo parâmetro não se refere à prevenção de delitos, mas sim, à prevenção do mal antitético ao delito, qual seja, a reação a este. Deste modo, o que se tem, é que o Direito Penal, como instrumento que busque a menor violência possível, tem como utilidade, além da prevenção do delito, a prevenção da reação violenta ao delito. Assim, a penalidade deve ser o “mínimo” mal-estar necessário e obrigatoriamente menor que as possíveis reações informais.

Sobre isso, assevera Ferrajoli:

“Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendido “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 com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais.” (FERRAJOLI, 2002, p. 268)

Prosseguindo, o autor demonstra como consequência da dupla finalidade preventiva acima explicada que, o objetivo geral do Direito Penal é a minimização da violência na sociedade. Sendo que, nesta primeira finalidade, tanto o delito quanto a reação constituem-se violências a serem minimizadas e prevenidas. Assim, introduz de maneira clara o aspecto protetor de direitos fundamentais, de um lado, buscando prevenir a lesão aos direitos fundamentais de todos frente aos possíveis delitos, sob a ameaça da pena, e de outro, buscando proteger os direitos fundamentais do delincente (ou do inocente suspeito) contra a vingança e as reações desmesuradas.

Nas brilhantes lições do jurista italiano:

“Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.” (FERRAJOLI, 2002, p. 270)

Já demonstrada a total importância do Garantismo na tutela dos Direitos Fundamentais, por todos os aspectos e argumentos trazidos por esta teoria e demonstrados linhas acima, importantíssimo situar os dez axiomas que formam o “sistema garantista”. Conforme explicita

Ferrajoli (2002) são proposições prescritivas ou de dever-ser, tendencialmente, e não perfeitamente, satisfatíveis. Assim, caracterizam-se como a diretriz de uma Justiça que se pretenda garantidora dos Direitos Fundamentais dos cidadãos e como uma opção ética e política pela máxima redução da violência e da arbitrariedade penal.

Vejam os axiomas conforme expostos na citada obra, em latim, e sua descrição, nas palavras de 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 iudicio*
 A8 *Nullum iudicium 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 exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionabilidade*, 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.” (FERRAJOLI, 2002, p. 74 / 75)

Tais axiomas assim dispostos, nessa ordem, por serem encadeados entre si, de modo que cada um dos termos colocados, implique na geração do posterior, definem “o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (FERRAJOLI, 2002, p.75).

Importante ainda situar o duplice aspecto garantista da teoria de Ferrajoli, que abrange não só o Direito Penal, como também o Direito Processual Penal, e sua necessária relação.

Nesta seara, Wunderlich e Oliveira (2008), apontam a legalidade como principal garantia penal e a jurisdicionalidade como principal garantia processual, constituindo pressuposto de todas as demais, relacionando-se necessariamente.

Em sua clara explicação:

“Desta forma, a legalidade e a estrita jurisdicionalidade [...], são as atuais senhas identificadoras do sistema penal garantista.[...] Complementando, refere que tal relação se dá em três planos: lógico (jurisdicionalidade e legalidade pressupondo-se reciprocamente para garantir o caráter cognoscitivo do sistema penal: enquanto aplicação ou afirmação da lei); teórico (a jurisdicionalidade estrita exige, como condições da prova, as garantias da materialidade, lesividade e culpabilidade, enquanto a jurisdicionalidade em sentido amplo está ímplicita nelas); e teleológico (haja vista que jurisdicionalidade e legalidade são complementares quanto à função utilitária da prevenção geral, própria do Direito Penal). Especificamente, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção de lesões previstas como delitos, o princípio da jurisdicionalidade previne as vinganças e as penas privadas, investido que está no poder de decidir sobre as razões de partes contrapostas.” (WUNDERLICH; OLIVEIRA, 2008, p. 194)

Ainda na esteira de Wunderlich e Oliveira (2008), há uma verdadeira relação de reciprocidade (biunívoca) entre as duas órbitas de garantias (processuais e penais), de modo que valem não somente isoladamente, mas também, como garantia recíproca de sua efetividade. Com isso, a teoria garantista constitui-se num sistema filosófico capaz de concretizar a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais, criando verdadeiro arcabouço, estrutural e funcional, racionalizador do poder punitivo.

3.3 O Direito Penal e a postura minimalista

Um Direito Penal Mínimo, sob a luz dos ensinamentos de Rogério Greco (2009), pode ser caracterizado como aquele que tem como finalidade a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, de modo que por sua importância, não poderiam ser protegidos por outros ramos jurídicos.

Assim sendo, introduz-se como verdadeiro corolário de um Direito Penal Garantista o princípio da intervenção mínima. Neste sentido, importante explicar os dois enfoques sob os quais este princípio deve ser analisado. Vejamos as lições do citado jurista pátrio:

“O princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber:

- a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas.
- b) evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado.” (GRECO, 2009, p.62)

Ainda sob a luz dos ensinamentos de Rogério Greco (2009), explica-se que, sob o primeiro enfoque, a finalidade do princípio da intervenção mínima confunde-se com a própria finalidade do Direito Penal, no sentido de que, o que se deve buscar é a proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio social, de modo que assim, somente estes bens mereçam a atenção do legislador penal. Já a segunda vertente, revela o caráter subsidiário do Direito Penal, evidenciando que, sempre quando possível, outros ramos do Direito devem fazer a proteção dos bens jurídicos. Portanto, para que se possa incriminar determinada conduta, por seu caráter lesivo a determinado bem jurídico, deve-se, primeira e obrigatoriamente, observar se outros ramos do ordenamento jurídico seriam suficientemente eficazes na proteção daquele bem.

Explicadas, sucintamente, a crucialidade do princípio da intervenção mínima e a identificação de suas finalidades com as do próprio Direito Penal, cumpre evidenciarmos, entre tantos outros, mais um princípio relevante para a concretização de um Direito Penal Mínimo, qual seja, o Princípio da Lesividade.

Tendo em mente ainda os ensinamentos de Rogério Greco (2009), deve-se perceber que, a intervenção mínima caracteriza um "primeiro estágio" a ser vencido pelo legislador quando do questionamento da plausibilidade da criação do tipo incriminador. Neste sentido, para que possa fazê-lo, o legislador deve ter em mente a necessária proteção pelo Direito Penal de um bem jurídico relevante. O princípio da lesividade se encontra em um "segundo estágio" no qual a questão se dirige à possibilidade daquela conduta de fato ofender um bem jurídico alheio, individual ou coletivo.

Assim, o respeito ao princípio da lesividade corresponde ao respeito ao quarto axioma proposto por Luigi Ferrajoli (2002), qual seja, o "*nulla necessitas sine injuria*", sendo clara a conclusão que se extrai da simples interpretação deste axioma de que, não se preenche a necessidade da tutela penal não havendo "injúria", ou ofensa, a bem jurídico.

Neste sentido, Rogério Greco (2009) explica a necessidade de que o comportamento extrapole o âmbito do próprio agente, vindo a atingir bens de terceiros. Esta consideração, muito além de mera técnica legislativa penal, separa a ciência punitiva de sua vinculação à moral e a outros elementos subjetivos, fazendo com que para que haja delito deva haver uma ofensa real a bem jurídico alheio, sendo um dos principais elementos que nos distanciam de períodos cujas penalidades eram aplicadas ao sabor da moral e da fé dos que detinham este poder, como no período da inquisição.

Importante situarmos que, ainda no brilhantismo de Rogério Greco (2009), podemos concluir que há diversos exemplos de leis penais no Brasil que não respeitam este limite (o da lesividade). O art. 28 da lei 11343/2006, qual seja, aquele que incrimina a posse e uso de drogas, se caracteriza como gritante exemplo de desrespeito ao limite da lesividade, já que, com a conduta incriminada (diversos verbos típicos todos com o fim de consumo próprio), não se protege nenhum bem jurídico alheio, invadindo o "direito" à autodeterminação e mesmo à autolesão. Inobstante possa se caracterizar como uma ofensa ao bem jurídico encerrado no valor da "saúde" ou mesmo da "vida", o fato da conduta só atingir o próprio agente vai contra o fundamento da lesividade, bem como da intervenção mínima, e até mesmo, à pretensão de garantismo com a qual se legitima o Direito Penal. Neste sentido, Rogério Greco, citando Nilo Batista:

"Sob o argumento de que a conduta praticada pelo usuário de drogas não excede o âmbito do próprio autor, Nilo Batista assevera:
O mesmo fundamento veda a punibilidade de autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. No Brasil, (...) incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais." (GRECO, 2009, p. 80)

Feitas tais considerações acerca dos princípios da intervenção mínima e da lesividade, verdadeiros alicerces necessários à tutela penal, somadas a todas as considerações até aqui já feitas, de se concluir que, embora o Direito Penal hodierno não tenha legitimidade, a única possibilidade de mantê-lo para reduzir a violência e proteger os Direitos Fundamentais é aplicando uma política penal Garantista por excelência.

Destarte, a necessária aplicação de um Direito Penal Mínimo / Garantista passa pelo enfrentamento das complexas questões sociais que têm levado nossa sociedade à atual situação de violência.

Atualmente, é extremamente necessário enfrentar o problema relativo à mentalidade inculcada no consciente das pessoas de que o maximalismo penal seria a resposta adequada para uma sociedade violenta. Esta tarefa, sem dúvida alguma, se inicia, nas cadeiras universitárias. Mais além, o enfrentamento da questão da propaganda midiática atemorizadora, conforme já abordado, é verdadeira propulsora da maximização penal.

Nas lições de Zaffaroni:

"As táticas para alcançarmos estes objetivos são relativamente simples, desde que as agências políticas não percam o rumo. Em primeiro lugar, é necessário introduzir um *discurso diferente e não violento* nas fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal, ou seja, nas universidades e centros de terceiro grau. Por outro lado, *é fundamental a neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a introdução de mensagens diferentes nos meios de comunicação de massa.*" (ZAFFARONI, 2001, p. 175).

Ademais, verificou-se que o Direito Penal, desde os remotos tempos do suplício, e ainda hoje, caracteriza-se como um dos mais eficazes instrumentos de poder à disposição do Estado, de modo a efetivar a opressão e o silenciamento das classes desfavorecidas.

Nesta toada, relembra-se os aspectos da criminalização primária e secundária aqui já abordados, e a consequente seletividade perversa do Direito Penal, seja na escolha de condutas incriminadas pelo legislativo, dirigidas aos estratos inferiores (criminalização primária) seja na escolha de quem deverá responder por ações criminosas (criminalização secundária).

Neste sentido as palavras do professor Greco:

"O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente deve importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade" (GRECO, 2009, p. 139)

Assim, para além da introdução de um discurso de redução de violência, seja nas universidades seja na mídia, o objetivo de redução desta e da criminalidade, que se verificam em aumento, passa pela concretização dos Direitos Sociais previstos em nossa Carta Magna. Ainda no brilhantismo de Rogério Greco (2009), evidencia-se que a criminalidade violenta e aparente, aumentada pela propaganda midiática e insuflada nos discursos de "Lei e Ordem", é a praticada pelas camadas sociais mais baixas. Ele ainda aduz que, a natureza desta criminalidade está diretamente ligada à incapacidade do Estado em diminuir o abismo social existente entre as classes sociais, surgindo um inevitável espírito de revolta que a todo custo tenta diminuir as desigualdades.

Por fim, nas brilhantes lições de Ferrajoli (2002), uma democracia substancial seria aquela na qual o Estado de Direito é dotado de efetivas garantias, sejam elas liberais ou sociais.

Neste sentido, esta realização democrática consistiria num Estado que expanda os direitos do cidadão, maximizando liberdades e expectativas, e minimizando poderes. Assim, representa-se tal possibilidade como um Estado que seja, nas suas palavras:

"[...]mínimo na esfera penal, graças à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las." (FERRAJOLI, 2002, p. 695)

CONCLUSÃO

Primeiramente, importante salientar que seria por demais pretensioso aspirar oferecer uma resposta verdadeiramente conclusiva quanto à deslegitimação do Direito Penal. Dessa sorte, conforme exposto no primeiro parágrafo da introdução deste trabalho, renomados juristas já dedicaram e ainda dedicam grandes esforços a esta tarefa, continuando em aberto a questão. Tal abertura deve permanecer, pois que, lidar com as relações entre poder, segurança, liberdade e sociabilidade humana, não é, de modo algum, um estudo que possa se pretender concretizador de uma resposta com estabilidade plena, devido ao próprio caráter de mutabilidade inerente à sociedade.

Contudo, o caminho que se percorreu no presente trabalho foi deveras proveitoso à superação de certos discursos enganosos, bem como, à certeza da validade de certas diretrizes.

Foi trazido à baila, inicialmente se embasando nas preciosas lições de Michel Foucault (2007), a já antiga e evidente identificação do Direito Penal como instrumento de poder, distante de qualquer neutralidade. Assim, concluiu-se que analisar o Direito Penal deve ser um exercício sempre atento às íntimas ligações deste com a perpetuação do poder político, econômico e social de seus exercentes.

Somando-se a isso, os valiosos ensinamentos de Raul Eugenio Zaffaroni (2001) quanto ao atual estágio de deslegitimação do Direito Penal, principalmente em nossa região marginal, deixa claro que a tutela punitiva se vê completamente deslegitimada, seja na teoria, seja na prática.

Assim, ainda na esteira de Zaffaroni (2001), verifica-se que, de um lado, a situação em nossa periferia, para além de uma crise, tornou “insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade.” (ZAFFARONI, 2001, p. 19).

Vários argumentos teóricos e práticos foram trazidos para elucidar essa situação, cumprindo citar, as lições de Alessandro Baratta (2002) das importantes contribuições da criminologia ao Direito Penal sob o avanço do paradigma do *labeling approach*, evidenciando a necessidade do enfoque sobre a criminalização, prioritariamente ao ato criminoso.

Ademais, é necessário enfrentar a problemática envolvendo a relação da mídia com o discurso maximalista penal, o que, nas lições de Nilo Batista (2003), está atualmente em

evidente relação com a propriedade dos conglomerados midiáticos por grandes grupos econômicos. Essa relação consolida-se como “uma espécie de privatização parcial do poder punitivo, deslanchado com muito maior temibilidade por uma manchete que por uma portaria instauradora de inquérito policial.” (BATISTA, 2003, p. 19).

Neste sentido, enfrentar a propaganda maximalista penal da mídia é enfrentar a perigosa visão de Direito Penal Simbólico, claramente ligadas. Assim, o funcionalismo penal e o Direito Penal Simbólico, inúteis na redução da criminalidade, servem para nada além do que “produzir na opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento.” (FRANCO, 1997, p.2).

Destarte, evidencia-se que, além de inútil, não há possibilidade real de se adaptar um Direito Penal Máximo à atual conjuntura da sociedade, qual seja, a de um Estado Democrático de Direito. Sendo certo que, tal pretensão maximalista ataca frontalmente uma diversidade de direitos fundamentais, de modo que, a teoria de Günther Jakobs (2008), que preleciona uma separação entre *cidadãos* e *inimigos*, se mostrou suficientemente derrubada, conforme Rogério Greco (2009), dentre outros motivos, por encerrar verdadeiro risco de retrocesso às desumanidades típicas dos regimes de exceção.

Isto posto, não resta dúvidas de que a vinculação do Direito Penal ao garantismo, conforme proposto por Luigi Ferrajoli (2002), é a única forma de dar à tutela punitiva seu real sentido de proteção de Direitos Fundamentais bem como de mecanismo redutor da violência na sociedade.

Por fim, importantíssimo salientar, que é ponto comum de toda a literatura abordada, a percepção da clara ligação entre Direito Penal e controle dos estratos sociais desfavorecidos, sendo certo que objetivar a redução da violência e da criminalidade, é, obrigatoriamente, objetivar a concretização, ainda nas lições de Luigi Ferrajoli (2002), de uma democracia substancial apta a maximizar liberdades e direitos e a reduzir poderes.

Não resta dúvida de que o tema ora proposto é salutar, pertinente ao momento de crise que assola o País, mas que, de outro lado, está a grande dificuldade de enfrentar a temática da criminalidade, da segurança e até mesmo do próprio Direito Penal. Dessa sorte, temos uma verdadeira frustração diante do atual quadro de mentalidade punitiva inculcado na maioria das pessoas, que reagem até mesmo com ironia e sarcasmo face às tragédias apresentadas cotidianamente a todos nós. Além disso, a magnitude da desigualdade social, verdadeiro

abismo, e seu grau de enraizamento, claramente relacionados à atual situação crítica do Direito Penal, tendem a levar ao desânimo no enfrentamento da questão.

Contudo, essa não pode ser nossa reação. Se propor a entender a complexidade dos problemas que assolam a aplicação do Direito Penal e sua ligação com as mazelas sociais é alternativa unívoca para a evolução de nossa sociedade. Enfim, aspirar convictamente, de forma firme e incansável, a busca por alternativas que reduzam a violência social e institucional que atingem nossos tempos é verdadeiro imperativo de humanidade, do qual não se pode pretender escusar-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e finalidade da pena**. Boletim do IBCCRIM, n. 171, fev. 2007. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3369-Direito-penal-simbolico-e-finalidade-da-pena. Acesso em: 04 de jul. 2016.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso em 22 de jun. de 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. 288 p. Tradução de Raquel Ramalhete
- FRANCO, Alberto Silva. **Novas tendências do direito penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.5, n.56 esp., p. 2, jul. 1997.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: pela (Re) Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. In: BITTENCOURT, Cezar Roberto (Org.). **Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 189-198.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição.