

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RAFAEL LIMA TORRES

**POLÍTICA CRIMINAL COMO LIMITE À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DE
PERIGO ABSTRATO**

DOCTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RAFAEL LIMA TORRES

**POLÍTICA CRIMINAL COMO LIMITE À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DE
PERIGO ABRTRATO**

**Tese apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito,
área de concentração Efetividade do
Direito, sob orientação do Prof. Dr. Ionas
Deda Gonçalves**

SÃO PAULO

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RAFAEL LIMA TORRES

**POLÍTICA CRIMINAL COMO LIMITE À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DE
PERIGO ABRTRATO**

BANCA EXAMINADORA

Dr. Ionas Deda Gonçalves - Orientador

Dr. Pedro Henrique Demercian - Banca

Dr. Eduardo Dias de Souza Ferreira – Banca

Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Banca

Dr. André Peixoto de Souza - Banca

Dedico este trabalho aos meus pais, Renato Müller Lima Torres e Maria Aparecida Gomes Lima Torres, pelo amor incondicional e apoio nos momentos difíceis desta trajetória; dedico, também, às minhas filhas, Maria Eduarda Bley Lima Torres e Rafaela de Lima Torres, as quais amo do fundo de meu coração.

Agradecimentos

Alguns agradecimentos são imprescindíveis.

Primeiro, agradeço a Deus, que me concedeu esta oportunidade e abençoou minha jornada.

Agradeço à toda a minha família, pela compreensão, paciência e apoio constante em todos os momentos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Ionas Deda Gonçalves, pelas valiosas orientações e paciência na análise dos textos.

Aos, por fim, meus amigos de escritório, Cassiana Cavazzani, Murilo Henrique Pereira Jorge e Luís Roberto de Oliveira Zagonel, que sempre se preocuparam em me auxiliar, tanto nas conversas relacionadas ao tema, quanto no trabalho para que eu pudesse desenvolver a pesquisa.

Resumo

A presente pesquisa busca situar o papel da política criminal dentro do sistema penal, desde a produção legislativa até a aplicação da pena, passando por todo o processo judicial de interpretação e concretização do direito. Relação entre política criminal criminologia e suas principais escolas, bem como de que maneira o controle social é realizado para a contenção político-criminal da população são destacados. O estudo também analisa alguns modelos de política criminal que não levam em conta direitos humanos, e os riscos deste tipo de medida repressiva e inconstitucional no que se refere a agressão à dignidade humana e à expansão do direito penal. Ainda, teve por escopo verificar a relação entre política criminal humanista, aplicação dogmática e conceitos de bem jurídico, estudar a importância desses elementos para o Direito Penal e definir critérios para análise de tipos penais de perigo abstrato por parte o magistrado.

Palavras-chave: política criminal; controle social; sociedade de risco; bem jurídico; crimes de perigo abstrato; expansão do direito penal.

Abstract

The present research in search of the situation of the role of the criminal policy within the penal system, from the legislative production to the application of the penalty, going through the entire process of judicial interpretation and concretization of the law. The relationship between criminal policy, criminology and its main schools, as well as the way in which social control is carried out for a political-criminal containment of the population are highlighted. The study also analyzes some criminal policy models that do not take human rights into account, and the risks of this type of repressive and unconstitutional measure with regard to aggression against human dignity. Still, it aimed to verify the relationship between humanist criminal policy, dogmatic application and concepts of legal good, to study the importance of these elements for Criminal Law and to define criteria for the analysis of types of penalties provided and crimes of abstract danger by the magistrate.

Keywords: criminal policy; social control; risk society; legal asset; abstract danger crimes; expansion of criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS E FINALIDADES DA POLÍTICA CRIMINAL.16	
1.1. Criminologia como Fonte de Política Criminal.....	16
1.2. Fins da Política Criminal e Direitos Humanos.....	37
1.3. Controle social e a Política Criminal.....	58
CAPÍTULO 2 - IDENTIFICAÇÃO DOS TRAÇOS DE MUDANÇA DO MODELO PENAL RESSOCIALIZADOR PARA UM MODELO PENAL REPRESSIVO DE SEGURANÇA.....	83
2.1. Processo de Racionalização das Práticas Punitivas para Gestão e Controle de Indivíduos (utilitarismo e lógica atuarial).....	83
2.2. O Moderno Estado de Exceção e Direitos Humanos.....	105
2.3. Necropolítica e Política Criminal Repressiva.....	128
CAPÍTULO 3 – POLITICA CRIMINAL E SISTEMA PENAL.....	147
3.1. Princípio da Legalidade (<i>nullum-crimen</i>) e Direitos Humanos.....	147
3.2 Relação da Dogmática Penal com a Política Criminal.....	159
3.3. Conceito dogmático e conceito político criminal de bem jurídico.....	177
CAPÍTULO 4 – POLÍTICA CRIMINAL E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ENVOLVENDO TIPOS PENAIIS DE CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	198
4.1. A lógica da expansão em crimes econômicos – criminalização do inadimplente tributário de ICMS.....	198
4.2. Limites dogmáticos e político criminais aos crimes de perigo abstrato.....	213
4.2.1. Administrativização do Direito Penal (gestão de riscos e delitos cumulativos)....	217
4.2.2. Delitos de Posse.....	220
4.2.3. Atos Preparatórios.....	225
CONCLUSÃO.....	233
REFERÊNCIAS.....	237

LISTA DE SIGLAS

BtMG – Lei de Drogas alemã

CF – Constituição Federal

ed., eds. - edição, edições; editora, editoras

GG – Constituição alemã

n., nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

p. - Página

reimp. - Reimpressão

rev. – Revisão, revista

RStGB – Código Penal do *Reich*

s., ss. – Seguinte, seguintes

SS – tropa de proteção pessoal do líder nazista Adolf Hitler

STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça brasileiro

StGB – Código Penal alemão

vol., vols. – Volume, volumes

INTRODUÇÃO

A finalidade do sistema criminal há muito tempo é fonte de debate, não tendo a doutrina, até o presente momento, encontrado consenso em relação a isso. A criminalização, muitas vezes ocasionada pela interpretação da Lei penal e formas de aplicação divergentes e incongruentes, bem como a contraposição entre finalidade teórica e resultado empírico da aplicação da pena, trazem a tona toda a falta de entendimento entre os administradores, juristas e práticos que se debruçam sobre o estudo da Justiça Criminal.

Em um momento de crise com relação a ausência de consenso doutrinário, no que se refere às finalidades do sistema criminal, fortes e impactantes notícias acerca do desrespeito aos Direitos Humanos, tanto na persecução penal quanto no sistema prisional, passam a fazer parte do cotidiano da sociedade contemporânea. A massificação de notícias sobre a criminalidade, bem como as chamadas *fake news* tomam cada vez mais espaço entre o consenso geral da população, castigada pela corrupção e violência urbana. Neste contexto, até mesmo o que se tinha por mais básico nos fundamentos do Direito Penal com relação a finalidades e objetivos passa a ser reavaliado.

As reflexões em torno do Direito Penal, ou seja, sua função e sua legitimidade, se caracterizam por suas bases consolidadas em um sistema clássico baseado em princípios tradicionais que sofrem, inevitavelmente, com o problema da obsolescência pela passagem do tempo.

Temas como a lesão a bem jurídico tutelado pela norma penal, função de garantia conexa ao processo penal e a reeducação e ressocialização do apenado não representam, certamente, nenhuma novidade ao debate jurídico atual e concentram um pensamento criminal de certa forma estanque sob o aspecto da metodologia aplicativa. As formas de punição previstas ainda são praticamente as mesmas, e ao contrário de outras ciências do conhecimento que evoluem de maneira bastante célere, as Ciências Criminais continuam aplicando penas que estigmatizam o acusado sob o baluarte constitucional da ressocialização, praticamente inexistente na realidade prisional brasileira.

Sob este aspecto, o reduzido prestígio da efetividade do Direito Penal em seguir seus fins desenhados pela doutrina clássica, em muito pode ser creditado à desordenada legislação penal das últimas décadas, não tendo o legislador a preocupação efetiva com a racionalidade da Lei ou sua congruência com os demais preceitos normativos já existentes.

As leis criadas hoje não são pensadas sob o ponto de vista de sua constitucionalidade¹, tampouco acerca de sua violação aos direitos humanos². Novos regramentos são formulados à partir de um viés utilitarista, por vezes por pessoas políticas que não possuem qualquer formação jurídica ou sociológica, ou idealizadas com foco meramente em aspectos de eficiência, muitas vezes dissociadas de parâmetros sociais.

À partir da produção legislativa, que solapa uma série de direitos fundamentais³, escritores jurídicos escrevem manuais sobre esta lei, sem analisar a constitucionalidade ou sua viabilidade humanista ou democrática. À partir disso, naturaliza-se este novo regramento, pois as discussões na seara jurídica, em sua imensa maioria, são de pontos específicos da norma, e não de seu impacto e de sua viabilidade constitucional sobre os direitos dos cidadãos.

Isso é reflexo de um populismo penal, ocasionado pela pressão popular e midiática que demanda cada vez mais pelo alargamento do Direito Penal, levando a uma busca generalizada por punição. O comportamento exigido pela pressão popular neste sentido é fruto da sociedade de risco que se instalou nas nações globalizadas, generalizando ansiedades e conflitos impostos pela modernidade líquida.

(Re)afirmar limites para o Direito Penal, seja em sua criação legislativa, seja em sua interpretação e posterior aplicação, é fundamental para que não se desvirtuem seus propósitos essenciais, quais sejam, a proteção de bens jurídicos essenciais e a limitação do *jus puniendi* estatal.

¹ Conforme levantamento feito pelo Anuário da Justiça, em 2018, oito em cada dez leis julgadas no mérito pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de 2017 foram consideradas inconstitucionais no todo ou em parte. A forma de editar uma lei, mais do que o seu conteúdo, está entre os principais erros cometidos. Violação ao princípio da separação de poderes, invasão de competência e vício de iniciativa levaram 28 ações de inconstitucionalidade a serem consideradas procedentes pela corte. Já o tema da lei propriamente dito levou à declaração de inconstitucionalidade em 25 ações. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/oito-cada-dez-leis-foram-julgadas-inconstitucionais-stf>, acesso em 22/04/2021.

² Como exemplo, pode-se mencionar as disposições da lei de anistia brasileira (Lei nº 6683.1979), que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos. Ao julgar o caso envolvendo Gomes Lund e outros Vs. Brasil, referente a conhecida “Guerrilha do Araguaia”, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) assim entendeu: “são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos” e não podem “continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”. *V. CIDH, Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 174.

³ Neste sentido, colaciona-se a Súmula Vinculante nº 26, do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Há que se destacar a importância de uma análise com relação a teoria do bem jurídico, sendo que para alguns está superada no tocante ao Direito Penal, pautando a legitimidade do Direito Penal em aspectos de necessidade e arraigado em preceitos morais da sociedade, bem como em lógicas utilitaristas, conforme será explicitado no decorrer deste trabalho.

No tocante a teoria político-criminal, há que se compreender também que esta estabelece e fornece o conteúdo necessário para a reflexão dos fins da norma penal, que condutas deve tipificar para que, em conjunto com outras políticas públicas de desestímulo a criminalidade, se buscar evitar determinados resultados, em uma tarefa mútua e simultânea à interpretação dogmática da lei. Isso significa que a teoria da política criminal não possui (ou não deve possuir) uma supremacia hierárquica sobre a dogmática, mas deve existir uma relação vinculada, evitando que em nome dos fins se violem os meios, deixando a racionalidade inerente ao estudo dogmático de lado.

Entender o papel da criminologia neste contexto é fundamental, pois a partir destes estudos empíricos a política criminal estabelece de que maneira o Estado, à partir de suas instituições públicas, bem como a sociedade civil como um todo, podem agir no sentido de se desenvolver elementos humanistas de tratamento da questão criminal. O Direito Penal, ao não se valer destes conhecimentos, passa a atuar dissociado da realidade social, sendo mais um causador (além de problemas sociais como fome, desemprego, educação de base precária entre outros) de efeitos deletérios na população vulnerável, ao estabelecer reprimendas e formas de punições que não tratam o problema em sua origem.

As diferentes correntes ideológicas da criminologia e da política criminal apontam origens e consequências totalmente diferentes para reflexão sobre estas questões, e se compreender e reafirmar os parâmetros corretos parece ser uma urgência na contemporânea sociedade globalizada e multifacetada, que lida com diferentes culturas, premissas e hipóteses.

O estudo destes postulados é fundamental para que o Direito Penal tenha maior aproximação com as realidades sociais, e na necessidade de sua aplicação, possa ser mais assertivo nos efeitos a que se propõe, deixando de lado o clamor popular pautado no ódio, na mera retribuição e na vontade de fazer o outro sofrer, utilizando instituições públicas para a consecução destes fins.

Falar em balizas humanistas para a reflexão de todos estes problemas parece ser óbvio, mas a grande questão é: como aplicar Direitos Humanos em um campo preliminar a elaboração das leis penais, para que, a partir disso, todo o rol de direitos fundamentais não

seja, no âmbito criminal, apenas uma carta de intenções, que pode ser relativizada de acordo com o perfil de cada magistrado e a pressão popular e midiática.

A justiça atuarial, neste sentido é um modelo conceitual do sistema de justiça criminal que se preocupa em administrar os riscos futuros ao invés de transformar o indivíduo e eliminar desvios. Ainda que sua origem possa ser remontada ao final do século XVIII, o modelo de justiça atuarial se desenvolveu na década de 1980 sob o impulso do pensamento sistêmico e da lógica de gestão, bem como da filosofia utilitarista. Tanto a política de direita quanto a de esquerda participaram de seu desenvolvimento.

O modelo atuarial é difundido em todas as partes do sistema de justiça criminal, desde a prevenção do crime até a sentença e as correções. Enquanto a justiça atuarial e a noção de risco sugerem neutralidade e objetividade, as práticas atuariais são marcadas por gênero, cultura e subjetividade. Investidas em uma aura de ciência e racionalidade, as práticas atuariais ocultam os processos políticos por trás da construção do crime, da identificação de segmentos da população como infratores de alto risco e da exclusão decorrente das medidas de proteção “necessárias”. Finalmente, isola o sistema de justiça criminal das finalidades sociais que antes eram medidas de seu valor.

A ausência de reconhecimento e aplicação destes limites humanistas para a persecução penal conduz a sociedade a uma realidade preocupante, em que uma ordem paralela se instala, deixando de aplicar todo o arcabouço de proteções fundamentais ao indivíduo numa espécie de campo vazio de direito, criando-se uma nova ordem de violência pela violência. O moderno estado de exceção, neste aspecto, instala-se permitindo agressões de toda sorte, desembocando em políticas criminais repressivas com um perfil necropolítico.

A expansão do Direito Penal é um reflexo do pensamento generalizado na sociedade, movida pelo medo e pelo impulso punitivista. Há que se pautar tais parâmetros, mantendo o arcabouço legislativo criminal enxuto e efetivo, sem olvidar a sua subsidiariedade e fragmentariedade perante os demais ramos do Direito.

O presente trabalho busca demonstrar a importância da política criminal pautada nos Direitos Humanos em todo o sistema jurídico-penal, que vai desde o estudo da criminologia e suas metodologias de diagnóstico da realidade, perpassando pelo objeto de estudo da política criminal e sua aplicabilidade no desenvolvimento de políticas públicas humanistas de prevenção, até a aplicação do direito penal ao caso concreto.

Desta forma, a organização desta pesquisa começa, no primeiro capítulo, a tratar dos “Fundamentos e Finalidades da Política Criminal”, onde se inicia por um retrospecto

histórico das principais escolas criminológicas, demonstrando as diversas linhas de pensamento que pautaram (e ainda pautam), a forma pela qual se estuda o fenômeno criminal. Ainda dentro deste primeiro capítulo, são investigados os conceitos de política criminal e sua finalidade, bem como de que maneira o controle social foi e é realizado sobre os indivíduos que compõe a sociedade.

No segundo capítulo, realizou-se a “Identificação dos Traços de Mudança do Modelo Penal Ressocializador para um Modelo Penal Repressivo de Segurança”, oportunidade em são apresentados os problemas de não se compreender a política criminal como indissociavelmente atrelada à dignidade humana. Modelos de política criminal atuarial, que visam realizar verdadeiro gerenciamento do crime e do criminoso, até culminar no sistema prisional vigente, que não tem outra função além de realizar a contenção e gerenciamento de pessoas e desrespeitar direitos humanos dos presos. Nesta linha, o moderno estado de exceção vigente em nossa sociedade é analisado, a partir de como existem espaços vazios de legalidade, em que as garantias e os direitos fundamentais não existem. Por fim, ainda neste capítulo, se buscou demonstrar de que maneira a política criminal repressiva leva a um verdadeiro Estado de necropolítica sobre a população vulnerável.

No terceiro capítulo, denominado como “Política Criminal e Sistema Penal”, o estudo passa a se realizar sobre a teoria do direito em si, começando pela relação entre o princípio da legalidade (*nullum-crimen*) e direitos humanos, levando-se em conta os aspectos político-criminais de preenchimento do conteúdo material deste postulado constitucional. Posteriormente, parte-se para a relação entre dogmática penal e política criminal, de fundamental importância para se compreender de que maneira a aplicação do direito penal na prática está vinculada aos postulados humanistas propostos na teoria, em todas as fases da teoria do delito.

Neste aspecto, a teoria do funcionalismo teleológico de Claus Roxin é bastante abordada. Como último tópico deste capítulo, ainda, será investigada a importância do conceito de bem jurídico em matéria penal, e de que forma deve ser analisado para se pensar desde a produção legislativa de novos tipos penais, até a verificação jurisdicional de condutas a serem ou não consideradas puníveis.

Por último, no quarto capítulo, cognominado por “Política Criminal e a Expansão do Direito Penal Envolvendo Tipos Penais Abertos e Crimes de Perigo Abstrato”, o foco se deu a partir do papel a ser desempenhado pelos juízes diante da proliferação dos tipos penais abertos e de perigo abstrato. O estudo parte da análise social e econômica do direito para

demonstrar que as sociedades de controle, expostas no primeiro capítulo, tendem a modular a formação de tipos penais padronizados, rígidos, dotados de grande inflexibilidade e alheios ao princípio da proteção dos bens jurídicos como garantia fundamental. O risco resultante da evolução social, trazendo consigo a primazia da segurança coletiva, tem ocupado o centro da política criminal, guiando a construção de uma dogmática penal avessa ao devido processo legal.

O resultado disso é proliferação dos crimes de perigo abstrato, os quais são alvo de intenso e permanente debate doutrinário por sua duvidosa constitucionalidade. Contudo, a pesquisa busca identificar que parte da doutrina e da jurisprudência não tem admitido os crimes de perigo abstrato puro, ante condutas inaptas para lesionar o bem jurídico protegido, motivo que vem impulsionando juízes a adotarem a perspectiva materializadora dos crimes de perigo, considerando as peculiaridades do caso em concreto para proferir a decisão mais justa. Por fim, à luz dessa tendência doutrinária e jurisprudencial, propõe-se a unificação dos crimes de perigo.

CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS E FINALIDADES DA POLÍTICA CRIMINAL

1.1. Criminologia como Fonte de Política Criminal

A definição do que é criminologia e qual seu objeto esbarra, muitas vezes, nas variadas perspectivas existentes nas ciências sociais afetas ao Direito. A dificuldade em se encontrar um conceito comum, torna-se ainda maior ao se considerar a visão de estudiosos de outras áreas do conhecimento, como psiquiatras, psicólogos e antropólogos, por exemplo.

Ao se buscar definir o que é criminologia, natural que haja uma proximidade conceitual com o que é o direito penal, e com o que vem a ser política criminal, afinal o direito penal também estuda o crime e o criminoso, assim como faz a política criminal. Porém, não podem ser entendidos tais ramos científicos como a mesma coisa, pois por mais que se ocupem de objetos similares, o objetivo a ser alcançado é distinto.

O estudo científico em matéria penal, a partir do século XX, passou a fragmentar a análise dos fenômenos crime e criminoso, distinguindo as ciências criminais em dogmáticas (penal e processo penal), médicas (criminologia etiológica) e sociais (criminologia crítica e política criminal), sem contar o estudo apartado da execução penal. (CARVALHO, 2008, p. 41)

Matrizes sociológicas, econômicas e médicas passaram a fazer parte das investigações da criminologia e da política criminal, num estudo compartimentalizado, que muitas vezes não realiza a ideal simbiose com as matérias dogmáticas. Barreiras passaram a surgir no intercâmbio destas ciências, tendo a dogmática se enclausurado em seu próprio mundo, sendo a teoria do delito, no direito penal, e a teoria geral do processo, no processo penal, exemplos claros destes obstáculos.

Ao se especializar demais o conhecimento, o objeto é retirado do contexto geral, passando a prejudicar seu entendimento no contexto em que se encontra, restringindo sua análise ao tomar a parte pelo todo, o que leva a teorias de abstração matemáticas como a criminologia e a política criminal atuarial, que serão abordadas mais adiante. A visão reducionista não permite que se compreenda a complexidade das relações sociais, impossibilitando que se acesse, cognitivamente, a multidimensionalidade da questão criminal, e de como o sistema penal deve operar em relação a toda essa complexidade.

Na forma clássica do utilitarismo, como desenvolvido particularmente por Jeremy Bentham, define-se a utilidade como realizações mentais potencialmente relevantes, como a

liberdade substantiva individual, a fruição ou a violação de direitos reconhecidos e aspectos da qualidade devida não refletidos de forma adequada nas estatísticas sobre prazer, que não podem influenciar diretamente uma avaliação normativa nessa estrutura utilitarista. (SEN, 2000, p. 39)

Podem ter um papel indireto apenas por meio de seus efeitos sobre os números relativos à utilidade, ou seja, apenas na medida em que podem ter uma influência sobre a satisfação mental, o prazer ou a felicidade. Ademais, a estrutura aglutinadora do utilitarismo não tem interesse na efetiva distribuição das utilidades, tampouco sensibilidade para essa distribuição, pois a concentração se dá inteiramente sobre a utilidade total de todos considerados, em conjunto. Tudo isso proporciona uma base informacional muito restrita, e essa insensibilidade generalizada constitui uma limitação significativa da ética utilitarista. (SEN, 2000, p. 40)

Embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade moral/prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado, na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. (SANTOS, 1999, PG. 77)

Está em marcha a racionalização do mundo, compreendendo as relações, processos e estruturas com que se aperfeiçoam a dominação e a apropriação, a integração e o antagonismo.

Trata-se de uma racionalização que aprofunda e generaliza o desencadeamento do mundo. O mesmo desencantamento que se revelara na Europa do iluminismo, mesclando alegria e espanto, se espalha aos poucos por todos os lugares e recantos do mundo, da organização das instituições à das atividades dos indivíduos. (IANNI, 1999, pg. 72)

Do ponto de vista político, sacudiram os alicerces da geopolítica ocidental ao colocar em xeque a realidade da nação e dos Estados soberanos, ao mesmo tempo que fizeram oscilar as democracias ao colocarem em andamento uma nova forma de poder, invisível e altamente centralizado: o poder da informação. (IANNI, 1999, pg. 78)

A partir dessa profusão de diferenças gerada pelo intercâmbio de culturas e povos, bem como pela hierarquização de pessoas em classes sociais distintas, propagadas por condições econômicas e geográficas, bem como pelas mais diversas situações de convívio (trabalho, escola, igreja, lazer e redes sociais) a intolerância com o diferente é manifestada. Assim se

dá a transformação das diferenças em desigualdades, levando a estigmatização do outro. Estes contornos são ainda mais evidentes quando analisados sob o prisma da criminalidade.

A hegemonia do capital, em detrimento da Constituição formal, é algo que foi realizado com a justificação de se priorizar o desenvolvimento. Contudo, tal retórica distorce a realidade, pois ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, o Estado enriquece as funções de integração, modernização e legitimação capitalista.

Esta nova função do Estado visa preservar o sistema de mercado, e não mitiga-lo em detrimento de um socialismo, como muitos podem vir a crer. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos na sua integralidade.

A desregulamentação, no âmbito da globalização, fatalmente acarreta uma destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço público, bem como a novos tipos de exclusão social, gerando uma classe de subproletariados que são marginalizados em razão da raça, nacionalidade, religião, falta de instrução ou outro sinal distintivo qualquer.

Tais reflexões são fundamentais para se compreender o objeto da criminologia, e que informações devem ser apuradas para compreender o fenômeno da criminalidade. O modelo econômico levado à prática pelos Estados produz efeitos na vida em sociedade, gerando excluídos que, pelas mais diversas motivações, praticam a delinquência.

A relação entre teoria criminológica e resposta ao delito é bastante complexa. A política criminal se ocupa em estudar e implementar medidas para buscar prevenir a ocorrência do crime, e quando isso não é possível, busca controlá-lo, sendo compreendida como uma ciência autônoma em relação a criminologia. (SERRANO MAÍLLO, 2016, p. 28)

A partir de certos parâmetros, o estudo científico visa descrever a realidade, com a finalidade de explicá-la. A importância da observação como método científico é decisiva, uma vez que há uma cadeia lógica de investigação que vai desde a observância do fato empírico, passando pela experimentação, até chegar a experiência, para que determinadas teorias sejam testadas e verificadas na prática, principalmente com relação a busca pela confirmação de suas premissas e hipóteses teóricas. (SERRANO MAÍLLO, 2016, p. 36)

O primeiro passo para o estudo científico criminológico é se estabelecer a teoria, para, após a análise dos dados no mundo fenomênico, que testarão as hipóteses teoricamente formuladas na prática, bem como para, a partir deste método, se observar novos fenômenos antes inimagináveis sob o ponto de vista abstrato. A relação entre a teoria e a investigação, portanto, é absoluta e de extrema complexidade. (SERRANO MAÍLLO, 2016, p. 36)

A criminologia possui inúmeras vertentes, que são influenciadas pelo enfoque a ser dado de acordo com a origem ideológica do pesquisador que colocará a teoria à prova, bem como pelas condições de tempo, lugar, realidades sociais e econômicas existentes em determinada região. Teses científicas no âmbito das ciências sociais geram possibilidade de refutação, de análise sob outra perspectiva, por não serem ciências exatas com resultados futuros precisamente definíveis.

Compreender a criminologia demanda que se investigue seu período histórico, o contexto do conhecimento científico e as transformações sociais que estavam ocorrendo, principalmente a partir do século XIX.

A sociedade, historicamente, sempre buscou selecionar seus inimigos, direcionando toda sorte de repressão no intuito de anular aqueles que não se amoldavam aos padrões da respectiva época. Na Idade Média (século V ao XV), os hereges, acusados de professar uma ideologia contrária aos dogmas da Igreja Católica; no Antigo Regime (*Ancien Régime*, França – século XV ao XVIII), aqueles que se insurgiam contra a autoridade do monarca, acusados de crimes de lesa-majestade; na Idade Moderna (século XV ao XVIII), os inimigos da nação; e a partir do século XIX, os inimigos da ordem social e lógica de mercado, vistos como criminosos e delinquentes. (DIAS, 2017, p. 10)

O método de investigação da verdade se origina do período político inquisitorial. O primeiro modelo integrado de criminologia, política criminal, direito penal e processo penal vem com a instituição do 4º Concílio de Latrão, em 1.215, que centralizava a expropriação do conflito em favor do Estado, abolindo sua gestão comunitária, tornando a vítima coadjuvante, a qual apenas passará a ter maior relevância a partir do século XX. (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 31)

Os inimigos, nesta época, passaram a ser as bruxas e os hereges, com a centralização do poder pela Igreja Católica, que buscou desumanizar tais indivíduos, demonizando-os. A crise no sistema feudal, a expulsão dos camponeses, o crescimento das cidades e mercados passou a demandar um controle dos indesejáveis, que acarretou no surgimento, também, da classe burguesa, compondo o setor que entremeava o clero, a nobreza e os miseráveis. O pensamento econômico, burocrático e movido pela racionalização foi necessário para viabilizar a centralização de poder. (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 32-33)

Estes sistemas implacáveis massacraram muitos inocentes e consideraram criminoso ontem, o mártir de hoje. Tais sanções primitivas degradantes aplicadas com a condescendência legal dos Estados, as violências ilegítimas executadas por policiais em

diligências “legalizadas” e inclusive obrigatórias para os funcionários da polícia, são paradoxos que levam à perquirição da própria natureza cruel do meio social em que viveram.

Os Estados absolutistas passaram, então, a centralizar o sistema de castigos a partir da produção adestrada de intelectuais e funcionários para este fim, surgindo o controle populacional, técnicas de governo, e o utilitarismo social e econômico. Se buscou trabalhar métodos de prevenção do crime, conjugada com métodos de extração da confissão mediante suplícios físicos.

O modelo inquisitorial para persecução penal passou, contudo, a sofrer críticas e limitações em virtude dos métodos torturantes para obtenção de confissões, bem como passou a se reavaliar decisões condenatórias, como um reexame necessário. (CARVALHO, 2008, p. 67/68)

A partir disso, e principalmente após o pensamento liberal de Locke, Hobbes e Rousseau, com a distinção entre direito e moral, novas relações sociais passaram a existir, com a repressão a vadiagem, por exemplo, numa forma de controle social que dividia e eliminava os pobres culpados, e confinava os pobres inocentes, pelo disciplinamento em instituições de trabalho. (MALAGUTI BATISTA 2012, p. 35)

Este período marcou a escola liberal clássica, que não entendia o delinquente como detentor de características etiológicas próprias, a partir de um marcante determinismo que o levava a delinquir, mas sim como uma quebra do pacto social a partir do seu livre-arbítrio, passando a ser a pedra fundamental do Estado de Direito.

Este período foi marcado, também, pela obra “Dos Delitos e das Penas” (*Dei delitti e delle pene*), publicada em 1.764 pelo italiano Cesare Beccaria, que introduziu nas disciplinas criminais as novas concepções iluministas, levando em conta o humanismo que deveria desde a produção das leis, até a execução da pena, ser observado como controle limitador do sistema de persecução penal.

Se entendeu, portanto, que o delito surge com base no livre arbítrio dos indivíduos, e sob o enfoque da responsabilidade moral pelas próprias ações. O agente criminoso não era diferente daquele que optava por não cometer crimes, surgindo aqui o entendimento de que o direito penal não tem a incumbência de agir sobre os indivíduos para modifica-los, mas sim para dar uma resposta à sociedade, se pretendendo gerar, através da pena, o impacto social necessário de desmotivação para a prática de crimes. (BARATTA, 2011, p. 31)

O século XIX foi notoriamente marcado pelo desenvolvimento da ciência, com avanços nas mais variadas áreas do conhecimento. Diante deste panorama, a ‘maldade’

geradora do crime passou a ser estudada cientificamente, tendo sido utilizados métodos de observação, passando a ser empiricamente compreendida para que fosse racionalmente controlada e tornar-se visível a partir de elementos neutros e objetivos. (DIAS, 2017, p. 11)

As ciências criminais integradas, a partir desta época, passam a ser compreendidas como um conjunto de disciplinas sobre a criminalidade e a criminalização, tendo na interdisciplinaridade várias vertentes do conhecimento, como direito, psiquiatria, sociologia, psicologia e antropologia. (CAVALHO, 2008, p. 39)

A expansão industrial ocorrida a partir do século XIX passa a dar lugar a uma estrutura de potências econômicas não-europeias, tendo como seu representante máximo os Estados Unidos. Isso gerou fortes reflexos no campo das ciências criminais, principalmente nos métodos de controle do delito e dos índices de violência.

Nesta nova realidade capitalista, liderada pelos Estados Unidos, também houve uma profunda mudança na política do controle social, concebida no Congresso Nacional sobre a Disciplina das Penitenciárias e Estabelecimentos de Reforma, realizado pela Associação Nacional de Prisões dos Estados Unidos da América, na cidade de Cincinnati, em outubro de 1870, presidido por Rutherford B Haynes, que mais tarde se tornaria o 19º presidente estadunidense. (DEL OLMO, 2017, p.69)

Na oportunidade, se estabeleceu a “Declaração de Princípios”, que engendrou, através de 37 princípios, a nova política penal que seria informada internacionalmente, o que ocorreu no I Congresso sobre a Prevenção e Repressão do Delito, incluindo Tratamento Penal e Reformatório, em Londres, no mês de julho de 1872. O que se verificou, contudo, foi que tais princípios formulados em Cincinnati foram difundidos sem levar em consideração as diferenças socioeconômicas de cada uma das nações presentes no evento. (DEL OMO, 2017, p. 69-70)

Dentre os postulados da referida “Declaração de Princípios”, destaca-se o segundo, ao tratar da mudança de paradigma no trato da questão criminal, apontando que o objeto passa a ser o criminoso, e não o crime:

II - O tratamento dos criminosos pela sociedade é para proteção da sociedade. Porém, o tratamento é direcionado ao criminoso e não ao crime, o grande objetivo deve ser a regeneração moral (...).⁴

⁴ Tradução livre à partir do texto original: The treatment of criminals by society is for the protection of society. But since such treatment is directed to the criminal rather than to the crime, its great object should be his moral regeneration (...).

Mais adiante, no terceiro princípio, fica estabelecido que os presos passarão a ser classificados de acordo com seu caráter, a partir de um sistema de marcação para sua constante qualificação:

III - A classificação progressiva dos presos, baseada no caráter e trabalhada em algum sistema de pontuação ajustado, deve ser estabelecida em todas as prisões que estejam acima da cadeia comum.⁵

A intenção em se disseminar tais ideais em âmbito internacional foi direcionada a se buscar padronizar o controle social e o estudo do criminoso, à partir de características observadas empiricamente por amostragem, conferindo uma roupagem científica no estudo e na análise do perfil de cada indivíduo delinquente, confrontando-os e classificando-os de acordo com tais critérios comuns.

Em 1.885, acontece o I Congresso Internacional de Antropologia Criminal, em Roma, oportunidade em que o italiano Cesare Lombroso, conhecido psiquiatra, cirurgião, higienista, criminólogo, antropólogo e cientista da época, expôs sua teoria, desenvolvida à partir de um estudo empírico, também por amostragem, realizado em instituições de contenção social (manicômios e prisões), com resultados publicados em sua obra “O Homem Delinquente” (*L’Uomo Delinquente*), com primeira edição em 1876. (DEL OMO, 2017, p. 70)

Ao apresentar sua obra no referido congresso, Lombroso passou a ser reconhecido internacionalmente, tendo sua pesquisa sido ampliada, o que se denota com aumento no número de páginas, que na primeira edição, em 1.876, continha 252 páginas, e na quinta edição já contava com 1.903 páginas, publicada entre os anos de 1.896 e 1.897. Outras obras de autoria de Lombroso também merecem destaque, como “A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal” de 1.893, e “As mais recentes descobertas e aplicações da psiquiatria e antropologia criminal”, também de 1.893.

Os estudos lombrosianos deram início ao que se chamou de Escola Positiva do Direito Penal, sendo o início do estudo criminológico propriamente dito, através do método da observação e coleta de dados. Um exemplo disso é o estudo realizado com relação ao perfil dos indivíduos tatuados, tendo sido concebida toda uma classificação dos “criminosos” de acordo com os desenhos em seus corpos. (LOMBROSO, 2013, p. 29 e seg.)

⁵ Tradução livre à partir do texto original: The progressive classification of prisoners, based on character and worked on some well-adjusted mark system, should be established in all prisons above the common jail.

Ao comentar sobre o sentimento dos criminosos natos, nomenclatura dada para definir o indivíduo que possui propensão genética ao cometimento de delitos, Lombroso destaca os caracteres físicos que os identificam, especialmente aqui destacado o perfil de estupradores e ladrões:

Estupradores

Muitos estupradores têm os lábios grossos, cabelos abundantes e negros, olhos brilhantes, voz rouca, alento vivaz, frequentemente semi-impotentes e semi-alienados, e genitália atrofiada ou hipertrofiada, crânio anômalo, dotados de muitas vezes cretinice e de raquitismo.

Ladrões

Os ladrões, que, como as meretrizes, são apaixonados por cores berrantes: amarelo, vermelho, azul, por berloques, correntes, e até por brincos, são os mais ignorantes da espécie delinquente. Quase sempre assustados e temerosos de serem pegos de surpresa, aproveitam toda ocasião para mudar o discurso. (LOMBROSO, 2013, p. 141-142)

Para Lombroso, portanto, não pode o criminoso ser vítima exclusivamente das circunstâncias sociais em que esteja inserido, sendo a genética fator essencial para a preponderância do mal. A delinquência é uma doença, da qual o criminoso-nato é vítima desde seu nascimento, não se levando em consideração o livre-arbítrio.

Diante deste raciocínio, não havia solução possível para o trato da questão criminal que não fosse a segregação destes indivíduos da sociedade, a partir da hierarquização pautada em critérios físicos, partindo da lógica de um atavismo social, entendendo-os como anormais a serem contidos. Esta escola criminológica positiva ou italiana contou, ainda, com os discípulos Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, que desenvolveram as teorias de Lombroso dando diferentes enfoques, porém utilizando o mesmo método determinista para explicar as causas da delinquência.

O termo criminologia cunhou-se partir da obra de Garófalo, “Criminologia: um estudo do crime, suas causas e da teoria da repressão”, de 1.885, tendo criado o conceito de crime natural, aplicando o evolucionismo de Darwin ao determinismo, bem como compreendendo que os valores morais são hereditários, como também o são a deficiência de moralidade.

Ao utilizar o darwinismo como base para sua teoria, Garófalo abre mão, assim como Lombroso, do livre-arbítrio como componente essencial da prática da conduta ilícita:

O sendo moral é, pois, ao menos em parte, orgânico. Criado na espécie, como todos os nossos outros sentimentos, por evolução hereditária, pode ser deficiente nos indivíduos de entendimento fraco, pode perder-se por doença ou pode ainda faltar inteiramente no indivíduo por monstruosidade de organismo que pode, à falta de outra explicação, atribuir-se em alguns casos ao atavismo. (...) E assim, não se admita que numa sociedade culta haja um certo número de indivíduos cuja

moralidade não corresponde a da generalidade da população. São anomalias naturais. (GARÓFALO, 1893, p. 7)

Enrico Ferri, da mesma forma, não entendia o livre-arbítrio como uma condição válida para se compreender o fenômeno criminal, porém, considerava outras figuras em sua classe de determinismos fundamentais que deveriam existir para justificar a ocorrência de delitos praticados por certos indivíduos.

De uma maneira mais equilibrada, Ferri, em sua obra *Sociologia Criminal*, de 1.900, dispunha os critérios em três classes: fatores antropológicos, físicos e sociais. O determinismo passava a considerar, segundo Ferri, a concepção da realidade na qual o homem encontra-se inserido, sendo seu comportamento também um reflexo destas condições. (BARATTA, 2011, p. 39)

A aplicação da pena, por sua vez, tem o condão de defesa social, incluindo Ferri meios preventivos curativos e reeducativos, os quais não tinham um tempo previamente estipulado de duração. Os indivíduos que se encontrassem em determinadas condições, estariam sujeitos a avaliação de acordo com a medida de educação que absorveu, não estando os efeitos da pena abstratamente relacionados, necessariamente, com a violação do direito ou ao dano social produzido. (BARATTA, 2011, p. 40)

A escola da criminologia positiva, muito embora seja inconsistente em suas teses pautadas em atributos genéticos para explicar a criminalidade, estabeleceu um método de atuação do sistema penal, conferindo legitimidade para a intervenção violenta sobre indivíduos menos favorecidos.

No Brasil, as ideias da escola positiva italiana foram defendidas, principalmente, por Raimundo Nina Rodrigues e João Vieira de Araújo, os quais se destacaram como expoentes da escola positiva no país por tentarem reformar a legislação penal sob o aspecto da defesa social.

João Vieira de Araújo pode ser considerado “o primeiro autor a se mostrar informado a respeito das novas teorias criminais, ao comentar as ideias de Lombroso em suas aulas na Faculdade do Recife e também, em textos sobre a legislação criminal do Império” (ALVAREZ, 2002).

Para o penalista, o estudo da obra *L’Uomo Delinquente* e da antropologia eram fundamentais para a compreensão das mudanças no direito criminal e do futuro às instituições criminais. Araújo seguiu, claramente, as orientações da Escola Positiva criada por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. (SCHOLZ, 2020, p. 286)

Nas edições a partir de 1891 da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, a antropologia criminal torna-se o assunto central das publicações, servindo como instrumento de afirmações do direito enquanto prática científica e justificando a ação dos legisladores diante dos problemas da nação, em especial, a questão carcerária (ALVAREZ, 2002, p. 689).

Nesse sentido, as concepções do direito penal clássico deveriam ser afastadas, não estudando mais o crime e sim na figura do criminoso, punindo-o em nome da defesa social. (SCHOLZ, 2020, p. 288)

Adotando visão um pouco distinta do penalista, o médico Raymundo Nina Rodrigues, como positivista e defensor do conceito de defesa social, acreditava que a uniformidade da legislação afrontava os princípios básicos da medicina psiquiátrica, se as pessoas são biologicamente distintas e, devido a existência de sistemas de culturas diferenciadas, não é possível a criação de um conjunto de leis de caráter nacional, eis que se estaria deixando de considerar o aspecto específico de cada região (RODRIGUES, 2011).

Para Nina Rodrigues, o Código Penal de 1890 não era racional ao tratar dos sujeitos criminosos, e um dos aspectos dessa falta de racionalidade estava na unidade, contrária aos conselhos da antropologia criminal e, para defender esse posicionamento, dedicou o último capítulo da obra “As Raças Humanas e a responsabilidade penal no Brasil” para defender a relatividade histórico-antropológica dos conceitos de crime e de pena e apresentar uma hierarquia de raças, classificadas entre puras e mestiças. Por esse motivo, no capítulo denominado “A defesa social no Brasil”, o médico defende a criação de um código penal diferenciado por fatores raciais, isto é, um código penal que respeitasse a distribuição racial do território brasileiro, não unitário e nacional, mas que fosse elaborado conforme o critério racial de cada região. (SONTAG, 2012, p. 82-83)

A redação original do Código Penal brasileiro de 1940 parece ter focado nos criminosos como sujeitos antropologicamente diferenciados, dada a preocupação dos penalistas da época com os institutos de análise da periculosidade e das medidas de segurança. Se na vertente clássica da criminologia o indivíduo era reputado como mera função do crime, como que um sujeito abstrato do delito, a escola italiana ou positiva reconhecia a autonomia do delinquente como fenômeno antropológico determinante. SONTAG (2012, p. 86)

Mais adiante, SONTAG (2012, p. 86) complementa:

Pois, se num certo sentido o tecnicismo reproduz os estereótipos construídos pelo séquito de Ferri e Lombroso através desse reconhecimento da autonomia

antropológica do criminoso (como se pode entrever também em Nelson Hungria), é bem verdade, por outro lado, que o tecnicismo também opera uma certa “limpeza” nos estereótipos legados pelo positivismo criminológico, que vai se refletir também nos institutos consagrados no código, como é o caso da periculosidade que vem condicionada à verificação anterior, pelo menos, de um fato criminoso para aplicação de qualquer tipo de medida contra o sujeito – particularmente as medidas de segurança, a grande novidade do Código Penal de 1940, ainda que, no reverso desse processo, esteja também a ênfase na noção de defesa social.

Como contraponto histórico, ao teorizar sobre o “mal”, Santo Tomás de Aquino, na *Summa Theologica* (primeira parte, questão 49, artigo 3) retrata que não há uma causa predeterminada do mal, mas que por vezes se manifesta por um atuar pautado exclusivamente nos sentidos, o que ocorre por acidente:

o mal não pode ter uma causa, exceto acidentalmente. Portanto, é impossível fazer uma redução a algo que é essencialmente a causa do mal. Ao dizer que o mal está em muitos, se está dizendo algo absolutamente falso. Pois os seres sujeitos à geração e à corrupção, os únicos em que ocorre o mal natural, são a menor parte de todo o universo. Além disso, em cada uma das espécies, o defeito natural ocorre raramente. Só no homem parece que o mal muitas vezes ocorre, porque o bem do homem, centrado nos sentidos, não é um bem do homem como homem, isto é, segundo a razão. Por outro lado, muitos são guiados mais pelo sentido do que pela razão. Ao sexto devemos dizer: Nas causas do mal, um processo não pode ser seguido indefinidamente, mas é necessário reduzir todos os males a alguma causa boa, da qual o mal se segue acidentalmente.⁶ (AQUINO, 1988, p. 486-487)

Partindo destes modelos científicos de análise, ainda que com premissas diferentes, a Escola de Chicago, através da sociologia estadunidense, concebeu a ideia de crime natural e de criminoso pré-determinado por causas sociais, abrindo o campo para a posterior criminologia da reação social e suas escolas sucessoras, em variadas correntes da criminologia crítica. (CARVALHO, 2008, p. 40)

Ao analisar a influência da acumulação de capital e dos processos de industrialização na gestão populacional, Marx, principalmente na obra “O Capital”, publicada originalmente em 1.867, trata de como o excedente da mão de obra desempregada é impactada pela pauperização, separando o exército de desempregados nas formas: líquida, latente, estagnada e a que habita no pauperismo. (MARX, 1985, p. 206-207)

⁶ Tradução livre a partir do original: *el mal no puede tener causa más que accidentalmente. Por eso, es imposible hacer una reducción a algo que sea esencialmente causa del mal. Al decir que el mal está en muchos, se está diciendo algo absolutamente falso. Pues los seres sometidos a generación y corrupción, los únicos en los que se da el mal natural, son la más pequeña parte de todo el universo. Además, en cada una de las especies, el defecto natural se da escasamente. Sólo en el hombre parece que se da el mal a menudo, porque el bien del hombre, centrado en los sentidos, no es un bien del hombre en cuanto hombre, es decir, conforme a la razón. Por otra parte, muchos se guían más por el sentido que por la razón. A la sexta hay que decir: En las causas del mal no se puede seguir un proceso indefinidamente, sino que es necesario reducir todos los males a alguna causa buena, de la cual se sigue accidentalmente el mal.*

Com relação as três primeiras, tratam-se de trabalhadores que entram e saem dos postos de trabalho de acordo com o fluxo de capital. Na primeira (líquida), os jovens são a principal força de trabalho, e após ultrapassarem a juventude, apenas uma parcela pequena continua sendo empregada no mesmo ramo de atividade, sendo a restante demitida. O consumo da força de trabalho nessa classe é tão grande, que para Marx, quando o trabalhador atinge a uma idade mediana, na maioria dos casos, já está esgotado, entrando nas fileiras dos excedentes ou sendo rebaixado de categoria, sendo bastante claro esse processo na grande indústria que se utiliza de trabalho braçal. (MARX, 1985, p. 207)

Quanto a forma latente, Marx destaca tratem-se em sua maioria de trabalhadores rurais que foram suplantados pelos moldes capitalistas de produção agrícola, e ficam à espreita de circunstâncias favoráveis de transferirem-se para o proletariado urbano. Salienta, contudo, que esta classe de empregados é rebaixada para o mínimo do salário, e está sempre no limite da miserabilidade. (MARX, 1985, p. 208)

A terceira categoria, classificada como estagnada, possui uma ocupação totalmente irregular. Trata-se de um contingente inesgotável de força de trabalho, que vive abaixo das condições sociais e econômicas das outras duas categorias (líquida e latente), sendo composta por indivíduos que não se enquadram nos moldes de produção de sua época, como artesãos que foram totalmente superados pelos métodos de manufatura e, posteriormente, pela mecanização. (MARX, 1985, p. 208)

Por fim, o mais profundo nível da superpopulação encontra-se na esfera da miserabilidade. Marx menciona que, abstraindo o lumpemproletariado, que constitui-se de delinquentes e prostitutas, podem os trabalhadores serem separados em três sub níveis: os aptos ao trabalho; os órfãos e crianças indigentes; e os degradados, maltrapilhos, incapacitados para o trabalho, que sucumbem devido a sua imobilidade, aleijados, doentes e vítimas da própria indústria, sendo o peso morto do exército de trabalhadores. (MARX, 1985, p. 208-209)

O conceito de lumpemproletariado, trazido no Manifesto Comunista de Marx e Engels, consiste em uma degradação das camadas mais baixas da sociedade, fazendo com que, para estas pessoas, leis, moral e religião passem a ser meros preconceitos da burguesia, atrás dos quais se ocultam interesses burgueses de controle e manipulação social. (MARX; ENGELS, 2005, p. 49)

Isso transforma estes lumpemproletários em pessoas degradadas, sem vínculo moral com qualquer grupo, sendo retratados por Marx na obra “Os 18 de Brumário de Luís

Bonaparte” como mercenários e indivíduos sem escrúpulos, que visam apenas tirar proveito das situações em que se encontram. (MARX, 2011, p. 35)

A leitura de Marx do sistema de gestão de trabalhadores influenciou a criminologia crítica, refletindo em acepções sociológicas que culminaram na delinquência gerada pelo modo de produção capitalista, e pela gestão, através do sistema penal, do excedente de pessoas versus postos de trabalho disponíveis, sendo o mecanismo de controle social mais forte e incisivo para administrar o excedente populacional que não se enquadrava na lógica de mercado.

O direito é compreendido então como uma estrutura de domínio de classes, com forte viés ideológico. O crime, como consequência, é o produto final das tensões existentes entre estas classes desiguais, não sendo adequado, portanto, castigar o agente da conduta delituosa, mas sim destruir as raízes do crime, que são as estruturas criadas para a opressão dos menos favorecidos.

Isso leva Marx a conceber sua utopia romântica, apontando como solução uma sociedade sem classes, o que eliminaria as tensões e faria desaparecer o delito, restando totalmente desnecessário, a partir disso, a existência do Direito e do Estado. Isso apenas seria possível com a revolução que levaria a ditadura do proletariado, resultando no fim das hierarquias socioeconômicas, até que apenas esta única classe existiria. (ZAFFARONI, 2013, p. 267)

Partindo destes conceitos, a criminologia crítica direcionou sua atenção ao processo de criminalização, entendendo que a classe dominante busca conter os desvios, através da imposição de limites, que protejam o sistema econômico-social, bem como mantenham a hegemonia do processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade sobre classes subalternas, numa luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, recrudesendo a lei penal e as formas de combate sobre os vulneráveis. (BARATTA, 2011, p. 197-198)

Aponta, ainda, que a cifra negra⁷ sobre a criminalidade econômica e política apenas demonstra que o comportamento delinquente encontra-se distribuído em toda a sociedade, contudo, apenas é perseguida efetivamente pelo sistema de persecução penal a clientela preferencial, composta por excluídos, miseráveis, vulneráveis e minorias sem representatividade política adequada. (BARATTA, 2011, p. 199)

⁷ Crimes que não são solucionados ou punidos, por não passarem pelos registros oficiais do sistema penal.

A leitura da realidade social com relação a criminalidade encontra dificuldades nas cifras negras, uma vez que ao não ser possível tomar conhecimento de todos os fenômenos criminais que acontecem, para assim se obter a informação real que será a matéria prima da análise criminológica. Contudo, a partir do aprimoramento das agências policiais e de suas estruturas funcionais, tal circunstância poderá ser sensivelmente alterada.

Neste sentido, ao mencionar as cifras negras como um obstáculo à criminologia e, por consequência à adoção de medidas politico-criminais, JESCHECK (1982, p. 235-236) destaca:

Novas técnicas para investigar a cifra negra confirmaram a crença de que o crime não se limita a grupos marginais da sociedade, mas é muito mais difundido do que geralmente se acredita. Isso é válido, em qualquer caso, para atos puníveis de menor natureza e para jovens infratores.⁸

Os estudos na área da criminologia, com suas diversas peculiaridades e complexidades, buscam se ocupar da análise do crime e do criminoso e, inobstante o que se verifique no universo do direito penal seja a referência positivista etiológica, bem como a justificativa de defesa da sociedade, a escola da reação social e a criminologia crítica passa a refletir sobre a seletividade do sistema penal, que inclui os vulneráveis e pretere de sua clientela preferencial os autores de crimes econômicos.

Em um viés também sociológico, surge a Escola de Chicago, vinculada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago. Com apoio de John Rockefeller e de empresas da região, diversos estudos na área das ciências humanas foram desenvolvidos, com análise de grupos sociais, comportamento de multidões, opinião pública, psicologia de massas, criminalidade e comportamentos patológicos. (SHECAIRA, 2013, p. 130)

As análises desta escola concluíram que a vida urbana é o resultado da adaptação à sua realidade, e isso não significa que a essência está na heterogeneidade dos indivíduos, tampouco pela densidade populacional. Com o crescimento das cidades e hábitos, os membros da comunidade passam a demonstrar características peculiares por áreas, fazendo com que se criem identidades peculiares para cada ambiente urbano. (SHECAIRA, 2013, p. 139-140)

⁸ Tradução livre a partir do texto original: *Nuevas técnicas de investigación de la cifra oscura han confirmado la creencia de que la criminalidad no se limita a grupos marginales de la sociedad, sino que se halla mucho más ampliamente difundida de lo que, en general, se cree. Esto es válido, en todo caso, para los hechos punibles de carácter leve y para los delincuentes jóvenes.*

Foi então o conceito destas identidades e organizações urbanas evoluído até o surgimento da chamada “criminologia ecológica”, que indicou que dentro de determinada cidade, existem centros organizados e desorganizados, revelando a delinquência em locais desorganizados socialmente. Geralmente, tais locais são próximos a zonas industriais desvalorizadas, comumente sujas, degradadas, barulhentas e com odor desagradável. Há a menção, dentro desta lógica, de círculos concêntricos, por meio de um conjunto de zonas ou anéis a partir de uma área central, em que as áreas desorganizadas e com maior delinquência encontram-se próximas a centros industriais, e as residenciais e comerciais mais valorizadas, distante. (SHECAIRA, 2013, p. 146-149)

Em 1.939 surge a teoria da Associação Diferencial, desenvolvida por Edwin H. Sutherland, em sua obra “Princípios da Criminologia” (*Principles of Criminology*). Entendeu Sutherland, que o crime não pode ser definido como um desajuste de indivíduos que possuem condições sociais desfavoráveis, mas sim que dentro de alguns parâmetros delineados, aprende-se a conduta ilícita e associa-se à ela, mediante observação a partir do exemplo.

Com isso, o autor refuta que definições da área da psicologia e psiquiatria comportamental sejam congruentes para se compreender a prática de delitos econômicos praticados em corporações empresariais. Busca esclarecer o crime de maneira a se destacar das razões de sua ocorrência a condição socioeconômica do autor do fato, ressaltando que a conduta criminosa, como qualquer outro comportamento, é originado a partir do aprendizado, juntamente a um processo de associação com outros indivíduos.

Ressalta que esta situação pode ser encontrada em todos os níveis da sociedade, desde os menos favorecidos até aos integrantes da camada socioeconômica mais elevada, fazendo uso de classificações tradicionais de hierarquização das pessoas em classes sociais.

A contribuição de Sutherland, neste aspecto, encontra-se dividida em 9 (nove) pontos específicos, que são: 1) o comportamento criminoso se aprende, jamais se herda ou se inventa; 2) o comportamento criminoso é aprendido através da interação com outras pessoas, dentro de um processo de comunicação, incluindo não apenas a comunicação verbal, mas também a comunicação gesticulada; 3) a principal parte do aprendizado do comportamento criminoso acontece pela relação íntima entre determinados grupos, ou seja, o papel de agências impessoais de comunicação não ensinam, por si só, a criminalidade; 4) quando o comportamento criminoso é aprendido, isso também inclui (a) técnicas de comunicação do crime, que por vezes são extremamente simples, por vezes extremamente complexas e (b) a

orientação dos motivos, direcionamentos, racionalizações e atitudes; 5) a direção específica dos motivos e caminhos é aprendida pela interpretação favorável ou desfavorável da lei, que levam em conta o conflito cultural existente em relação ao conteúdo legal; 6) o indivíduo torna-se delinquente quando as interpretações desfavoráveis à lei se sobrepõem as interpretações favoráveis, constituindo o princípio da associação diferencial, ou seja, a referência de legalidade e ilegalidade existente geram um conflito, e no momento em que a pessoa passa a delinquir, o faz por estar inserida em um ambiente em que vigoram padrões de criminalidade, isolando-se de padrões de comportamento conforme a lei; 7) A associação diferencial pode variar de acordo com a frequência, duração, prioridade e intensidade; 8) o processo de aprendizado do comportamento criminoso pela associação, com padrões criminais e anticriminais (lícitos), envolve todos os mecanismos de qualquer outro método de absorção de conhecimento, o que significa dizer que o comportamento delinquente não é gerado por simples imitação, mas sim por aprendizado; 9) embora o comportamento criminal é a expressão de necessidades e valores, não se explica apenas por isso, pois também é a expressão de necessidades e valores o comportamento não criminoso, uma vez que todo o comportamento humano, consiste em tais circunstâncias, não sendo isso suficiente, de maneira singular, capaz explicar a criminalidade. (SUTHERLAND, 1947, p. 6-8)

Após expor os princípios que embasam a teoria da associação diferencial, Sutherland (1947, p. 8) traz um exemplo de como jovens são impactados pelo aprendizado criminal a partir da realidade que encontram-se inseridos:

Não é necessário, a partir deste nível de explanação, explicar porque uma pessoa possui a associação demonstrada; certamente isso envolve um complexo de vários elementos. Em uma área em que os níveis de criminalidade são altos, um garoto que é sociável, extrovertido, ativo e atlético possui alta probabilidade de manter contato com outros garotos desta comunidade, aprender o comportamento delinquente a partir disso, e se tornar um gangster; na mesma vizinhança, o garoto psicopata que vive isolado, introvertido e inerte que permanece dentro de casa e não convive com os demais meninos da comunidade não se torna delinquente. Em outra situação, o garoto sociável, atlético e agressivo pode tornar-se membro do grupo de escoteiros e não se envolver com o comportamento criminoso. As associações feitas por uma pessoa são determinadas pelo contexto geral da organização social. Uma criança é geralmente criada por sua família; o local da residência da família é determinada pela sua renda; o nível de delinquência é, em vários aspectos, relacionado com os valores do aluguel das residências da região. Muitos outros fatores entram na organização social, incluindo as relações pessoais existentes em pequenos grupos de relacionamento.⁹

⁹ Tradução livre a partir do texto original: *It is not necessary, at this level of explanation, to explain why a person has the associations which he has; this certainly involves a complex of many things. In an area where the delinquency rate is high a boy who is sociable, gregarious, active and athletic is very likely to come in contact with the other boys in the neighborhood, learn delinquent behavior from them, and become a gangster; in the same neighborhood the psychopathic boy who is isolated, introvert, and inert may remain at home, not become delinquent. In another situation, the sociable, athletic, aggressive boy may become a member of a*

A concepção dos chamados crimes de colarinho branco, a partir da última obra de Sutherland, “Crime de Colarinho Branco” (*White Collar Crime*), de 1.949, formam a definição da sua teoria da conduta criminoso. Ao investigar os criminosos que atuam no nível socioeconômico tido como mais elevado, pretendeu o autor demonstrar que a associação diferencial explicaria a gênese criminal sem levar em consideração as chamadas patologias sociais, contrapondo a Escola de Chicago que, de certa maneira, ainda considerou a relação entre crime e condições sociais como ensejadoras do fenômeno delinquente.

Desta forma, conclui não ser possível a existência de uma relação direta entre criminalidade e sua ocorrência em classes baixas, sendo essencial se compreender o fator comum para desvelar a delinquência, ou seja, algo que justificasse a o comportamento criminal entre indivíduos abastados socialmente, bem como nos menos favorecidos. Este “algo” seria, de acordo com a teoria da associação diferencial, a aprendizagem mediante observação e convivência. (SUTHERLAND, 2015, p. 30)

Ao se proceder um quadro comparativo de teorias criminológicas com a teoria da associação diferencial, especificamente relacionado aos crimes econômicos, é possível concluir que foi precisamente esta teoria a primeira a dar ênfase sobre o estudo da criminalidade de colarinho branco (*white collar crime*), tendo como desfecho a busca por refutar a maneira tradicional de como os estudos na área da criminologia os compreendia.

O estudo do crime e do criminoso demanda uma série de análises e perspectivas, e podem variar em razão de diversas condições existentes. Por este motivo, não há um padrão ou metodologia pré-determinada para que um estudo criminológico possa ser apontado como ideal, sendo influenciado por fatores das mais variadas ordens.

Nas teorias expostas até aqui, o modelo causal de explicação do crime e da criminalidade foi adotado para que o diagnóstico da delinquência fosse realizado, bem como passou a se propor o modelo de repressão à partir das premissas causais estabelecidas. O motivo da justificação, independente de qual seja (atavismo, patologias sociais e/ou econômicas, influência de membros do mesmo grupo...), era utilizado para a explicação determinista, seguindo um procedimento que lhe conferiram roupagem científica.

scout troop and not become involved in delinquent behavior. The person's associations are determined in a general context of social organization. A child is ordinarily reared in a family; the place of residence of the family is determined largely by family income; and the delinquency rate is in many respects related to the rental value of the houses. Many other factors enter into this social organization, including many of the small personal group relationships.

A ruptura com os modelos até então vistos ocorre com a teoria do *labelling approach* (etiquetagem ou rotulação social), na década de 1.960. A questão criminológica deixa de se referir ao crime e ao criminoso, bem como não mais se utiliza padrões etiológicos e deterministas para o diagnóstico das causas do crime, mas sim, passa a voltar sua reflexão para as relações conflitivas existentes dentro da sociedade, e que encontravam-se mascaradas pelo Estado de Bem-Estar Social. (SHECAIRA, 2013, p. 236)

O sistema de controle social passa a ser investigado, analisando-se suas consequências, bem como o papel da vítima na relação com o delito. Trata-se de uma linha de pensamento questionadora e crítica, que leva em consideração a profusão cultural existente na complexa sociedade moderna, rompendo-se com a cultura disciplinar de controle social destacada por Michel Foucault na obra “Vigiar e Punir”.

Diversos movimentos sociais impulsionaram uma mudança de cultura e de paradigma neste sentido, podendo-se citar nomes como Martin Luther King Jr., que liderou a “Marcha sobre Washington”, como reação ao *American Way of Life*, e insurgência ao racismo e desigualdade de oportunidades. Também deve ser mencionado, à título de exemplo, o surgimento do movimento hippie, invasão de Chicago em 1.968 para protestos na convenção do Partido Democrata e festival de Woodstock, em 1.969. Na França, a conhecida revolta estudantil marcada como “Maio de 68”, em que o entorno da Universidade de Sorbonne virou palco de violentos conflitos, que impulsionaram diversas manifestações ao redor do mundo.

Tais movimentos sociais que criticavam e se levantavam contra o *establishment* da época, impulsionaram a mudança metodológica que existia sobre a análise criminológica até então. O contexto social mencionado, aliado às experiências negativas do cárcere verificadas na prática, que apenas vinham transformando indivíduos em criminosos perigosos, permitiu a transformação da metodologia tradicional. (SHECAIRA, 2013, p. 250)

A criminologia do *labelling approach* desloca a hipótese criminológica para a reação, buscando analisar a conduta como resposta aos meios de controle social existentes. Isso significa dizer que a delinquência seria resultado do processo de estigmatização das agências de controle social formais e informais, sendo selecionada a partir destes rótulos e tratada pela sociedade de acordo com esta caracterização prévia.

As regras socialmente estabelecidas, neste sentido, criam os desvios, etiquetamentos, e tais condições passam a moldar o comportamento de grupos. As classificações acabam por influenciar, portanto, a forma pela qual as pessoas agem nas mais variadas situações da vida,

de maneira reativa, e a análise a ser feita sobre esta ação, se pode ser considerada como desviada ou não, vai depender da natureza do ato em si, se lícito ou ilícito.

A virada conceitual deste pensamento criminológico é no sentido de não mais se questionar o motivo pelo qual determinado indivíduo comete crimes, mas sim, por qual razão ele é tratado como criminoso, quais as consequências desse tratamento e qual a legitimidade para isso. (SHECAIRA, 2013, p. 254)

Este modo metodológico de observação do fenômeno da criminalidade, a partir da análise dos conflitos existentes dentro do convívio social, adotam um modelo explicativo da sociedade, seus pensamentos e valores. Não há, aqui, a ideia de uma conduta que seja delitiva em si, dependendo do que a comunidade ou o sistema penal define como crime. O enfoque não se dá sobre a característica intrínseca do ato, mas sim, no rótulo social conferido.

Um grupo de jovens gritando nas ruas, a noite, pode ser visto como arruaça juvenil, ou como delinquência, dependendo de quem observa e das normas vigentes em dada localidade. Quando se aumenta o campo de observação para um determinado país, quem comercializa maconha é traficante de drogas, e em outro, um cidadão de negócios que goza de prestígio em sua comunidade.

O estereótipo criado sobre determinadas classes criam pré-conceitos socialmente indissociáveis. Este modelo deteriorou inclusive a instituição policial, que por muitos é intimamente ligada a práticas de corrupção. Não há relação com o comportamento escorreito de seus membros, pois o que mancha é o rótulo. Assim como ocorre com jovens de bairro marginalizados, a lógica também se aplica às forças policiais, não importando se cometem ou não crimes, havendo o isolamento social sobre estes indivíduos, sem que nada tenham feito para isso. (ZAFFARONI, 2013, p. 273-274)

A reação provocada por determinado ato é o que vai mencionar quem é e quem não é delinquente sob o ponto de vista social, levando-se em consideração, inclusive, o modo pelo qual este mesmo indivíduo se enxerga dentro do espectro social. O estereótipo é incorporado, e em muitos casos acaba causando características de onipotência intensificada. (ZAFFARONI, 2013, p. 274)

Neste sentido, dentro da lógica do *labelling approach*, surge a teoria da criminalização secundária, tendo como precursores Zaffaroni, Alagia e Slokar, em que sustentam que o sistema penal atua de forma seletiva, distinguindo-se à criminalização primária da secundária. (SERRANO MAÍLLO, 2016, p. 369)

O processo de criminalização primária refere-se a elaboração das leis penais, a seleção dos bens jurídicos que serão protegidos e a maneira que as condutas serão criminalizadas e punidas. As pressões sobre este setor ocorrem das mais variadas maneiras, citando-se aqui a opinião pública, discursos políticos populistas e demagógicos e a mídia, que tem fundamental papel na disseminação da cultura do medo com a veiculação massiva de casos penais em horário nobre, com a finalidade de subsidiar políticas criminais de massacre.

Já a criminalização secundária reflete na forma pela qual o sistema penal opera na sociedade, como seleciona os delinquentes que serão levados ao poder judiciário para julgamento, a maneira pela qual estes indivíduos são tratados nas relações processuais penais e, no fim, a forma pela qual a pena é aplicada e executada.

Todos estes fatores são fundamentais para se compreender de que maneira o indivíduo é identificado como delinquente, e até que ponto as instituições de encarceramento moldam a concepção que estes passam e passarão a ter sobre si mesmos, o papel que desempenham na sociedade, as perspectivas de futuro que possuem e quais serão as cargas de rotulações que lhes serão conferidas.

Este arcabouço de condições leva a reflexão sobre o papel do pensamento criminológico, ao se estudar as raízes da criminalidade, de que maneira serão desenvolvidos os métodos de análise e, por fim, quais dados serão apresentados para que a política criminal possa desenvolver programas que visem diminuir as tensões sociais geradoras da delinquência, nos mais variados setores da vida em comum.

As agências executivas, dentro da perspectiva da criminalização secundária, são as que detém o poder de seleção dos clientes do sistema penal, que serão escolhidos mediante os moldes de repressão por elas desenvolvidos, aplicados e administrados. As formas de contenção e controle são aqui definidas. O legislador apenas habilita o âmbito do arbítrio seletivo, sem saber sobre quem e quando recairá sobre os indivíduos. (ZAFFARONI, 2013, p. 276-277)

O ciclo vicioso de mudança dos inimigos ao longo da história mostra que, ao se escolher o alvo, uma agência de persecução penal é criada, até que outra surja e dispute o poder, começando por negar o risco do inimigo anterior e elegendo novos inimigos, gerando a emergência que fundamenta o massacre a ser implementado sobre estas pessoas. Entre a hegemonia decadente de uma agência punitiva e o surgimento da próxima, que critica a anterior para debilitar seu discurso, novos parâmetros de contenção delineados pelo direito

penal são criados, fundamentados no estado de direito no plano do discurso político. (ZAFFARONI, 2013, p. 259)

A análise criminológica, conforme descrito, pode ser profundamente impactada e levar a resultados amplamente distintos, a depender do viés ideológico e de quais premissas o estudioso parte para realizar a pesquisa. As vertentes etiológicas, por exemplo, tendem a analisar uma busca em parcela da população delinquente, por mera amostragem, das razões da criminalidade arraigadas no próprio sujeito, entendendo que por aquelas determinadas condições pessoais, foram de certa forma compelidas a delinquir.

Outro ponto de importante observação é a análise histórica dos eventos a serem observados para a produção de um estudo criminológico. Se este ramo das ciências penais busca compreender as raízes da questão criminal, não podem os resultados de pesquisas que pautem políticas criminais a serem aplicadas se fundamentarem em séries históricas curtas, sob pena de não se compreender profundamente a criminalidade.

Tais correntes não refletem, contudo, a realidade da questão criminal. Não se pode isolar um grupo e buscar padrões de comportamento pautados em condições pessoais, para, posteriormente, generalizar isso em toda a população e se buscar definir políticas públicas de redução da criminalidade pautadas na exceção. Um dos papéis da política criminal, a partir dos resultados da criminologia, será definir as políticas públicas de prevenção da criminalidade, e quando isso acontece a partir de estudos rasos de causas da criminalidade pautadas na análise de pequenos grupos, resulta em políticas repressivas e equivocadas, que estarão em desarmonia com os direitos fundamentais.

A expansão do direito penal vem como resultado destes equívocos. A partir de estudos feitos, que partem de premissas equivocadas, com séries históricas de análise extremamente pequenas, produzem-se resultados que levam a uma política criminal repressiva e meramente retributiva, acarretando em cada vez mais direito penal, mais crimes, e menos garantias ao acusado no trâmite do processo penal. Tudo isso para, ao final, desembocar no sistema prisional desumano e inconstitucional existente, produzindo a afronta final do sistema penal ao rol de Direitos Humanos do qual o Brasil é obrigado a seguir.

A criminologia deve, diante de todo esse breve esboço histórico do pensamento realizado, que logicamente não teve a pretensão de esgotar o pensamento criminológico pela necessária delimitação do tema, ocupar-se em como o exercício do poder é realizado, bem como de que maneira o sistema penal lida com a questão criminal. Fica bastante evidente

que o poder punitivo seleciona, como faz a séculos, inimigos, com o pretexto de neutralizar a maldade do ser humano.

1.2. Fins da Política Criminal e Direitos Humanos

O direito é uma realidade social. Desde a elaboração de normas, passando pela aplicação por parte do Poder Judiciário e até o emprego efetivo do resultado das decisões pelos órgãos competentes, é uma forma de controle social institucionalizado, pois prescreve condutas, permitindo algumas e proibindo outras, vinculando regras de incentivo e de desincentivo aos membros do corpo social.

A norma jurídica consiste num discurso em que o legislador define a comunicação que será estabelecida aos indivíduos. Estabelece o tipo de relação que existirá entre quem informa e aplica a lei, sobre quem será o sujeito passivo da relação, ou seja, quem receberá o comando legal a partir das consequências de uma conduta comissiva ou omissiva.

Os mandamentos penais incriminadores contém uma ameaça de sanção, que, aprioristicamente, são comunicadas antes da aplicação da reprimenda em si. Enquanto não se verificar, na prática, o ato da pena concretizada, o comando legal consiste em uma ameaça institucionalizada, como privação temporária de liberdade, execução de multa, restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade. A sanção seria, portanto, um fato não linguístico, onde não há mais ameaça, passando a ser um fato empírico. (DINIZ, 2014, p. 192)

A visão a ser lançada sobre as relações sociais não pode ser particularizada, mas sim englobar o todo, devendo ser verificada, estudada e refletida de maneira a compreender, além da criminalidade, a sociedade e todas as ciências do conhecimento que a compõe. Ao se pensar as relações sociais sob o foco da criminalidade, sem levar em consideração todos estes fatores, cria-se uma mera representação que não corresponde a realidade, resultando numa espécie de simulacro, e à partir disso os escritos sobre política criminal passam a construir-se sobre premissas falsas.

O mesmo se pode dizer sobre o Estado Democrático, que analisado sem que se considerem todas as nuances das relações sociais, passa a ser representado de maneira equivocada, resultando na criação de uma simulação que fere a essência do que deveria se compreender por democracia, surgindo teorias a partir de análises vazias de conteúdo e, principalmente, de efetividade na implementação de direitos fundamentais.

As políticas de controle do crime dependem, da mesma forma, para que tenham congruência com a realidade popular, da preexistência de rotinas sociais e culturais disseminadas, sendo tais condições extrapolíticas essenciais para que uma política criminal se caracterize como humanista. Contudo, o efeito desta desconsideração que apenas mantém o foco no resultado do chamado “combate” à criminalidade acarreta em medidas de atuação do Estado que buscam focar no resultado, e não nas causas da questão criminal. Neste sentido, GARLAND (2017, p. 312):

A necessidade do Estado de reconhecer estas realidades sem apresentar retrair-se em face delas constitui um problema político agudo e recorrente. Atores políticos e autoridades governamentais cada vez mais se apercebem do dilema e se adaptam a ele, por exemplo, concentrando-se nos efeitos do crime (vítimas, medo, custos, etc.), e não nas suas causas. Uma importante resposta tem sido a de aliviar a responsabilidade do Estado como o principal provedor de segurança, bem como a de tentar remodelar o controle do crime em bases mais diluídas, compartilhadas.

O nível alarmante de criminalidade é uma realidade brasileira, assolando a sociedade com violência e, conseqüentemente, incutindo o sentimento de medo de maneira generalizada, com o incentivo da criminologia midiática, que propaga de maneira reiterada notícias e opiniões que visam pressionar a sociedade e o poder público a adotarem medidas mais enérgicas de confronto ao delito.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública brasileiro conta, desde 2004, com a coleta informatizada de informações através da implantação do Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal – SINESPJC, que reúne dados oriundos dos Estados, onde são elaborados relatórios e indicadores estatísticos. A fonte de informação principal são os boletins de ocorrência registrados pelas Polícias Cíveis dos Estados e Distrito Federal, contendo o número de eventos, natureza do fato registrado, perfil da vítima, perfil do autor, meios empregados, dentre outros dados.¹⁰

A partir do que é disponibilizado nos relatórios do SINESPJC, com informações do primeiro semestre de 2019, a criminalidade nacional registrada oficialmente foi a seguinte:

Crime	Casos no 1º Semestre de 2019
Estupro	21.566
Furto de Veículos	109.763
Homicídio Doloso	19.074
Lesão Corporal Seguida de Morte	420

¹⁰ <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/sinesp-1/bi/dados-seguranca-publica>, acesso em 03/11/2020.

Roubo a Instituição Financeira	273
Roubo de Carga	273
Roubo de Veículo	94.362
Roubo Seguido de Morte (Latrocínio)	768
Tentativa de Homicídio	16.987

Diante deste panorama caótico, medidas de repressão passaram a fazer parte dos programas de governo e de plataformas políticas em época de eleição, sendo propagados planos de atuação que visam, através do recrudesimento das leis penais, atuação policial em todas as esferas (municipal, estadual, federal e, também, com a utilização das forças armadas), e medidas mais severas de tratamento dos presos nas unidades carcerárias, dar uma resposta à sociedade que clama por um direito penal mais repressivo¹¹.

Exclusivamente reprimir diretamente o comportamento delituoso, quando este já se manifestou, significa que a opção realizada pelo Estado em concentrar esforços do poder público na repressão (e não na prevenção) ao crime tem a finalidade de indicar o perfil punitivista e retributivista das políticas penais, fazendo parecer ser a maneira mais adequada para se lidar com a questão criminal.

Todas essas ações estão muito mais voltadas para a sanção do que para a prevenção, e ao se deixar de lado a ênfase ao binômio prevenção/punição, o que se denota é que poder público parece ter evitado a etapa de desenvolvimento de medidas preventivas e despenalizadoras. O resultado é a busca pela coação e pelo combate, que visa encontrar o ‘inimigo interno’ da sociedade contemporânea, tendo todo o aparato do sistema penal sido voltado para este fim.

A repressão realizada pelo aumento desmedido do rigor das leis penais e da execução das penas, somado ao desumano sistema prisional existente em toda a realidade latino americana, remonta a ideia de uma política penal do “olho por olho, dente por dente”, concebida historicamente na Mesopotâmia antiga e materializada no Código de Hamurabi, que visa apenas devolver o sofrimento causado pelo crime ao delinquente, numa política

¹¹ Os dados divulgados pelo SINESPJC foram comparativos com o primeiro semestre de 2018, onde o órgão indicou uma queda na quantidade dos crimes informados. O então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, afirmou que a queda é resultado do trabalho de inteligência e ação integrada entre as forças federais, estaduais e do Distrito Federal. "Se aprovado o Pacote Anticrime no Congresso Nacional, o número de crimes cairá mais". Fonte: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1571059445.0>, acesso em 03/11/2020.

meramente retribucionista e vingativa, que não tem por objetivo a reinserção e reintegração do indivíduo na sociedade.

O regime penal, muito mais do que servir de instrumento a serviço da sociedade com o fim de satisfazer a correta aplicação da Lei, conferindo segurança jurídica, na realidade, tornou-se um mecanismo de gestão do homem pelas mãos do Estado. Não se tem, efetivamente, um método de trabalho, pragmático e bem sistematizado, com procedimentos, objetivos, metas, estratégias, e instrumentos definidos e voltados para a prevenção através de programas efetivos de inclusão e transformação social.

Essa realidade induz ao conflito entre o direito *posto* e direito *pressuposto*: este é comprometido com a justiça, enquanto aquele, que resulta da produção estatal, apenas vincula-se com a conservação do ideal de produção social capitalista, resultando na problemática insofismável de que a justiça está aquém, sendo preterida da lógica do direito posto. (GRAU, 2010, p. 31-32)

O estudo da política do direito é de fundamental importância para a consecução dos fins pretendidos idealisticamente. Ao se traçar um paralelo comparativo entre a Política (ou Ciência Política) e a Política do Direito, tem-se que no primeiro caso se pretende a realização dos fins da comunidade através da ação do Estado e de outros centros de poder, enquanto no segundo caso, o objetivo é de se questionar das formas e meios jurídicos mais adequados à consecução daqueles fins. (REALE, 2006, p. 331)

O objetivo é o próprio fenômeno estatal, sua origem, escopo e atividade do Estado, implementada para se buscar os fins da coletividade. Ocupa-se das valorações e estruturas sociais que contextuam a criação da norma jurídica, buscando suplantar eventuais conflitos fáticos e valorativos. (DINIZ, 2014, p. 249)

A política criminal deve ser um dos meios mais impactantes e valiosos para fundamentar a revisão crítica da legislação penal e processual penal, mas também das próprias instituições do sistema de persecução criminal. Nesse sentido, a dogmática penal, que deve ser um instrumento de análise e correção de fissuras no emprego das leis na esfera criminal, vem sendo deturpada pela incorreta aplicação de seus postulados pelo sistema de justiça existente, conforme será exposto oportunamente.

O direito é interpretado por juízos de legalidade, que devem ser exercidos com prudência, sendo a interpretação das normas adstrita ao texto legal. Porém, há inexoravelmente o elemento da discricionariedade inserido na figura de cada magistrado, resultando tal liberdade na representação do que se denomina juízos de oportunidade,

abrangendo uma opção entre indiferentes jurídicos que se faz presente na subjetividade do julgador. É a pura expressão do subjetivismo de quem opera, optando por um ou outro regramento, preterindo, assim, o juízo de legalidade. (GRAU, 2010, p. 38)

Tal abertura permitida pelo sistema pode levar o intérprete, moldado a partir de suas possíveis idiossincrasias punitivistas e informações unilaterais recebidas na fase de investigação, a confirmar hipóteses criadas a partir de um pré julgamento realizado, relativizando pressupostos de legalidade existentes no ordenamento jurídico vigente.

Tal primado da hipótese sobre os fatos pode acarretar em um “quadro mental paranoico” (CORDEIRO, 2011, p. 51), ao atribuir sentido válido apenas ao que confirma seu entendimento prévio sobre determinada questão, ferindo de morte o sistema de garantias previsto na Constituição da República, como presunção de inocência, contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, a criminologia crítica, através de BARATTA (2011, p. 105), conceitua que o processo decisório pode ser influenciado por interpretações dissonantes ao que determina a lei processual penal, formando julgamentos pautados em meta-regras:

o conceito de regras de aplicação não fica limitado às regras ou aos princípios metodológicos conscientemente aplicados pelo intérprete, mas se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete e que devem ser pressupostos para uma explicação sociológica da divergência entre delinquência reconhecida e delinquência latente. As meta-regras participam da estrutura socialmente produzida pela interação... que formam a substância de sentido de qualquer situação ou ação.

Os rol de direitos fundamentais previstos na Constituição, que preveem o sistema processual acusatório a partir do acervo de garantias aplicáveis ao processo penal, demanda rigorosos limites ao direito de punir. Ao se conceber o ranço inquisitório no agir de ofício, a vulnerabilidade do acusado aflora pela busca da chamada “verdade real”, princípio anacrônico que ainda contagia parte dos manuais de processo penal existentes¹².

O processo penal brasileiro é de evidente contradição, pois ao se buscar encaixar o texto constitucional, o código de processo penal, a jurisprudência e parte da doutrina,

¹² Neste sentido, CAPEZ (2015, p. 65): É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença.; MIRABETTE, (2002, p. 44): Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

algumas punitivistas e outras ultra garantistas, depara-se um grave problema de congruência do sistema. Permite, desta forma, que casos análogos, por vezes, tenham resultados bastante distintos, e os critérios subjetivos adotados que variam de acordo com cada aplicador da norma efetivamente podem levar a esta discrepância, gerando insegurança jurídica. Os conflitos não se resolvem definitivamente, não podendo se prever, sequer minimamente, o tratamento que será dado pelo sistema penal a um determinado caso concreto.

Esta situação resulta em se refletir, especificamente sobre a atuação do Estado na esfera penal, de que o direito é um lugar de conflito de classes, sendo a legalidade o derradeiro instrumento de defesa dos menos favorecidos. O papel da política criminal, que está indissociavelmente ligado à forma de utilização da dogmática penal e aos meios prevenção de delitos, parece estar bastante nebuloso diante do cenário atual de punibilidade e repressão, precipuamente quando se opera o sistema repressivo sobre os menos favorecidos pautado na lógica do perigo e do risco.

Se as ciências sociais nascem e desenvolvem-se como formas de autoconsciência científica da realidade social, pode-se imaginar que elas podem ser seriamente desafiadas quando essa realidade já não é mais a mesma. O contraponto de pensamento e pensado, ou de lógico e histórico, pode alterar-se um pouco, ou muito, quando um dos termos se modifica; e mais ainda, quando ele se transfigura. (IANNI, 1999, pg. 172)

Portanto, o questionamento que se deve realizar é: qual a real tarefa da política criminal?

A política criminal não deve ser entendida como uma ciência, mas sim da mesma maneira que se compreendem as políticas econômicas, educacionais, sociais e de saúde, por exemplo. Está intimamente ligada ao conflito de poder, ao estudo da violência e atuação do Estado, e o ponto de interseção de todos estes ramos políticos que convergem para o fenômeno social.

O fenômeno criminal deve ser entendido como um dado histórico, ou seja, necessário se observar as relações violentas que atingem os bens caros à sociedade. Tais dados devem ser a pedra angular para o desenvolvimento de normas penais incriminadoras, e a política criminal, neste contexto, tem o papel de definir a forma pela qual o sistema penal será direcionado, levando-se em consideração o estágio atual de cada realidade.¹³

¹³ Neste sentido, DINIZ (2014, p. 187), ao comentar sobre a relação entre a construção do Direito e a realidade social, menciona: “deve construir seu objeto sobre dados que são expressos pela própria linguagem, ou seja, a linguagem da ciência jurídica fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala. A pesquisa jurídica

Assim como as modalidades políticas instrumentalizam os meios úteis para atingir os respectivos fins pretendidos, na questão criminal, o raciocínio deve ser o mesmo, ou seja, instrumentalizar o sistema penal para que este atinja os fins a que se propõe. O direito penal e o direito processual penal, assim como a execução penal e a criminologia, integram funcionalmente este sistema, devendo todos estes ramos da ciência penal serem sincronizados para que seus específicos objetivos sejam transmitidos. A política criminal, portanto, deve ser o ponto de ligação que torna sincrônico tais subsistemas, conforme ressaltado por BINDER (1997, p. 27):

O conjunto desses subsistemas deve ser coerente com os demais. Por sua vez, o conjunto desses subsistemas deve ser coerente em relação à política criminal. Em palavras mais simples: não se pode ter um Código Penal que responde a uma orientação, um Código de Processo Penal que responde a outra e uma Lei Penitenciária que responde a uma terceira. A política criminal é aquela que vai definir os grandes objetivos de todo o sistema e cada um dos subsistemas deve ser consistente com a preservação desses objetivos.¹⁴

Ao se conceber que o sistema penal é composto de subsistemas (Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Criminologia e Política Criminal), em que cada uma destas partes possui uma função específica, sendo engrenagens de um sistema completo, devem operar de maneira harmônica.

Importante salientar, neste ponto, a modalidade de funcionamento do sistema penal como um sistema social, inserido no ambiente que é a sociedade. Conforme LUHMANN (2016, p. 35), a integração existente entre sistema e seu ambiente é de fundamental importância:

para cada sistema, o seu ambiente é dado como um plexo confusamente complexo de relações recíprocas entre sistema e ambiente, mas, ao mesmo tempo também, como uma unidade constituída pelo próprio sistema, a qual exige uma observação especificamente seletiva.

O ambiente no qual se opera o sistema penal é composto de complexas relações de comunicação entre pessoas, sendo fonte de informação e de conhecimento para sua constituição e desenvolvimento.

tem por objeto as proposições normativas (prescritas), que, sob o prisma linguístico, são enunciados expressos na linguagem do legislador, sobre determinados apontamentos”.

¹⁴ Tradução livre a partir do original: *El conjunto de esos subsistemas debe ser coherente con los demás. A su vez, el conjunto de esos subsistemas debe ser coherente con relación a la política criminal. Dicho en palabra más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal Penal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos.*

A sociedade é uma conjunção de ações constituídas por indivíduos capazes de linguagem, que consagram as trocas recíprocas de informação no contexto de uma comunicação consciente, formadas por sujeitos capazes de ação. (HABERMAS, 2013, p. 470)

A particularização do conhecimento realizada pelas ciências criminais é um reflexo do que ocorreu com a divisão do direito em ramos, sob a justificativa de se facilitar sua compreensão. Ao se entender que eventuais lacunas e fissuras na teoria do direito poderiam ser resolvidas por seus próprios mecanismos, sem que houvesse a necessidade de um intercâmbio com outras áreas do conhecimento, assumiu-se uma visão autopoietica¹⁵ de autorregeneração, tornando míope o estudioso e o aplicador do direito.

A visão narcisista de autossuficiência (autopoiese) do direito contamina inevitavelmente as ciências criminais, potencializando a vontade de se buscar a verdade (utopia), não se realizando um diagnóstico efetivo do sistema para que se abram outras formas de análise, ocorrendo o enclausuramento disciplinar e metodológico. (CARVALHO, 2008, p. 42-43)

A política criminal, neste ponto, tem fundamental importância. Deve ser o ramo da ciência criminal que efetivamente viabilizará o intercâmbio entre criminologia, direito penal, processo penal e execução penal, a partir das considerações e leituras acerca do fenômeno criminal trazidas pela criminologia, e das experiências na busca pela diminuição da criminalidade na sociedade.

Desta forma, a finalidade da política criminal pode ser tratada como sendo responsável por pretender conferir coerência intrasistêmica a cada um destes subsistemas. Isso representa compreender que as decisões adotadas pela política criminal devem ser levadas em consideração nos fins de cada uma destas partes da ciência penal (direito penal, processual penal, criminologia, execução penal), para que todo o sistema convirja para o mesmo fim, respeitando os direitos fundamentais do cidadão de maneira uniforme.

Constitui parte do escopo, portanto, da política criminal, a constante revisão crítica dos sistemas de passagem do sistema penal, mas que em razão da vigente ordem democrática e garantista prevista constitucionalmente, deve ser realizada com a máxima segurança

¹⁵ Na comunicação luhmanniana, *autopoiesis* e refere a um sistema autopoietico, definido como rede de produção de componentes e estruturas. Como emissor da própria comunicação, opera, por isso mesmo, de forma autorreferencial. Implica autorganização: elementos produzidos no mesmo sistema. Decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo autorregenerado. In <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>, acesso em 13.11.2020

jurídica, para que não se encarcerem eventualmente indivíduos que não cometeram delitos, tampouco se punam os culpados para além da previsão legal.

Como forma de se realizar a necessária e constante revisão da organização intrasistêmica de toda a estrutura que compõe a atuação do Estado na persecução penal, é primordial garantir-se a devida autonomia e centralidade dos direitos, através de uma política de justiça social e igualdade para se obter resultados concretos no controle do crime.

Por sua vez, conforme já exposto, a Criminologia, como parte integrante do sistema penal, pode ser compreendida como uma ciência evidentemente empírica e interdisciplinar. Seu objeto é o estudo do delito, mas também da vítima, das formas de controle social e do comportamento criminoso, e tem como missão fornecer informações válidas e confiáveis sobre a gênese do crime e de suas variáveis, considerando-o como um fenômeno individual e como um problema de tensão social.

A criminologia dá suporte científico à política criminal, e esta, por sua vez é assistida por aquela para impactar sobre a estrutura de formação das leis penais, bem como para que sejam formuladas normas providas de elementos de política pública, necessários para a implementação de um direito penal mínimo e humanista. Do contrário, seria supor que o direito punitivo é a razão inicial de resposta e solução dos conflitos sociais para o desenvolvimento de estratégias de política criminal, interpretação incongruente com as normas que compõe o arcabouço legislativo internacional de Direitos Humanos.

A erradicação da pobreza, da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos fundamentais da República, sendo uma diretriz de observação obrigatória pelo Estado. Além disso, a diminuição das disparidades impactantes na harmonia social, como fundamento da ordem econômica, prevista no artigo 170, VII, da Constituição da República, é um princípio constitucional impositivo.

Tais situações são geradoras de conflito, pois precária realidade vivida pela parcela marginalizada da população, que sofre com desigual distribuição de oportunidades, reflete a forma de organização da sociedade. Isso, inevitavelmente, levará a conflitos, inerentes a todos os modelos de comunidade.

Uma sociedade sem conflitos é uma imaginação utópica, e a existência de um corpo social acarretará, inevitavelmente, em colisões, da mesma forma, toda sociedade pressupõe um exercício de poder, que a organiza e a sustenta, sendo um reflexo da organização das pessoas em comunidades. A grande questão é se pensar em uma política criminal de

prevenção, que busque diminuir tais tensões através de políticas públicas de inclusão e de tratamento humanista do indivíduo infrator.

A violência, nesta dinâmica, passa a ser uma consequência inevitável da formação da sociedade, conflito e exercício de poder. Tal fenômeno é perceptível tanto entre os cidadãos, quanto na intervenção do Estado sobre a esfera individual, que atua de diversas formas, acarretando um ciclo gerador de mais violência. A tarefa da política criminal deve consistir em buscar organizar estas realidades, a partir do fenômeno criminal verificado, e dar resposta ao caso concreto para buscar equalizar e diminuir a intensidade desta violência.

Acerca da valoração a ser dada para um dado fenômeno criminal, existem diferenças ao longo da história que alteram substancialmente sua concepção, bem como em elementos relativos a valores morais, como religião, por exemplo. Critérios sociais e políticos, da mesma forma, também influem na valoração sobre determinados acontecimentos, emprestando maior ou menor reprovabilidade social. O critério do que será definido como crime carrega um conteúdo político – criminal muito forte, porém, condutas desarmônicas sob o ponto de vista da moralidade social também podem gerar conflito, como a blasfêmia (que varia muito no que se refere a carga valorativa dependendo de que religião se está observando) ou a prática de incesto, por exemplo.

O ponto a ser destacado, contudo, é que todos estes fenômenos, criminais ou não, mas que são na sua integralidade capazes de gerar conflito e violência, são objetos de atuação da política criminal. Como manifesta BINDER (1997, p. 31):

Ao longo da história, o ponto em que essa política demonstrou sua capacidade máxima de manipular o exercício da violência estatal não foi tanto a definição de infrações, mas de estados de conduta considerados "perigosos" ou "desviados"¹⁶

Os estados de perigo são definidos de acordo com o contexto social e a opção político – criminal que se faz por quem detém o poder, e influenciado por quem está mais próximo aos centros deste poder. Assim como na idade média, em que mulheres classificadas como bruxas foram queimadas em praças públicas, já foram considerados inimigos do Estado vigente em dado momento histórico bárbaros, judeus, cristãos e muçulmanos, adotando-se métodos de contenção destas pessoas para eliminá-las ou, quando não possível, controlá-las de maneira incisiva e violenta.

¹⁶ Tradução livre a partir do texto original: *A lo largo de la historia, el punto en el cual esta política demostró su máxima capacidad para manipular el ejercicio de la violencia estatal, no ha sido tanto la definición de las infracciones, sino la de aquellos estados de conducta considerados "peligrosos" o "desviados"*.

Portanto, o estado de perigo é um conceito traçado pela política criminal, e quando o Estado não possui adequados limites humanistas e legais para a classificação e concepção destes valores, massacres passam a acontecer em nome de um controle de “defesa da sociedade e da ordem pública”, no sentido de se proteger a maioria da “maldade” e dos “desvios” da minoria antissocial, que não possui representatividade política relevante.

Contudo, a reação a tudo isso não se dá apenas em referência aos delitos consumados, mas também devem ser considerados como mecanismos político – criminais as medidas de prevenção. Para isso, o entendimento dentro de uma determinada sociedade sobre o que se compreende por perigo é primordial. O conjunto de mecanismos e métodos pelo qual a sociedade organiza a resposta a isso também é no que consiste a política criminal.

Toda a forma de organização social que visa dar a resposta preventiva preenche o conteúdo deste programa. Nas palavras de BINDER (1997, p. 34):

A organização de planos policiais de segurança ou controle de armas são métodos de política criminal. A organização da Justiça é outro método de política criminal. A definição de certos crimes é um método de política criminal. Colocar o comércio de rua dentro de um mercado organizado para evitar roubos naquela área é um método de política criminal. Iluminar uma praça pública que antes estava escura, também o é. Os métodos possíveis são muito variados e encontramos métodos “próprios”, que são concebidos com função político-criminal exclusiva ou preponderante, e métodos “impróprios” que cumprem alguma função político-criminal, mas não foram concebidos para isso (por exemplo, o uso preventivo de iluminação pública)¹⁷

Partindo deste conceito, também pode ser apontado como escopo da política criminal a permissão dada pelo Estado para que particulares constituam segurança privada, adquiram armamentos leves, instalem câmeras de segurança e se defendam de possíveis agressões injustas, tal como ocorre nas causas de legítima defesa, ou nas demais hipóteses que excluem a antijuridicidade previstas no artigo 23 do Código Penal¹⁸.

A resposta, portanto, não necessariamente sempre será através do Estado, mas deve ser reconhecida por ele. Caso contrário, a autodefesa desautorizada, como ocorre no porte

¹⁷ Tradução livre a partir do texto original: *La organización de planes policiales de seguridad o control de armas son métodos de política criminal. La organización de la Justicia es otro método de política criminal. La definición de ciertos delitos es un método de política criminal. El ubicar las ventas callejeras dentro de un mercado organizado para evitar los robos en esa zona, es un método de política criminal. El alumbrar una plaza pública que antes era oscura también lo es. Los métodos posibles son muy variados y encontramos métodos “propios”, que son diseñados con una exclusiva o preponderante función político-criminal y métodos “impropios” que cumplen alguna función político-criminal, pero no han sido diseñados por ello (por ejemplo, el uso preventivo del alumbrado público)*

¹⁸ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

ilegal de arma de fogo sob a justificativa da alta criminalidade, constituirá uma violência ilegal exercida sobre outra violência ilegal, passível de punição pelo sistema penal.

Uma vez que as formas de controle do crime não perpassam exclusivamente pela atuação do Estado, mas sim em uma relação de transformação das estruturas sociais por meio da interferência nas sensibilidades culturais, a experiência coletiva do crime e da insegurança disseminada têm ressonância nas condições extrapolíticas que viabilizam determinada política criminal a ser adotada, buscando para a viabilidade o apoio popular. (GARLAND, 2017, p. 311)

Neste sentido, o enfoque humanista sobre a Política Criminal é fundamental. Os limites da política criminal devem ser os Direitos Humanos. As políticas sociais de prevenção à criminalidade devem ter em seu escopo uma vida digna e ambiente social adequado para que os direitos humanos sejam efetivamente implementados.

Por mais que possa parecer óbvio se afirmar que os Direitos Humanos devem ser utilizados como balizas referenciais para se pensar a política criminal, a realidade mostra que não. Formular parâmetros humanistas claros para se desenvolver programas de política criminal é algo inédito na realidade social, tendo em vista a opção pela repressão, violência e aumento gradativo do recrudescimento do sistema penal sobre grande parte da população vulnerável, conforme será demonstrado adiante.

A segurança humana, e isso engloba a segurança alimentar, saúde, condições de vida e oportunidades reais para o desenvolvimento social, devem prever a implementação de direitos para todos os habitantes da comunidade, sendo tais observações essenciais para que se evite uma política criminal repressiva e punitivista, que apenas visa valorar condutas de perigo abstrato de cunho discriminatório.

Não existe um modelo ideal, que tem aplicabilidade similar em diferentes tipos de sociedade, olvidando as peculiaridades sociais, econômicas e culturais de cada realidade. Deve-se detectar, para desenvolver uma política criminal adequada, as críticas existentes no processo estrutural do sistema, bem como quais são as barreiras existentes para seu pleno funcionamento.

De acordo com as diferenças regionais existentes, as análises críticas são ilimitadas. A infraestrutura deste mecanismo atinge também as políticas econômico-sociais, que da mesma forma possuem inúmeros pontos de conflito. Um exemplo disso são as diferentes leituras econômicas de qual modelo seria o mais adequado para determinada realidade social,

sofrendo influências históricas, ideológicas e religiosas que caracterizam um modelo ímpar para determinada realidade.

Dito isso, nenhum projeto globalizado e pré-formatado de política criminal será adequado e satisfatório, pois as realidades econômico-sociais e as particularidades de cada Estado com relação às suas próprias legislações terão que ser levados em conta em sua formulação. Para tanto, a história deve ajudar a sociedade a entender a genética dos processos sociais.

De fato, na perspectiva orientada para a liberdade de todos participarem das decisões sobre quais tradições observar, não pode ser oficialmente escamoteada pelos "guardiães" nacionais ou locais — sejam autoridades religiosas, dirigentes políticos (ou ditadores governamentais) ou "especialistas" culturais (nacionais ou estrangeiros). Havendo indícios de conflito real entre a preservação da tradição e as vantagens da modernidade, é necessário uma resolução participativa, e não uma rejeição unilateral da modernidade em favor da tradição imposta por dirigentes políticos, autoridades religiosas ou admiradores antropológicos do legado do passado. (SEN, 2000, p. 22)

Não só a questão não é fechada, como também tem de ser amplamente aberta às pessoas da sociedade, para que elas a abordem e decidam em conjunto. As tentativas de tolher a liberdade participativa com o pretexto de defender valores tradicionais (como o fundamentalismo religioso, o costume político ou os chamados valores dogmáticos) simplesmente passam ao largo da questão da legitimidade e da necessidade de as pessoas afetadas participarem da decisão do que elas desejam e do que elas estão certas ao aceitar. (SEN, 2000, p. 23)

Ver o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas das pessoas tem implicações muito abrangentes para a compreensão do processo de desenvolvimento, e também, para os modos e meios de promovê-lo.

Na perspectiva avaliativa, envolve a necessidade de formatar os requisitos de desenvolvimento com base na remoção das privações de liberdade que podem afligir os membros da sociedade. O processo de desenvolvimento, nessa visão, não difere em essência da história do triunfo sobre essas privações de liberdade. Embora essa história não seja de modo algum desvinculada do processo de crescimento econômico e de acumulação de capital físico e humano, seu alcance e abrangência vão muito além dessas variáveis. (SEN, 2000, p. 25)

Exclusões informacionais são componentes importantes de uma abordagem investigativa. Ao assim proceder, não se permite que as informações excluídas tenham influência direta sobre os juízos de valor e, embora isso muitas vezes seja feito de modo implícito, o caráter da abordagem pode ser fortemente influenciado, como ocorre na análise criminológica.

Para que se relacione corretamente política criminal e direitos humanos, imperiosa se faz a análise das características destes, suas chamadas “gerações” e, posteriormente, em que as políticas criminais atuais violam na realidade concreta seus fundamentos, para, após, sejam formuladas balizas humanistas que se apliquem aos programas de prevenção e repressão à criminalidade.

Os direitos humanos são invioláveis, imprescritíveis e inalienáveis. A inalienabilidade decorre da própria existência entrelaçada com a vida do homem, não podendo deste dissociar-se. A imprescritibilidade implica a permanência do direito, independente do decurso de tempo, enquanto a inviolabilidade está relacionada a responsabilização rigorosa dos usurpadores do poder. (SARLET, 2012, p. 237)

Destas características decorrem outras, como irrenunciabilidade (não se pode abrir mão destes direitos), universalidade (aplicação para todos, indistintamente), efetividade (o poder público deve garantir concretamente a proteção dos direitos fundamentais), interdependência (podem ser diversos os direitos, contudo, são coligados) e complementariedade (interpretação deve ser feita de maneira sistêmica, jamais isolada). Importante destacar o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

Artigo 29

- (1) Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
- (2) No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
- (3) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.¹⁹

¹⁹ Tradução livre a partir do texto original: *Article 29. (1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. (2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. (3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.* Acesso em 17/01/2021, disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

Ao se observar a tríade principiológica dos ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), denota-se que esta é a síntese das denominadas “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos, explicitando uma certa escala de importância para eles.

A distinção entre gerações é realizada com a finalidade de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pelo ordenamento jurídico. Importante salientar, contudo, que a sucessão de gerações não representa que a posterior suplante a anterior, mas sim, persistam válidos em conjunto com os da nova geração, podendo, inclusive, serem os novos direitos aqueles antigos adaptados às novas demandas do momento. (MENDES, 2008, p. 234)

A primeira geração, representada pela liberdade, trata das liberdades públicas, ou o que se pode denominar de direitos individuais e políticos. Pretendia-se, acima de tudo, fixar uma esfera de autonomia do indivíduo frente o Poder do Estado, traduzindo-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer²⁰ sobre aspectos da vida pessoal, sendo o paradigma destes direitos o homem individualmente considerado. (MENDES, 2008, p. 233)

A segunda geração de direitos surge a partir da realidade do descaso do Poder Público com questões sociais, que com o processo de industrialização em massa e crescimento demográfico passou a sociedade a vivenciar uma crescente disparidade social e econômica entre seus integrantes, concentrando o capital cada vez mais nas mãos de uma minoria privilegiada.

O ideal de Estado que deveria se abster da esfera individual dos cidadãos passou a não ser mais suficiente para que a dignidade fosse assegurada a todos, compreendendo uma nova lógica de relação entre Estado e Sociedade, com a assunção do poder público a operar no sentido de diminuir as desigualdades sociais e proteger os menos favorecidos. Com isso, um novo rol de direitos pautados pela igualdade passou a fazer parte do catálogo de preceitos fundamentais, como direitos econômicos, sociais e culturais, mediante a ação corretiva das instituições públicas. (MENDES, 2008, p. 233)

No que se refere aos direitos de terceira geração, significada pela fraternidade, traz o conceito de solidariedade entre as pessoas, proteção ao meio ambiente, procura da paz e de outros interesses difusos, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. (MENDES, 2008, p. 234)

²⁰ Referem-se a liberdades individuais, como liberdade de pensamento, de culto, de reuniões e de associações, inviolabilidade de domicílio, de comunicações, entre outros.

O rol de direitos fundamentais, com o passar do tempo, avolumou-se levando em consideração a transformação da sociedade, novas demandas e diferentes realidades existentes. A inspiração dos direitos fundamentais deve sempre possuir ligação à dignidade humana, ainda que não apresente uma menção direta ao princípio.

Exigência de respeito à vida, liberdade, integridade física e íntima de cada indivíduo faz parte da limitação de poder de punir do Estado mediante balizas impostas pela dignidade humana. O arbítrio e a injustiça são, portanto, poderes absolutos de um exercício de poder sem limites, os quais são contidos pelas normas fundamentais de proteção e garantia.

Para se conceber um direito fundamental enquanto tal, há que se sustentar que determinado direito serve aos valores vida, dignidade, liberdade, igualdade e participação política. São qualificações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza em sociedade, permanecendo na categoria da vulnerabilidade social pelo tratamento desigual a ela conferido.

Já se sustentou o mister de outras gerações após a terceira, que compreenderia as peculiaridades da universalização dos direitos de todas as gerações, e implicaria valores como proteção contra manipulações genéticas, direito de eutanásia, mudança de sexo, dentre outros. A doutrina não é uníssona neste sentido²¹, e há que entenda que a excessiva inclusão de direitos de toda natureza nas Declarações tem gerado confusão e debilidade na proteção jurídica dos bens primordiais ao indivíduo, ampliando o conceito e tornando imprecisa a noção tradicional dos direitos humanos. Neste sentido, TOBEÑAS (1992, p. 171):

A atribuição de um direito ao catálogo dos direitos civis e políticos ou aos direitos econômicos, sociais e culturais tem um valor heurístico, ordenador, classificatório, mas uma conceituação mais rigorosa levaria a admitir um 'continuum' de direitos, em que o lugar de cada direito é determinado pelo peso simbólico do componente de obrigações positivas ou negativas que o caracterizam.²²

Quando o Papa João Paulo II visitou o Brasil no dia 01/07/1980, reuniu-se com intelectuais de destaque no país, estando entre eles o jurista Miguel Reale. Após o Papa ressaltar as dimensões fundamentais da cultura (liberdade como condição da dignidade

²¹ “No âmbito do direito pátrio, a posição do notável Prof. Paulo Bonavides, que, com sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente o reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. (SARLET, 2011, p. 53)

²² Tradução livre a partir do texto original: *La ascripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenador, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un 'continuum' de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.*

humana e de um humanismo integral e pluralista), indagou Reale a respeito da relação e Cultura Cristã, tendo respondido o Sua Santidade da seguinte maneira:

Nenhuma civilização, nem mesmo a cristã, logra realizar em sua plenitude todas as virtualidades do Cristianismo. Também ela é uma tentativa perene de realização dos valores que a transcendem, cabendo-nos, por isso, ter consciência de suas limitações históricas. O fato, porém, do homem, como ser finito e livre que é, não poder atingir todo o significado escatológico da mensagem de Cristo, não nos impede de procurar viver em consonância com ela, o que somente poderá ser alcançado com dedicação e amor. Há nesse renovado esforço do homem, visando a realizar-se no sentido de Deus (procuro me lembrar das palavras papais com a maior finalidade possível) um valor infinito, e nada deve impedir que essa tarefa se cumpra. (REALE, 1987, p. 298-299)

Independente do ponto de partida dos valores a serem buscados terem sua origem transcendental ou não, a dignidade humana e todos os direitos fundamentais que se fundamentem em sua realização possuem uma carga de invariabilidade axiológica constante, que demarca a incessante busca do homem na realização do possível e do melhor possível, seja com relação aos princípios cristãos, seja com relação princípios humanitários pura e simplesmente. (REALE, 1987, p. 299)

Há um constante confronto dialético com os direitos humanos. Em uma sociedade dividida em classes, e sobretudo num mundo dividido da mesma forma, com países ricos e pobres, o tema direitos humanos e proteção dos vulneráveis está fadado a ser visto como ameaça a ordem estabelecida. Historicamente, os vulneráveis e vencidos jamais puderam contar sua versão sobre os acontecimentos, representando grande perda de conhecimento para a sociedade contemporânea.

Há um processo de transmissão da história por aqueles que são considerados vencedores. O olhar sobre grandes momentos históricos sempre foi feito pela parcela dominante da sociedade, não se dando visão aos indivíduos mergulhados na “barbárie”. Neste conceito, todo documento de cultura, é também um documento de barbárie, devendo o enfoque a ser dado, à partir de seus escritos, é contar a história não contada, suprimida pelo Estado de Exceção que se aplica a estes indivíduos marginalizados, conforme será melhor analisado oportunamente.

A ideia é entrar nesta marcha do progresso e estabilizá-la, para que se retome o olhar para o passado, sem que se pare no tempo, pois admite que a marcha do progresso é imparável, contudo, se faz necessário observar o que efetivamente aconteceu catastroficamente aos oprimidos. Se a marcha fascista do progresso vencer, nem os mortos estarão a salvo, pois sua história será aniquilada, não havendo qualquer vestígio de suas existências. O projeto genocida é, sobretudo, um projeto de esquecimento.

A formulação do pragmatismo histórico de Walter Benjamin se encontra, nas Teses sobre o Conceito de História, de 1.940, como um dos documentos mais importantes do pensamento histórico²³.

Desta forma, o modelo de história proposto pelo por Benjamin é um modelo dos vencidos, dos oprimidos, dos discriminados e perseguidos, para que não sejam banidos das páginas da história pela constante marcha do progresso. Em sua sétima tese, Benjamin relaciona o fascismo à lógica de progresso, uma vez que a vida dos vulneráveis e vencidos não são conhecidas, ocultando suas existências pelo progresso. Contra isso, menciona a necessidade de resgatar a história destes vencidos, e que ficaram para trás na marcha do progresso, como maneira a fazer justiça à memória destas vítimas, “escovando a história à contrapelo”²⁴.

²³ Nesse sentido, segundo Mate, um de seus tradutores e pesquisadores contemporâneos, Benjamin foi mais um judeu perseguido pela Alemanha nazista durante o Holocausto, preferindo cessar prematuramente sua vida, em vez de ser executado pelos “vitoriosos” da ideologia antissemita daquele período. Assim, uma série de escritos do autor foram perdidos durante esse evento – muitos jamais recuperados. Por outro lado, Benjamin foi auxiliado por amigos próximos antes de sua morte, à exemplo de Hannah Arendt, amiga e parente do autor, que recebeu uma cópia dessas teses e que, posteriormente, as encaminhou para Adorno. Desse modo, Adorno e Horkheimer decidem publicá-las em 1942, em respeito à qualidade literária e a resistência histórica e política do autor. Ademais, não seria demasiado compreendermos que tais teses são atemporais, isto é, mais do que apenas escritos aleatórios e a descrição momentânea e subjetiva do contexto e a forma como foram edificadas, elas refletem, sim, tanto um determinado modo de se fazer política na modernidade quanto as consequências extraídas do “fascismo” higienista, esse ancorado na noção de uma máquina acelerada em busca do progresso técnico-científico. Ademais, tais teses constituem uma espécie de “resposta política” oferecida por um filósofo no momento em que, especialmente na Europa, “não havia nenhum lugar para a esperança” (MATE, 2011, p. 9 e ss.; 17-18). É justamente a resistência de Benjamin contra a ideologia do dominador/colonizador que transforma esses trabalhos em algo tão precioso, pois foi capaz de vincular um determinado método de investigação (genealogia da história e de suas estratégias de poder e dominação) com a sua própria história de vida.

²⁴ “TESE 7 - Fustel de Coulanges recomenda ao historiador interessado em ressuscitar uma época que esqueça tudo o que sabe sobre fases posteriores da história. Impossível caracterizar melhor o método com o qual rompeu o materialismo histórico. Esse método é o da empatia. Sua origem é a inércia do coração, a *acedia*, que desespera de apropriar-se da verdadeira imagem histórica, em seu relampejar fugaz. Para os teólogos medievais, a *acedia* era o primeiro fundamento da tristeza. Flaubert, que a conhecia, escreveu: “*Peu de gens devi- neront combien il a fallu être triste pour ressusciter Carthage*”. A natureza dessa tristeza se tomará mais clara se nos perguntarmos com *quem* o investigador historicista estabelece uma relação de empatia. A resposta é inequívoca: com o vencedor. Ora, os que num momento dado dominam são os herdeiros de todos os que venceram antes. A empatia com o vencedor beneficia sempre, portanto, esses dominadores. Isso diz tudo para o materialista histórico. Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. Esses despojos são o que chamamos bens culturais. O materialista histórico os contempla com distanciamento. Pois todos os bens culturais que ele vê têm uma origem sobre a qual ele não pode refletir sem horror. Devem sua existência não somente ao esforço dos grandes gênios que os criaram, como à corveia anônima dos seus contemporâneos. Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura. Por isso, na medida do possível, o materialista histórico se desvia dela. Considera sua tarefa escovar a história a contrapelo.”

O termo “escovar a história a contrapelo” refere-se a revisitar a história oficial contada, que assim foi produzida para esconder todos os percalços, revoltas e revoluções dos vencidos, com o intuito de manter um fluxo homogêneo de atuação destes.

Isso porque a perspectiva higienista defende uma falsa noção de universalidade de direitos e de garantias, haja vista a impossibilidade, nessa perspectiva, de que todos sejam cidadãos perante a máquina acelerada do “progresso”. (Re)Pensar a legitimidade dos Estados-nação para governarem e estruturarem a vida social é um desafio porque implica a compreensão de seus vários mecanismos técnico-científicos de luz e sombra, responsáveis pelo desenvolvimento de uma determinada imaginação criminológica, racionalizante e de guerra, pertencente e capaz de produzir e de reproduzir um verdadeiro Leviatã contemporâneo. (ROCHA, 2020, p. 77)

Tais relações que se formam entre presente e passado não contado pontuam a diferença entre o que Benjamin denomina como historicismo e de materialismo histórico, sendo o primeiro uma espécie de imagem imutável e indiscutível do que já ocorreu, e o segundo uma nova experiência com os fatos passados, para que se compreenda, com maior clareza e exatidão, de que maneira os fatos efetivamente aconteceram. (LÖWY, 2002, p. 200)

Ao longo da história, sempre houveram uma série de ideologias e pensamentos que se encarregaram de justificar atrocidades cometidas, como genocídios indígenas na época do colonialismo em países americanos, ou o tráfico de homens e mulheres africanos para servirem à realidade escravocrata, por exemplo. Cada ideologia possuía a ideia do homem, e na medida em que realizava, tudo estava justificado pela necessidade, não havendo obstáculos formais mas sim a orientação conforme sua própria concepção de direito natural.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como “ideal comum a ser alcançado por todos os homens”, servindo como uma reserva ou contenção aos direitos naturais, positivando limites às ideologias de controle social no mundo.

Certamente, as diversas declarações internacionais de direitos humanos foram estabelecendo limites às mais variadas ideologias justificadoras de atrocidades, mas principalmente, estabeleceram um patamar mínimo de direitos humanos que foram (e ainda o são, num processo ininterrupto e inacabado) absorvidos pelos países signatários.

A organização que a política criminal faz a partir das diferentes respostas do corpo social ao delito ocorrido, demonstram que, ao longo da história, todo um modelo político

criminal foi formulado a partir da importância que se concede aos conceitos de liberdade, igualdade e autoridade. (BINDER, 1997, p. 34)

Num primeiro momento, ao se referir ao modelo autoritário, percebe-se que a característica comum consiste na subordinação absoluta dos conceitos de liberdade e igualdade ao princípio da autoridade. Nesta realidade, a política criminal não possui limites a si própria.

Um modelo extremo político-criminal autoritário foi o ocorrido na Itália fascista e Alemanha nazista, em que a política criminal era a manifestação pura e simples de um Estado todo poderoso. Na realidade latino-americana, as ditaduras ocorridas no século XX também fizeram uso deste modelo imperioso, sempre com o pretexto de garantir a “segurança nacional”.

O amplo poder destes Estados remete a um padrão de repressão ilimitado, contudo, não o eram em termos absolutos. Existiam limites, ainda que meramente formais, para sustentar uma credibilidade, tendo uma função meramente decorativa, ou vinham de fora do sistema, ou seja, mediante a resistência da população em curvar-se ao autoritarismo anti-humanista. A política criminal liberal, ao contrário, se caracteriza por tomar decisões de autolimitação, baseando-se nos princípios da legalidade e da segurança jurídica, para que o exercício do programa de política criminal seja racional e limitado. (BINDER, 1997, p. 36)

Dentro do paradigma da política criminal liberal, pode-se dizer que o limite indisponível e inegociável remete ao reconhecimento da heterogeneidade da sociedade, ou seja, reconhecer o direito das pessoas a serem diferentes entre si, e não aceitarem os valores comuns estabelecidos ao longo do tempo. Outra limitação refere-se ao direito a vida privada, que demanda a impossibilidade da política criminal invadir a esfera de intimidade das pessoas com a finalidade de moldar a forma de pensar. Tais limites possuem o referencial da dignidade da pessoa humana, que norteia os direitos fundamentais como um limite substancial.

Por fim, o terceiro modelo político-criminal refere-se a leitura da realidade que constata a completa desigualdade com a qual o sistema penal age sobre os indivíduos, demandando um sistema igualitário onde a política criminal conceda tratamento similar a todos os cidadãos que se encontrem em idênticas condições. (BINDER, 1997, p. 37)

Este modelo de pensamento político-criminal remete ao modelo de criminologia crítica e abolicionismo penal, que indicam a desigualdade produzida pelo próprio sistema e funcionamento da sociedade pautada na lógica capitalista de mercado, marcada pelo deslinde

dos acontecimentos históricos. Tais correntes doutrinárias se caracterizam, conforme já mencionado, por denunciar as mazelas do modelo de política criminal liberal e autoritário, que se confundem em um só modelo punitivista e discriminatório.

Estes três modelos apresentados são referenciais, paradigmas que servem para compreender melhor o complexo fenômeno da política criminal, e que não se aplicam de maneira pura em nenhuma realidade social. São apenas pontos de referência de uma política essencialmente transnacional e dinâmica, e que continuamente está em um processo de reconfiguração que nunca será finalizado. Portanto, a política criminal jamais poderá ser entendida como um resultado determinado, de previsão matemática ou solução puramente racional e atuarial. Trata-se de um equilíbrio sempre instável, composta por imagens e fatores múltiplos, que demanda um estudo contínuo de novos instrumentos e parâmetros para sua reflexão.

Evidente que para a ciência penal moderna é impossível descrever adequadamente o conteúdo do direito penal, processual penal e execução penal sem uma tentativa de compreensão deste fenômeno complexo e, por vezes, até mesmo nebuloso, que é a política criminal.

A conclusão a que se chega é que a política criminal não é o mero veículo de incursão à prática, das soluções que a criminologia pode eventualmente propor, mas sim cumpre uma função teórica, ao se reverter como elemento substancial nos processos de investigação e de elaboração de teorias criminológicas.

É, portanto, um meio dentro do processo de conhecimento criminológico, que se insere em sua dialética para trocar objetos ou elementos teóricos de algumas experiências sociopolíticas, e outras de estudos e pesquisas científicas. Nessa perspectiva, a pesquisa de campo nas ciências sociais é sempre fundamental para não se acabar em uma teoria eivada de profunda abstração dissociada da realidade. A pretensão de articular criminologia e política criminal não se baseia na crença de que o criminologista é chamado (talvez "messianicamente") a resolver os grandes e críticos problemas da criminalidade de hoje, mas na necessidade epistemológica de que a práxis político-criminal é compreendida dentro o objeto de estudo da criminologia, e não como outro objeto, mas como o espaço ou o elemento de confirmação e verificação de boa parte das premissas criminológicas.

A expansão do direito penal, que passa a ser a ferramenta máxima de repressão do Estado à sociedade, possui na política criminal humanista um obstáculo a ser transposto. As garantias constitucionais representadas pelos direitos fundamentais, nas quais deve se pautar

o projeto de desenvolvimento de políticas públicas para uma sociedade mais justa e igualitária, são as balizar a serem firmadas pela política criminal ao crescente uso do direito penal além de sua função, que é limitar o direito de punir, e não a implementação da violência institucionalizada como fim em si mesmo.

1.3. Controle social e Política Criminal

O início do século XXI vem sendo marcado por grandes transformações socioculturais, produzidas principalmente pela implementação de tecnologias de informática e comunicação célere. Isso acarreta em novas formas de relacionamento, de produção, de consumo e, conseqüentemente, de vigilância sobre a vida privada. Os métodos de controle social também passam por constante aprimoramento, utilizando técnicas mais refinadas e cada vez mais invasivas, a partir do suporte da tecnologia de ponta. Mesmo nesse contexto de mudanças, as antigas instituições totais e disciplinares ainda não desapareceram da sociedade contemporânea, ao contrário, há uma florescente indústria funcionando ativamente no sistema prisional.

A evolução da humanidade tem proporcionado maravilhas em vários de seus segmentos. Por meio do desenvolvimento tecnológico o mundo produz mais alimentos, a longevidade tem aumentado sensivelmente, se está encontrando a cura de doenças outrora incuráveis, os deslocamentos tornam-se cada vez mais rápidos e prazerosos, o espaço para lazer, trabalho e habitação vem sendo otimizado, a moda, a política, o turismo, as tecnologias de democratização da educação, a cultura, enfim, vários setores sociais vêm sendo agraciados por descobertas que se multiplicam ao passar dos tempos. Apesar de tudo isso, é cediço que as desigualdades sociais agravam-se com a acumulação de capital e oportunidades nas mãos de uma parcela privilegiada da comunidade global.

Para alcançar resultados satisfatórios e aceitáveis dentro da ótica econômica vigente, o homem tem criado riscos nem sempre tolerados. E como não poderia ser diferente, a estabilização das ilimitadas necessidades sociais sob a plataforma econômica dominante tem demandado constante controle jurídico, notadamente no que toca a estes riscos. O problema surge a partir da natureza e limites (legitimidade) das técnicas de controle legislativo para obtenção de formas padronizadas de comportamento social, e do papel do sistema penal diante das denominadas “sociedades de controle”, e sua posterior evolução a partir das experiências sociais.

A vida em sociedade gera conflito entre seus componentes. Choque entre pessoas de diferentes gerações, experiências de vida, preceitos religiosos e costumes familiares, são apenas alguns exemplos de como a sociedade é composta de uma diversidade enorme de pensamentos, comportamentos e métodos distintos de como cada um se comporta frente as variadas situações da vida.

Na atualidade, criou-se o costume de rápida adaptação frente as frequentes e abruptas mudanças sociais das últimas décadas. O impacto trazido na rotina das pessoas pela pandemia do COVID-19 é um claro exemplo de como o trabalho e a vida social pode ser transmutado rapidamente, podendo-se citar, como exemplo, o trabalho realizado em domicílio (*home office*), que se massificou em boa parte da massa laboral ativa.

O imediatismo do presente é algo imposto à todos, e faz com que a sociedade rapidamente absorva tais culturas, que são disseminadas de forma instantânea pelas redes sociais e meios de comunicação em massa, principalmente. Assim como a adaptação e a assimilação quase que instantânea ocorre de forma massiva, os discursos punitivistas e de combate ao crime e ao criminoso também o são, levando a opinião pública a apoiar políticas de governo repressivas.

A criação da cultura do medo e da insegurança é ferramenta primordial para que se construa uma aceitação natural das condições do sistema penal na população. De um modo geral, soa familiar à todos, não gerando qualquer tipo de consternação pública ou levante popular, a informação de superlotação carcerária, doenças de pele entre os presos, mortes e chacinas ocorridas no interior de presídios e agressões físicas generalizadas. Também não produz qualquer reação relevante da sociedade civil o fato notório de que o encarcerado, em sua imensa maioria, não possui trabalho, estudo ou qualquer outra política efetiva de ressocialização, conforme previsto na Lei de Execução Penal, criando uma subcultura carcerária que retroalimenta o ciclo da violência.

O imediatismo da sociedade contemporânea faz com que os processos históricos sejam ignorados ou desconsiderados. Olvidar o que já aconteceu em termos de administração da questão criminal faz crescer o risco de se repetirem erros do passado. A antecipação cognitiva de eventos futuros é impossível, contudo, a consideração e reflexão sobre as experiências anteriores auxilia o estudo e o planejamento a ser realizado, para que se construa a maneira pela qual a sociedade e seus governos devem lidar com o problema da segurança pública e das desigualdades sociais.

O homem, a partir da constituição das comunidades, passou a criar métodos de controle social para gerir os diferentes pensamentos e modos de vida existentes dentro do corpo social. Desde regras rudimentares de convivência, até instituições oficiais e não oficiais de controle de comportamento, o controle social busca moldar a sociedade buscando padronizar reações e condutas.

A violência, dentro desse contexto, também passa a ser objeto de preocupação, bem como a resposta a ser dada ao criminoso. Criou-se o axioma de que os castigos e as leis penais possuem a finalidade única de restabelecer a ordem e a harmonia social, sendo a vítima do sacrifício público (delinquente), oferecida à toda a comunidade, gerando satisfação pela “justiça” concretizada.

A punição foi construída sobre o dogma, jamais comprovado, de que o monopólio da força deve ser exclusivo do Estado, caso contrário, terminar-se-ia numa guerra de todos contra todos, a partir do ciclo de vingança gerado a partir do primeiro ato delituoso praticado. (ALAGIA, 2018, p. 58)

O sistema judicial, dentro deste contexto, seria o instrumento pelo qual o Estado afasta a vingança particular que levaria a sociedade ao caos. A violência da pena (sacrifício), portanto, é produzida sem esse risco, sob o pálio da proteção da sociedade.

Vingança e sacrifício eram entendidos no mundo primitivo de maneira independente. A vingança como espécie de um direito civil compensatório, e o sacrifício como poder punitivo aproximado do direito penal, surgindo este com o fracasso dos atos compensatórios daquela. Segundo ALAGIA (2018, p. 61), “nenhuma etnologia comprova a afirmação de que sociedades desprovidas de sistema punitivo estão ameaçadas de morte pela vingança privada interminável”.

Mais adiante, ALAGIA (2012, p. 66) complementa:

Não há nada evolutivo na passagem da vingança privada à pública que marque o salto da barbárie à civilização. A vingança privada ilimitada foi uma invenção, igual a outras, como a acusação de canibalismo e de irracionalidade indígena, feitas à medida dos interesses da conquista do homem branco, não só para domesticar os selvagens como também para afirmar um princípio válido para todas as “raças” e todos os povos: uma sociedade sem autoridade sacrificial é uma sociedade inimaginável, impossível. Onde não há autoridade os homens comem uns aos outros.

Uma sociedade, portanto, não é colocada em xeque por sua configuração normativa em razão do que uma minoria de transgressores da lei penal pratica, tampouco é mantida pelo tratamento punitivo de sacrifício a que é compelida a se subjugar. Na idade média, o período feudal não foi suplantado porque os senhores feudais ou o soberano da nação

deixaram de punir os crimes cometidos. Ocorre crise quando deixa-se de observar as regras de apropriação de meios de trabalho alheio e de gestão da vida interna, portanto, pelo desrespeito ao direito civil, do trabalho e, principalmente, da Constituição na relativização de preceitos fundamentais de garantia. (ALAGIA, 2018, p. 75)

Thomas Hobbes, na obra “O Leviatã”, especificamente no capítulo XIII (“Da condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria”) cunha o termo “guerra de todos os homens contra todos os homens”, em que o estado de natureza induz a maneira pela qual os componentes de uma sociedade, caso não haja uma autoridade maior sobre eles, irão se comportar de forma irracional, beirando a selvageria. Entende que o comportamento humano possui natureza beligerante, e que somente poderá ser controlado mediante a presença do Leviatã, representado pelo Estado que possui força para realizar este controle. (HOBBS, 1974, p. 59 e ss.)

Ao colocar em evidência a importância do poder central, Hobbes elabora uma análise do poder individual e de sua sujeição com o que se compreende por honra. Mais à frente, pretende comprovar de que maneira as relações entre as pessoas envolvem os campos de controvérsia movidos pela tendência geral de todos os homens: um perpétuo e inquieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte. (HOBBS, 1974. p. 64)

Desta forma, a expressão “guerra de todos os homens contra todos os homens” remete a ideia de uma vontade constante de combaterem-se, se deduz do homem, contudo, ao fazê-lo, suprime a sociedade como um todo. Toda a ideia ocidental de sociedade e sua constituição forçada se dá com base neste dogma, de que a natureza violenta do homem deve ser contida através da figura da força e do poder punitivo do Estado, e este, sem tais ferramentas de controle social, colocaria em perigo a vida em sociedade.

SAHLINS, (*apud* ALAGIA, 2018, p. 90), ao realizar um estudo etnológico sobre o axioma da selvageria natural do ser humano, comenta a degradação deste na era tecnológica em condições de vida com o que se constatava em períodos históricos primitivos:

Sahlins foi, durante muito tempo, o único etnólogo que se opôs à tese da penúria dos caçadores e seus passos foram seguidos por outros. Demonstrou-se que eles trabalham menos para viver e gozam de um bem-estar maior do que o de países em desenvolvimento na atualidade. As informações sobre caçadores coletores e coletores do presente etnológico sugerem uma média de três a cinco horas de trabalho por dia de um adulto, dedicadas à produção de alimentos, razão pela qual o neolítico não representou nenhum progresso em relação ao paleolítico quanto à quantidade de tempo per capita para a produção em função da subsistência. Hoje em dia, na era do poder tecnológico, trabalha-se mais e ainda assim um terço da humanidade vai diariamente dormir com fome. Ainda que seja difícil acreditar, a fome e o poder punitivo aumentam em termos relativos e absolutos com o processo civilizatório.

Entre as sociedades primitivas, a imposição de normas de comportamento era algo inconcebível, sendo o sistema cooperativo de trocas com regras criadas pelos costumes foi tido como inaceitável na concepção de Estado que se criou posteriormente. Não havia a figura do inimigo interno caracterizada pelas sociedades modernas. Era um sistema pautado na igualdade, que destoava da sociedade industrial. O poder punitivo, portanto, deve ser compreendido como um fato cultural, jamais como um fato natural. (ALAGIA, 2018, p. 91-92)

Contudo, a polarização não é fruto de um fenômeno moderno, sendo relevante mencionar a obra de Étienne de La Boétie, *Le Discours de la Servitude Volontaire* (Discurso da Servidão Voluntária), publicada em 1.549. O início do processo de polarização, na época em que o texto foi produzido, dava-se entre católicos e protestantes, e La Boétie buscou atuar como diplomata entre estes dois lados. (ALVIM, 2018, p. 43)

La Boétie repudiava tal polarização. Sua reflexão foi associada ao anarquismo e a desobediência civil (PASSETTI, 2002, p. 41), e algo a se destacar é que entre as referências, não há citação de governantes contemporâneos à obra, mas sim de Alexandre o Grande, Julio Cesar, Xenofonte e Mitrídates, apenas para citar alguns. O poder desta obra é a contradição do título: “Servidão Voluntária”. Apenas partindo da reflexão do título, pode-se destacar que não se trata de servidão contrária, ou de servidão contra a vontade, ou de ditadura excludente, mas “voluntária”.

La Boétie elucida a forma pela qual as pessoas se prostram, de maneira voluntária, a apenas um indivíduo: pelo hábito, pois quem está habituado à servidão não a questiona; a partir disso, pela religião e superstição criada em torno da figura do líder.

Contudo, não são apenas estas duas maneiras possíveis que permitem a criação da servidão voluntária, consistindo a dominação em abranger o dominado na própria estrutura da dominação, ou seja, em uma espécie de diagrama de poder: o tirano domina meia dúzia, essa meia dúzia domina seiscentos, esses seiscentos dominam seis mil, e abaixo desses seis mil vêm todos os outros. Para subjugar meia dúzia, que para La Boétie são seus cortesãos, o tirano lhes concede migalhas, e estes, agradecidos, permitem submeterem-se ao poder. Tal estrutura de domínio é reiterada em todos os níveis: a meia dúzia em relação aos seiscentos; os seiscentos em relação aos seis mil; os seis mil em relação a todos os outros. (FÉLIX, 2007)

O processo de costumes repassados de geração após geração, para La Boétie, é tido como maior responsável pela servidão voluntária, da qual os cidadãos são moldados a

acreditar que este é o melhor comportamento social a ser adotado, sem questioná-lo. O controle social realizado nesta análise histórica, a partir disso, é objeto de forte crítica em sua obra:

É verdade que, a princípio, serve com constrangimento e pela força; mas os que vêm depois, como não conheceram a liberdade nem sabem o que ela seja, servem sem esforço e fazem de boa mente o que seus antepassados tinham feito por obrigação. Assim é: os homens nascem sob o jugo, são criados na servidão, sem olharem para lá dela, limitam-se a viver tal como nasceram, nunca pensam ter outro direito nem outro bem senão o que encontraram ao nascer, aceitam como natural o estado que acharam à nascença. E todavia não há herdeiro tão pródigo e desleixado que uma vez não passe os olhos pelos livros de registros, para ver se goza de todos os direitos hereditários e se não foi esbulhado nos seus direitos, ele ou o seu predecessor. Mas o costume, que sobre nós exerce um poder considerável, tem uma grande orça de nos ensinar a servir e (tal como de Mitridates se diz que aos poucos foi se habituando a beber veneno) a engolir tudo até que deixamos de sentir o amargor do veneno da servidão. Não pode negar-se que a natureza tem força para nos levar aonde ela queira e fazer a nós livres ou escravos; mas importa confessar que ela tem sobre nós menos poder do que o costume e que a natureza, por muito boa que seja, acaba por se perder se não for tratada com os cuidados necessários; e o alimento que comemos transmite-nos muito de seu, faça a natureza o que fizer. (LA BOÉTIE, 2006, p. 15)

Para se refletir sobre controle e sociedade, imperiosa a análise do pensamento de Michel Foucault. A obra “Vigiar e Punir: nascimento das prisões”, publicada em 1.975, trata da disciplina no mundo moderno, tendo sido organizada em quatro partes (Suplício; Punição; Disciplina; e Prisão), todas divididas em capítulos. O trabalho de Foucault demonstra a evolução da lei penal e de que maneira são aplicadas, a partir do século XVII até a segunda metade do século XX.

Dentre tais análises, Foucault diagnosticou a existência do que chama de “sociedade disciplinar”, que surge a partir da Revolução Francesa e se verifica, segundo ele, até a publicação da obra, em 1.975, estabelecendo novos modelos de manipulação do comportamento humano sem a utilização das técnicas espalhafatosas e bárbaras de punição ocorridas até a queda na França do *Ancien Régime* (Antigo Regime), em 1.789.

A primeira parte, intitulada de “suplício”, é subdividida em dois capítulos: o corpo dos condenados e a ostentação dos suplícios. No primeiro capítulo, o autor narra como ocorriam as penas de morte, para aqueles que eram julgados culpados por assassinato. Utiliza como paradigma o caso ocorrido com Robert-François Damiens, condenado em 02 de março de 1.757, por parricídio. A execução se deu em praça pública, incluindo pedido de perdão publicamente diante da porta da igreja de Paris, sucedidos de uma série de atos violentos sobre o corpo do condenado. (FOUCAULT, 2010)

No final do século XVIII e início século XIX troca-se o espetáculo da punição a um ato mais velado do processo penal. Os espetáculos passaram a ser questionados e vistos de forma negativa, invertendo os papéis. O carrasco se parece ao criminoso e o juiz aos assassinos, fazendo do supliciado um objeto de admiração e piedade. (FOUCAULT, 2010, p. 12)

A humanidade tem afastado a barbárie em prol da construção de sociedades pautadas no respeito ao direito e as garantias fundamentais do cidadão. Com efeito, com a queda das sociedades de soberania, nas quais o ideal de conquistas, de arrecadação, de arbitrariedade jurídica e de banalização²⁵ da morte eram traços marcantes, houve o ingresso, a partir do século XVIII, das chamadas sociedades disciplinares, caracterizadas pela forte presença dos meios de confinamento: família, escola, caserna, fábrica e eventualmente, hospital e prisão. (DELEUZE, 2000, p. 219)

FOUCAULT (2005, p. 95-96) acena para as *lettres-de-cachet* como grande marca da arbitrariedade jurídica desse período histórico:

A *lettre-de-cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. Podia-se até mesmo obrigar alguém a se casar pela *lettre-de-cachet*. Na maioria das vezes, porém, ela era um instrumento de punição. Podia-se exilar alguém pela *lettre-de-cachet*, privá-lo de alguma função, prendê-lo, etc. Ela era um dos grandes instrumentos de poder da monarquia absoluta. As *lettres-de-cachet* foram bastante estudadas na França e se tornou comum classificá-las como algo temível, instrumento de arbitrariedade real abatendo-se sobre alguém como um raio, podendo prendê-lo para sempre.

O salto de racionalidade veio disfarçado por necessidades econômicas que subjaziam aquele período de grande efervescência política. A luta por mais direitos e relativização do poder punitivo estatal trazia consigo o ideal burguês de expansão industrial e a respectiva necessidade de consecução de mão de obra. Se o mote era mais econômico do que humanitário²⁶ ou não, a verdade é que o suplício ao menos institucionalizado foi, aos poucos, abandonado. (FOUCAULT, 2010, p. 13)

O corpo antes dilacerado, esquartejado, queimado, exposto como ponto principal do espetáculo punitivo, era enfim visto como algo útil ao sistema industrial latente. A morte do

²⁵ A banalização era concretizada pelas inúmeras modalidades de suplícios, carregados de irracionalidade, onde o corpo humano era o local de manifestação do poder estatal. FOUCAULT (2010, p. 17) menciona que os suplícios foram substituídos depois pela proposta de Guillotin, qual seja, morte por decapitação via guilhotina, prevista no artigo 3.o do Código Penal Francês de 1791, de modo a materializar a desejada igualdade revolucionária até no momento da morte. A decapitação, então pena de nobres, foi universalizada em França.

²⁶ FOUCAULT (2010, p. 217-218) explica que a prisão, enquanto punção penal, conferiu caráter mais humanitário ao sistema, embora indique a existência de influências de um poder dominante na sua utilização.

criminoso de nada e nem a ninguém servia naquele momento. Surge, então, a ideia de ressocialização, preservando a força de trabalho corporal. O corpo passa a ter importância na conjugação política e social dado seu encaixe na estrutura econômica em formação. Se tem relevo social, o indivíduo e sua força de trabalho correlatada precisam ser submetidos a um sistema de sujeição e disciplina. Assim, a utilidade esperada do corpo deve ser calcada em dois vetores, quais sejam: produtividade e submissão. A prisão, por sua vez, apresenta-se como principal instrumento social de disciplina, ensejando uma das tecnologias políticas do corpo. Nesse contexto, infere-se que as influências advindas do lado político e econômico sobre as práticas punitivas penais foram mais substanciais do que as próprias teorias de cunho jurídico. (FOUCAULT, 2010, p. 28-31)

No segundo capítulo de “Vigiar e Punir”, Foucault retrata o significado e a importância dos suplícios para o pensamento da época. Retrata as penas físicas, que continham em suas vertentes os costumes, natureza dos crimes, bem como variava de acordo com o status do apenado, o que produzia impacto no tocante ao meio de aplicação da sanção capital, que podia variar. Grande parte das penas eram de banimento ou multa, sucedidas de algum ritual de barbárie, com castigos físicos extenuantes. Isso representava a manifestação pura e simples de poder do Estado infligida aos condenados, para que atingisse, além do corpo, a alma. (FOUCAULT, 2010, p. 37-40)

O suplício penal, portanto, contém uma série de punições para que produza sofrimento na marcação da vítima na mais absoluta manifestação de autoridade, sendo que nestes excessos é que se investia toda a economia do poder.

Portanto, o suplício aplicado por intermédio do judiciário continha em si um ritual político, pois o ato criminoso praticado que feria um direito da vítima, também atingia o soberano, pelo fato de a mácula a lei ser compreendida uma afronta a vontade do governante. O direito de punir era entendido como aspecto do direito que tem o soberano, por exemplo, de guerrear seus inimigos. (FOUCAULT, 2010, p. 55)

Na segunda parte do livro, Foucault passa a abordar os levantes contra os suplícios físicos e mentais do século XVIII, abordando a revolta popular que via o método de punição excessivo, como objeto de prazer cruel. A “punição generalizada”, título do primeiro capítulo, retrata que a justiça criminal deveria punir ao invés de se vingar, surgindo então a ideia de humanização das penas. Aqui despontam os reformadores Beccaria, Servan, Dupaty, dentre outros, que passaram a questionar as medidas e defender uma reforma. Surge o

argumento da defesa da sociedade, em substituição a vingança do soberano. (FOUCAULT, 2010, p. 165-167)

Nasce, então, a necessidade de estabelecer uma nova economia do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, evitar a concentração em alguns pontos privilegiados e tampouco partilhar em demasia, mas que possa ser distribuído e exercidos em toda a parte, de maneira contínua em todo o corpo social. Evitar essa confrontação física entre soberano e condenado não se tratava de punir menos, mas punir melhor, afastar os privilégios e pontos contraditórios da soberania.

Passar de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. (FOUCAULT, 2010 p. 167-168)

As necessidades econômicas repercutiam e ainda continuam a repercutir no campo jurídico. O grande ponto de dominação e disciplina das sociedades disciplinares se deu concomitantemente a formação das penitenciárias, entrelaçando o econômico com o jurídico, e consistiu em criar um simbolismo adequado ao modelo econômico capitalista industrial nascente com a ajuda do Direito Penal. O simbolismo consistia no ciclo da ressocialização com o final feliz, a saber: o pobre e desempregado praticava um crime, sendo conduzido à prisão para, ao final, vender sua força de trabalho ao sistema econômico, tornando-se parte do proletariado. (GIORGI, 2010, p. 45)

Era explícita a necessidade de ocupar e disciplinar o tempo dos homens, convertendo o tempo do corpo em tempo de trabalho ou tempo de sentença²⁷. A disciplina se apresentava, assim, como um conjunto de métodos objetivando adestrar o corpo, tornando-o dócil, possibilitando submissão e utilização pelos mecanismos políticos predominantes. (FOUCAULT, 2010, p. 132-133)

²⁷ GIORGI (2006, p. 40-41) detecta que a transição entre regimes penais foi responsável pelo nascimento das prisões e a redefinição de um novo papel do corpo do condenado ante o surgimento de um novo cenário social, pautado numa ordem econômica inovadora. Se antes a destruição do corpo atendia ao culto do poderio absoluto do monarca, o advento do capitalismo foi o mote para manutenção do corpo e captação do seu tempo com o intuito de servir de instrumento direcionado ao alcance de produtividade. Segundo o autor: “Uma nova concepção de tempo, de um lado, e uma universalização do princípio da troca de equivalentes, do outro, explicam a afirmação histórica paralela do contrato como fixação do tempo de trabalho e da sentença como fixação do tempo de reclusão”.

Contudo, a disciplina que gerava confinamentos não foi capaz de suportar os avanços tecnológicos e a premente necessidade de propiciar mais liberdade em busca de uma maior mobilidade financeira. Os meios de confinamento mergulharam em estado de crise, carecendo de reformas. Havia a necessidade de alimentar o consumo, o qual se constituía (e ainda se constitui) como verdadeiro vértice da economia capitalista.

As instituições de confinamento iniciaram então um processo de remodelagem e adaptação ao surgimento de novas liberdades. Por exemplo, o hospital já não mais servia como meio de confinamento, adaptando-se a nova realidade com a criação dos hospitais-dia, a repartição em áreas cada vez mais específicas da saúde, a possibilidade da consulta em domicílio etc. A fábrica cedeu lugar à empresa. Se antes os trabalhadores se situavam num mesmo local, facilitando o controle do patrão, hoje trabalham longe das lentes patronais. (DELEUZE, 2000, p. 220-221)

Neste sentido ao mencionar especificamente sobre as instituições de confinamento, FOUCAULT (2010, p. 169-170) fala que o confinamento nem sempre é essencial para a disciplina:

Mas o princípio de “clausura” não é constante, nem indispensável, nem suficiente nos aparelhos disciplinares. Estes trabalham o espaço de maneira muito mais flexível e mais fina. E em primeiro lugar segundo o princípio da localização imediata ou do *quadriculamento*. Cada indivíduo no seu lugar; e em cada lugar, um indivíduo. Evitar as distribuições por grupos; decompor as implantações coletivas; analisar as pluralidades confusas, maciças ou fugidias. O espaço disciplinar tende a se dividir em tantas parcelas quando corpos ou elementos há a repartir. É preciso anular os efeitos das repartições indecisas, o desaparecimento descontrolado dos indivíduos, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa; tática de antideserção, de antivadiagem, de antiaglomeração. Importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os operários e impedir desde o início que progridam. É porque, à medida que méritos. Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espaço analítico.

Foucault questiona a vigilância e o controle do Estado sobre os indivíduos, a evolução do controle das prisões, a partir do emprego de técnicas disciplinares, que objetivam tornar os presos mais dóceis, daí o capítulo “os corpos dóceis”. Só a partir de um controle rígido do tempo, das horas, com imposição de regras disciplinares aos presos, com exigência de uma sequência rotineira diária e em todos os dias, e que ainda tornando-os iguais, somado ao sistema de vigilância com esquema hierárquico sólido, reforçava o poder disciplinar, tornava o preso um corpo dócil.

Para FOUCAULT (2010, p. 181), a disciplina mantida nas prisões é como algo a criar ou aperfeiçoar os corpos num processo de torná-la dócil para controle de sua vontade e da produção de energia do preso à serviço do capitalismo. Razão que tal procedimento não permaneceu trancafiado aos pátios das prisões, mas ocupou lugar de destaque em escolas, quartéis, hospitais, espaços religiosos, em que o controle rígido do tempo soprava a favor do processo de sujeição do indivíduo, mascarados por interesses de dominação do sistema e pela sujeição às pessoas.

A disciplina não é mais uma simples técnica de repartir os corpos, de extrair e acumular o tempo deles, mas de compor forças para obter um aparelho eficiente. Nas fábricas no final do século XVIII, há processo semelhante de individualização e isolamento dos trabalhadores, ligados por um aparelho de produção que tem suas exigências específicas. (FOUCAULT, 2010, p. 183)

Ao falar sobre os “recursos para o bom adestramento”, Foucault retrata que a partir da vigilância hierárquica, induziam a efeitos de poder e, em troca, os meios de coerção tornaram claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicava, sendo este o diagrama de um poder que age pelo efeito de uma visibilidade geral. Assim, a vigilância hierarquizada contínua e funcional organiza-se como um poder múltiplo, automático e anônimo, para se formar no poder que é em aparência ainda menos corporal por ser mais físico. (FOUCAULT, 2010, p. 187)

O castigo disciplinar tem a função de reduzir os desvios, devendo ser corretivo. A punição disciplinar é isomorfa à própria obrigação, vez que não passa de um elemento de um sistema de gratificação e sanção. A arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo a repressão, mas exerce a vigilância, que permite qualificar, classificar e punir.

Foucault finaliza a terceira parte com a narrativa do panoptismo, que diante da necessidade de adotar medidas que evitassem a proliferação da peste nas cidades no século XVII, estabelece-se policiamento espacial estrito a praticar a vigilância sob pena de reprimenda a quem desalinhasse às ordens. Com objetivo de enfrentar a peste, que como forma real e ao mesmo tempo imaginária da desordem, tem a disciplina como correlato médico e político. (FOUCAULT, 2010, p. 190-192)

A existência de um conjunto de técnicas e de instituições que assumem como tarefa medir, controlar e corrigir os anormais, faz funcionar os dispositivos disciplinares que o

medo da peste chamava. Mecanismos de poder que, ainda hoje, são dispostos em torno do “anormal”, para marca-lo e modifica-lo, derivadas de longe.

O panóptico de Bentham, que é uma figura arquitetural presidiária que permite exercer determinada vigilância, projetada para tal fim com economia, que se distingue do princípio das masmorras, pela inversão que a plena luz e olhar de um único vigia captam melhor que a sombra que o protegia, a visibilidade torna-se uma armadilha.

Narra Foucault que as instituições panópticas determinavam o fim das grades, das correntes, das fechaduras pesadas, bastando que as separações sejam nítidas e as aberturas bem distribuídas. Uma espécie de laboratório de poder, destinado a se difundir no corpo social, tendo por vocação tornar-se uma função generalizada, através de uma disciplina-mecanismo com um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder, tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, com um desenho das coerções sutis para uma sociedade que estava por vir. O panoptismo é para Foucault o princípio geral de uma nova “anatomia política”, cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina. (FOUCAULT, 2010, p. 195-197)

Surgem os grupos privados de inspiração religiosa e a polícia como mecanismos estatais capazes de desempenhar a vigilância. O poder policial deve-se exercer “sobretudo”, não é, entretanto a totalidade do Estado, nem do reino como corpo visível e invisível do monarca, mas a massa dos acontecimentos das ações, dos comportamentos, das opiniões, enfim, de tudo o que acontece. E para exercer esse poder, a polícia deve adquirir o instrumento para uma vigilância permanente, exaustiva, onipresente, capaz de tornar tudo visível, um olhar sem rosto que transforma o corpo social num campo de percepção, uma longa rede hierarquizada de olhares postados em toda parte. (FOUCAULT, 2010, p. 198)

Ocorre então o entrelaçamento entre o poder, panoptismo e capitalismo, a projeção maciça dos métodos militares sobre a organização industrial foi exemplo da divisão do trabalho a partir do esquema de poder. Que a disciplina é o processo técnico unitário pelo qual a força do corpo é com o mínimo ônus, reduzida à força política e maximalizada como força útil. Objeto útil da justiça penal agora não é mais o corpo do condenado levantado contra o soberano, nem tampouco o sujeito de direito de um contrato social ideal, mas o indivíduo a ser disciplinado. O ponto ideal seria hoje a disciplina infinita com suas características particulares. (FOUCAULT, 2010, p. 199-200)

A quarta e última parte da obra traz a narrativa das prisões, das instituições completas e austeras, da ilegalidade e da delinquência, e ao carcerário, como componentes do sistema

prisional. Foucault narra a observância das instituições completas e austeras, uma forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e uteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, antes mesmo que a lei a definisse como pena. Ao fazer da detenção uma pena por excelência, introduz processos de dominação de um tipo de poder, em que uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário autônomo, é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, o que chamaram de pena das sociedades civilizadas. (FOUCAULT, 2010, p. 201-202)

Menciona que “a prisão é um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas nada de qualitativamente diferente. O fundamento jurídico-econômico, técnico-disciplinar, fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas”. (FOUCAULT, 2010, p. 201)

As prisões, neste contexto, deveriam ser um aparelho disciplinar exaustivo, devendo tomar a seu cargo o treinamento físico do indivíduo, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições. A prisão é sem exterior, nem lacuna. Não se interrompe, somente após terminar sua tarefa, formar em torno do indivíduo um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre ele um saber que se acumula e se centraliza. Torna-se então relevante o fato de que a prisão se fundamenta no aparelho para transformá-lo.

O isolamento é o seu primeiro princípio, a pena deve ser individual e individualizante, a solidão deve ser um instrumento positivo de reforma, assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele. O trabalho penal deve ser concebido como uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado e irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. (FOUCAULT, 2010, p. 203)

Portanto, não é um lucro, nem mesmo a formação de uma habilidade útil, mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema de submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção, transforma o ladrão em operário dócil.

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. (FOUCAULT, 2010, p. 214)

No capítulo II Foucault traz a narrativa da ilegalidade e delinquência, inicia retratando cada forma de punir ao longo da história, passando dos suplícios às

prisões, dando espaço à passagem de uma arte de punir a outra, não menos científica. As prisões não diminuem a taxa de criminalidade, podendo inclusive aumentá-la, multiplicá-la, ou transformá-la, e conseqüentemente a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável ou aumenta. Em números e percentagens, Foucault demonstra que a detenção provoca reincidência e que, depois de sair da prisão, se têm mais chances que antes de voltar para ela, vez que a prisão favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras. (FOUCAULT, 2010, p. 222)

A existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades. Pode-se dizer que a delinquência alicerçada por um sistema penal centrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícitos da classe dominante.

Cabe sintetizar que não há, para Foucault, uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da delinquência. Essa produção da delinquência e seu investimento pelo aparelho penal, devem ser tomados pelo que são, ou seja, pelas táticas que se deslocam na medida em que nunca atingem inteiramente seus objetivos.

Finalmente, no terceiro capítulo, que Foucault intitula de “o carcerário”, trata da principal das punições infligidas é o encarceramento em cela. Aborda sobre Mettray e os modelos de referencia dos detentos: modelo de família, modelo do exército, modelo da oficina, modelo de escola e modelo de judiciário. E os princípios gerais, os grandes códigos e legislação acenam que não há encarceramento fora da lei decidida por uma instituição judiciária qualificada que não remeterá a medidas arbitrárias. (FOUCAULT, 2010, p. 237 e ss.)

Na Justiça penal, a prisão transforma o processo punitivo em técnica penitenciária, com efeito de estabelecer uma gradação lenta, contínua, imperceptível que permite passar como que naturalmente da desordem à infração. O carcerário, com seus canais, permite o recrutamento dos grandes delinquentes, organiza as carreiras disciplinares sob o aspecto das exclusões e das rejeições. Efeito mais importante do sistema carcerário e de sua extensão

além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixando o limite da tolerância à penalidade.

Com essa nova economia de poder, o sistema carcerário encareceu uma nova forma de lei: misto de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, e de norma. Foucault finaliza que se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será ou não corretiva, se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas, na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente da prisão. O problema reside no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, através da colocação de novas objetividades.

A sociedade disciplinar diagnosticada por Foucault, composta por hospitais, hospitais psiquiátricos, presídios, quartéis e fábricas, evoluiu e não corresponde mais à sociedade de hoje, do mesmo formato. Em seu lugar, uma outra diferente se estabeleceu, a saber: uma sociedade de academias, torres de escritórios, bancos, aviões e grandes centros comerciais. (HAN, 2012, p. 25)

A leitura de Foucault sobre o modelo de sociedade disciplinar, que se desenvolveu desde o século XVIII, chegando ao seu ápice no início do século XX, consistiu na passagem do indivíduo por diversas instituições de adestramento social. Desde a família, passando pela escola, fábrica, eventualmente hospital e prisão, que seria este último o modelo máximo de confinamento, visava concentrar e ordenar o tempo, para moldar a força produtiva de massas à produção capitalista da época.

Contudo, a crise destas instituições formais e não formais de controle social através do disciplinamento dos corpos passou a acontecer após a Segunda Guerra Mundial. A família passou a ser um “interior”, em crise como qualquer outro interior, escolar, profissional, etc. Os governos não param de anunciar reformas supostamente necessárias, como reformar a escola, a indústria, o hospital²⁸, o exército, a prisão, buscando adiar o inadiável, que é a condenação destas instituições, num prazo maior ou menor. (DELEUZE, 2013, p. 222)

O modelo disciplinar descrito por Foucault desenvolve-se para a “sociedade de controle”, conforme conceituado por Giles Deleuze, que propõe designar o novo monstro, representadas pelas formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado. Não cabe invocar produções

²⁸ Para DELEUZE (2013, p. 224), na crise do hospital como meio de confinamento, a setorização, os hospitais-dia, o atendimento a domicílio, puderam marcar de início novas liberdades, mas também passaram a integrar mecanismos de controle que rivalizam com os mais duros confinamentos. Para o autor, não cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas.

farmacêuticas extraordinárias, formações nucleares, manipulações genéticas, ainda que elas sejam destinadas a intervir no novo processo. Não se deve perguntar qual é o regime mais duro, ou o mais tolerável, pois é em cada um deles que se enfrentam as liberações e as sujeições. (DELEUZE, 2013, p. 224)

Foucault, contudo, ao compreender a evolução das técnicas de disciplinamento dá a isso, a partir do século XVIII, o nome de biopolítica, sendo uma nova técnica de poder não disciplinar que não atinge o homem-corpo, mas o homem-espécie. Enquanto a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens a nova tecnologia forma uma massa global afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, como nascimento, morte, produção, doença, etc. (FOUCAULT, 2010, p. 204)

Transportando esta análise à realidade brasileira, no então despovoado planalto central do Brasil se pensou ser possível moldar à vontade os habitantes da futura cidade, preocupando-se apenas com a fidelidade à lógica e à estética, e fazê-lo sem precisar comprometer, quanto mais sacrificar, a pureza de princípios a circunstâncias irrelevantes mas obstinadas de tempo e lugar. Podia-se calcular com precisão e bastante antecedência as necessidades utilitárias ainda inarticuladas e incipientes. Era, ainda, possível compor sem empecilho os inexistentes e portanto silenciosos e politicamente impotentes moradores da futura cidade como agregados de necessidades cientificamente definidas e cuidadosamente medidas de oxigênio, luz e energia. (BAUMANN, 1999, p. 44)

Para seus moradores, porém, Brasília mostrou-se um pesadelo. Logo foi cunhado por suas infelizes vítimas o conceito de “brasilite”, nova síndrome patológica de que Brasília era o protótipo e o mais famoso epicentro até então. Os sintomas mais notáveis da “brasilite” eram a ausência de multidão e ajuntamentos, as esquinas vazias, o anonimato dos lugares, as figuras humanas sem rosto e a entorpecente monotonia de um ambiente desprovido de qualquer coisa que intrigasse, excitasse ou causasse perplexidade. (BAUMANN, 1999, p. 45)

A busca da transparência teve um preço espantoso, num ambiente artificialmente concebido, calculado para garantir o anonimato e a especialização funcional do espaço, os habitantes da cidade enfrentaram um problema de identidade quase insolúvel. A monotonia impessoal e a pureza clínica do espaço artificialmente construído despojaram-nos da oportunidade de negociar significados e, assim, do *know-how* necessário para chegar a um acordo com esse problema e resolvê-lo. (BAUMANN, 1999, p. 46)

Pode-se acrescentar que a responsabilidade, essa condição última e indispensável da moralidade nas relações humanas, encontraria no espaço perfeitamente planejado um solo infértil, que com toda a certeza, não brotaria nem medraria num espaço higienicamente puro, livre de surpresas, ambivalência e conflito, como se pretendeu. Só poderiam assumir sua responsabilidade as pessoas que tivessem dominado a difícil arte de agir sob condições de ambivalência e incerteza, nascidas da diferença e variedade. As pessoas moralmente maduras são aqueles seres humanos que cresceram a ponto de precisar do desconhecido, de se sentirem incompletos sem uma certa anarquia em suas vidas, que aprenderam a amar a alteridade. (BAUMANN, 1999, p. 47)

A biopolítica de controle não é individualizante, mas sim massificante, sendo um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, por exemplo. Estes raciocínios atuariais, em conjunto com a efervescência social e econômica da época (século XVIII), constituíram os primeiros alvos de controle desta nova tecnologia.

Foucault, no entanto, não compreende o fim da sociedade disciplinar com o surgimento da biopolítica, mas sim os entende como estruturas de poder que articulam-se em uma sincronização entre mecanismos disciplinares dos corpos e mecanismos regulamentadores da população²⁹.

A evolução da disciplina pura e simples para o controle remonta uma mudança de paradigma no próprio funcionamento do capitalismo³⁰, que passa a focar na produção

²⁹ Sobre a existência simultânea e articulada do modelo disciplinar e regulamentador de controle social, FOUCAULT (2010, p. 211) exemplifica: Examinem, se quiserem, o problema da cidade, ou, mais precisamente, essa disposição espacial pensada, concebida, que é a cidade-modelo, a cidade artificial, a cidade de realidade utópica, tal como não só a sonharam, mas a constituíram efetivamente no século XIX. Examinem algo como a cidade operária. A cidade operária, tal como existe no século XIX, o que é? Vê-se muito bem como ela articula, de certo modo perpendicularmente, mecanismos disciplinares de controle sobre o corpo, sobre os corpos, por sua quadrícula, pelo recorte mesmo da cidade, pela localização das famílias e dos indivíduos. Recorte, pôr indivíduos em visibilidade, normalização dos comportamentos, espécies de controle policial espontâneo que se exerce assim pela própria disposição espacial da cidade: toda uma série de mecanismos disciplinares que é fácil encontrar na cidade operária. E depois vocês têm toda uma série de mecanismos regulamentadores, que incidem sobre a população enquanto tal e que permitem, que induzem comportamentos de poupança, por exemplo, que são vinculados ao hábitat, à localização do hábitat e, eventualmente, à sua compra. Sistemas de seguro-saúde ou de seguro-velhice; regras de higiene que garantem longevidade ótima da população; pressões que a própria organização da cidade exerce sobre a sexualidade, portanto, sobre a procriação; as pressões que se exercem sobre a higiene das famílias; os cuidados dispensados às crianças; a escolaridade, etc. Logo, vocês têm mecanismos disciplinares e mecanismos regulamentadores.

³⁰ Neste sentido Deleuze destaca a alteração das antigas sociedades de soberania, que manejavam máquinas simples, alavancas, roldanas e relógios, que se transformaram nas sociedades disciplinares, que tinham por equipamento máquinas energéticas, com o perigo passivo da entropia e o perigo ativo da sabotagem para, após isso, evoluírem para as sociedades de controle, que operam por máquinas de uma terceira espécie, máquinas de informática e computadores, cujo perigo passivo é a interferência, e, o ativo, a pirataria e a introdução de vírus. Para o autor, não é uma evolução tecnológica sem ser, mais profundamente, uma mutação do capitalismo.

cronometrada, bem como muda o paradigma da contagem do tempo, que passa a moldar o modo de produção. O capitalismo, nesse aspecto, é essencialmente dispersivo, e a fábrica passa a ceder lugar à empresa. A família, a escola, o exército, fábrica não são mais espaços analógicos distintos que convergem para um proprietário, Estado ou potência privada, as são agora figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa que só tem gerentes.

Para Deleuze, até a arte abandonou os espaços fechados para entrar nos circuitos abertos do banco e as conquistas de mercado se fazem por tomada de controle e não mais por formação de disciplina, por fixação de cotações mais do que por redução de custos, por transformação do produto mais do que por especialização da produção. A corrupção ganha aí uma nova potência. O serviço de vendas tornou-se o centro ou a “alma” da empresa. O marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça impudente de nossos senhores. (DELEUZE, 2013, p. 226)

O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas.

Alain Ehrenberg, em sua obra “O culto da performance: da aventura empreendedora à depressão nervosa” faz interessante leitura acerca da evolução da disciplina e do controle para a sociedade de performance, e a mudança cultural ocorrida para que isso fosse viabilizado.

A sociedade do século XXI não é mais essencialmente disciplinar, como já mencionado pelo próprio Foucault em seu conceito de biopolítica, e por Deleuze, em sua concepção de sociedade de controle, mas uma sociedade regulamentar e de desempenho.

É uma mutação já bem conhecida que pode ser resumida assim: o capitalismo do século XIX é de concentração, para a produção, e de propriedade. Por conseguinte, erige a fábrica como meio de confinamento, o capitalista sendo o proprietário dos meios de produção, mas também eventualmente proprietário de outros espaços concebidos por analogia (a casa familiar do operário, a escola). Quanto ao mercado, Deleuze destaca que é conquistado ora por especialização, ora por colonização, ora por redução dos custos de produção. Mas atualmente o capitalismo não é mais dirigido para a produção, relega da com frequência à periferia do Terceiro Mundo, mesmo sob as formas complexas do têxtil, da metalurgia ou do petróleo. É um capitalismo de sobreprodução. Não compra mais matéria-prima e já não vende produtos acabados: compra produtos acabados, ou monta peças destacadas. O que ele quer vender são serviços, e o que quer comprar são ações. Já não é um capitalismo dirigido para a produção, mas para o produto, isto é, para a venda o para o mercado. (DELEUZE 2013, p. 227)

Nem são seus habitantes chamados de "sujeitos de obediência", mas de "sujeitos de desempenho". Esses sujeitos são os próprios empresários, e essas paredes das instituições disciplinares, que delimitam o espaço entre o normal e o anormal, têm um efeito arcaico. (EHRENBURG, 2012, p. 29)

Durante a década de oitenta do século XX, a sociedade passou a ostentar uma veneração de vencedores, tendo como símbolo esportistas e empreendedores, com grande propagação midiática. Três mudanças fundamentais ocorreram para que o culto da performance se concretizasse. Primeiro, os dirigentes empresários não mais seriam vistos como exploradores do trabalho alheio, mas sim glorificados como símbolos de sucesso e empreendedorismo; em segundo lugar, o consumo passa de ferramenta de alienação para um vetor de realização social; e terceiro, os campeões esportistas passam cada vez mais a serem vistos como símbolos de excelência. (EHRENBURG, 2012, p. 180)

Desta forma, a concorrência empresarial, o consumo em massa e a competição do esporte passaram por grande transformação sob a ótica de como eram vistos, o que impulsionou a mudança dos valores e comportamentos da sociedade. A performance passou a ser cada vez mais exigida, níveis de sucesso e competitividade entre as pessoas motivadas, simbolizadas pela ostentação em artigos de consumo criados para uma necessidade inexistente.

O empreendedor de si mesmo, máxima da sociedade de performance e desempenho, transmite o conceito do mundo dos negócios para outras esferas da vida social, com o incentivo cada vez maior à concorrência e à competição. Receitas criadas e formatadas passam a se disseminar, de “como fazer amigos e influenciar pessoas”, “como atingir o sucesso” e tantas outras fórmulas que buscam criar uma ordem de comportamento em meio ao caos instalado pelo afã concorrencial e consumista contemporâneo. (EHRENBURG, 2012, p. 198)

O indivíduo passa a isolar-se cada vez mais na busca pelo sucesso, e com isso, a busca por encaixar-se em um padrão de comportamento. Contudo, o capitalismo tardio conecta todos os cidadãos, transformando-os em consumidores, e as múltiplas culturas, jamais podem ser vistas de maneira uniforme, mas sim combinadas.

O delinquente conforme fixado na criminologia do *labelling approach*, a partir do não enquadramento social na sociedade performática, passa a buscar isso na marginalidade, muitas vezes com o aumento de satisfação também pautado no consumo de drogas (legais e/ou ilegais) e outras formas de consumo, como uso de símbolos de sucesso (tênis de marca,

relógios caros, carros de luxo, correntes e demais itens de ostentação visual), todos incutidos pela lógica do mercado. O gasto fácil e o esbanjamento passam a ser símbolos de poder neste modelo.

Neste ponto, até mesmo a criminalidade, em determinados casos, passa a ser vista como objeto de performance. Parte do público observa o crime com uma espécie de adoração adolescente ao herói, e as bases ideológicas construídas na filosofia individualista de vida do homem, que é tido como o seu maior concorrente, passa a criar uma espécie de “sonho americano às avessas”. Neste sentido, vale destacar a visão de MOLLO (2015, p. 138):

O motivo “prestígio”, versão psicanalítica do “sonho americano”, seria a base inconsciente das carreiras criminosas na América. A atividade criminosa e o recurso ao roubo é uma reação compensatória de um sentimento de debilidade interior para obter uma falsa sensação de poder e de trunfo (aqui, a delinquência é uma formação reativa). Esta atitude emocional infantil de dependência e receptividade se origina por regressões (temor, sentimento de culpa, intimidações da vida instintiva precoce) e fixações (ser amado e preferido), mas também pelas precoces privações que podem originar um conflito externo entre o indivíduo e o meio.

A análise do poder de Foucault iniciou a leitura, através do conceito de biopolítica, do controle massificado da população através da transformação da sociedade disciplinar. A evolução disso, que passou da disciplina sobre os corpos para a performance de maneira geral, mediante refinadas formas de contensão social, mostra o diagrama de poder cada vez mais evoluído. A sociedade disciplinar conhecida foi uma sociedade de negatividade, definido pela negatividade da proibição.

A sociedade da performance está progressivamente se livrando da negatividade, e é precisamente a crescente desregulamentação que acaba com isso. A sociedade performática é caracterizada pelo poder verbal modal positivo sem limites. Seu plural afirmativo e coletivo “Sim, nós podemos” expressa precisamente seu caráter de positividade. Projetos, iniciativas e motivações substituem a proibição, mandato e lei. Sua negatividade gera loucos e criminosos, enquanto a sociedade da performance, por outro lado, produz depressivos e fracassados. (EHRENBERG, 2012, p. 121)

A mudança de paradigma de uma sociedade disciplinar, que se transformou em sociedade de controle e desempenho performático, denota continuidade em um determinado nível, sendo, o inconsciente social inerente ao desejo de maximizar a produção. A partir de certo ponto da produtividade, a técnica disciplinar, ou seja, o esquema negativo da proibição, chega repentinamente ao seu limite. Para aumentar a produtividade, o paradigma disciplinar foi se transformando pelo da performance, pelo esquema positivo do poder de fazer, uma

vez que a partir de certo nível de produção, a negatividade da proibição tem um efeito de bloqueio e impede um maior crescimento.

A positividade do poder é muito mais eficiente do que a negatividade do dever. Dessa forma, o inconsciente social passa do dever ao poder, sendo o sujeito de desempenho mais rápido e mais produtivo do que o sujeito de obediência. No entanto, o poder não anula o dever, o assunto de desempenho permanece disciplinado. O poder eleva o nível de produtividade, obtido pela técnica disciplinar, ou seja, pelo imperativo do dever. Em relação ao aumento da produtividade, não há ruptura entre dever e poder, mas sim continuidade.

Os medos contemporâneos, os medos urbanos típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no inimigo interior. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo da segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extramuros. (BAUMANN, 1999, p. 48)

É certo que ainda não se presenciou um nível de controle social tal qual profetizado por George Orwell em sua obra clássica “1984”. Contudo, a sociedade não está muito longe de todos aqueles órgãos que o autor referenciava ao longo do seu profético livro, capazes de aniquilar a privacidade dos cidadãos através do uso da tecnologia como instrumental limitativo da liberdade. Se não se convive hoje entre “Ministérios da Verdade” e “Polícias do Pensamento”, não se pode negar que tanto o espaço público quanto o privado, através das redes sociais e ferramentas de busca pela internet, vem sendo transformado em constante local de observação e vigilância.

O desejo em implementar políticas de segurança pública tem encurtado o direito de ir e vir, ao arrepio do projeto racional de ampliação da liberdade. Embora o Estado tenha, ao longo da história, elevado os índices de racionalidade na forma pela qual exerce seu poder de regulação da atividade social, agora parece apresentar sintomas de retrocesso ao equacionar o binômio segurança-liberdade.

Com essa gradativa delegação de poderes, o Estado concentra de maneira mais incisiva o poder punitivo em suas mãos, o qual é exercido da melhor forma a atender aos

interesses econômicos e de mercado. Neste sentido, a prisão passa a ser o ápice do controle social, em que o contingente de rejeitados pelas instituições de controle anteriores, como família, escola, religião, economia de consumo e mercado de trabalho, são depositados e manejados.

O desenvolvimento tecnológico presente na sociedade contemporânea é algo digno de reconhecimento. O cotidiano é repleto de facilidades e comodidades, que vão desde a produção e oferta abundante de alimentos, até a velocidade nas comunicações em escala global, permitindo que as pessoas se conectem em tempo real a qualquer parte do mundo. Cada vez mais novos tratamentos de saúde para doenças antes incuráveis são concebidos, a partir de uma intensa pesquisa científica realizada. Espaços de lazer, trabalho e habitação sendo otimizados, incluindo com isso uma forma totalmente inovadora de relacionamentos interpessoais, através de redes sociais, aplicativos de comunicação e disseminação de informações e notícias.

Os benefícios mencionados são meramente exemplificativos, para que se compreenda que o avanço vivenciado a partir das últimas décadas está transformando a sociedade no que se refere ao seu aspecto cultural, profissional e estabelecendo novos padrões de relacionamento entre as pessoas. Mesmo que os benefícios sejam notórios, existem efeitos colaterais desta mudança de paradigma, uma vez que junto com a globalização e a comunicação em massa viabilizada pela internet, as pessoas menos interagem pessoalmente, e com o bombardeio incessante de informação e notícias frequentemente negativas, uma profusa alteração comportamental passa a tomar conta da forma pela qual grande parte dos usuários destas tecnologias interagem entre si e com o mundo ao seu redor.

Muito embora permanentemente integrados com o mundo e com a comunicação facilitada com quem quer que seja, o ser humano globalizado e conectado às redes e mídias sociais está cada vez mais isolado. Junto com a modernidade e as novas tecnologias que proporcionam tal conforto, a propagação do medo e da violência urbana, presentes principalmente em grandes centros, faz com que o mundo desta massa populacional seja cada vez mais o cibernético.

Comunicação barata significa o rápido transbordamento, sufocamento ou atropelamento da informação obtida, assim como a chegada veloz de notícias. Como a capacidade dos *wetware* permaneceu praticamente inalterada desde pelo menos os tempos

paleolíticos, a comunicação barata inunda e sufoca a memória, em vez de alimentá-la e estabilizá-la. (BAUMANN, 1999, p. 19)

Isso faz com que o individualismo aflore, e a preocupação efetiva com o semelhante diminua. Somado isso ao fato de que a sensibilidade das pessoas com o problema alheio vem sendo cada vez mais embrutecida com a disseminação maciça e ininterrupta de informações contendo diversos problemas sociais como pobreza extrema, atos de violência e propaganda incentivando o consumismo exacerbado, o reconhecimento da existência do outro dentro da sociedade fica cada vez mais comprometida.

Quando se fala em sociedade de consumo, deve-se ter em mente algo mais que a observação trivial de que todos os membros dessa sociedade consomem; todos os seres humanos, ou melhor, todas as criaturas vivas consomem desde tempos imemoriais. Aquela velha sociedade moderna engajava seus membros, a norma que colocava diante de seus olhos e os instava a observar, era ditada pelo dever de desempenhar esses dois papéis. A norma que aquela sociedade colocava para seus membros era a capacidade e a vontade de desempenhá-los. (BAUMANN, 1999, p. 77)

Naturalmente, a diferença entre viver na sociedade atual ou na sociedade que imediatamente a antecedeu não é tão radical quanto abandonar um papel e assumir outro. Em nenhum dos seus dois estágios a sociedade moderna pôde passar sem que seus membros produzissem coisas para consumir – e, é claro, membros das duas sociedades consomem. A diferença entre os dois estágios da modernidade é “apenas” de ênfase e prioridades – mas essa mudança de ênfase faz uma enorme diferença em praticamente todos os aspectos da sociedade, da cultura e da vida individual. (BAUMANN, 1999, p.78)

É dito com frequência que o mercado de consumo seduz os consumidores. Mas para fazê-lo ele precisa de consumidores que queiram ser seduzidos (assim para comandar os operários o dono da fábrica precisava de uma equipe com hábitos disciplinadores, com a obediência às ordens firmemente estabelecida). Numa sociedade de consumo que funcione de forma adequada, os consumidores buscam com todo empenho ser seduzidos. Seus avós, os produtores, viviam de uma volta da correia transmissora para a seguinte, idêntica. Eles próprios, para variar, vivem de atração em atração, de tentação em tentação, do farejar de um petisco para a busca de outro, da mordida numa isca à pesca de outra – sendo cada atração, tentação, petisco ou isca uma coisa nova, diferente e mais atraente que a anterior. (BAUMANN, 1999, p. 81)

Como todas as outras sociedades, a sociedade pós-moderna de consumo e performance é uma sociedade estratificada. Mas é possível distinguir um tipo de sociedade de outro pela extensão ao longo da qual ela estratifica seus membros. A extensão ao longo da qual os de “classe alta” e os de “classe baixa” se situam numa sociedade de consumo é o seu grau de mobilidade – sua liberdade de escolher onde estar. (BAUMANN, 1999, p. 83)

O controle do crime, feito por instâncias jurídico-penais do Estado, e pode ser definido como todas estas instâncias sociais, estratégicas e sanções que visam obter a conformidade dos comportamentos humanos em relação às normas protegidas penalmente. (BERGALLI, 2015, p. 108)

O fracasso das demais e anteriores políticas de controle social e econômico sobre o cidadão desemboca no controle social jurídico-penal. As metas e os objetivos deste controle agudo e incisivo direcionam-se pelo cometimento de delitos, levando ao conhecimento da autoridade judicial a ocorrência fática da conduta ilegal praticada.

Como é cediço, os operadores do sistema jurídico-penal de controle social são a polícia, os juízes, promotores de justiça e advogados, além de servidores públicos que trabalham junto com tais operadores para garantir a funcionalidade e efetividade das decisões, além dos órgãos de execução penal.

Ocorre enorme problema, contudo, quando se verifica a disfunção deste controle jurídico-penal, que ao atuar à margem das garantias fundamentais estabelecidas em lei, passa a realizar um controle social fundado na repressão, violência e mera retribuição, pautados em critérios anti-humanistas claros.

O poder punitivo inclui uma dimensão política baseada no poder de vigiar, que está situado antes do poder essencialmente jurídico, especificamente nas agências executivas. Diante disso, a pena vem a ser representada como a manifestação de um poder político, uma vez que apenas chega ao judiciário o que as agências executivas optam por reprimir, por vigiar.

A ideia de política criminal humanista como balizadora do atuar estatal, com base em um viés eminentemente político-ideológico, visa traçar limites a um modelo penal repressivo que se instalou na realidade pós-moderna. O refinado controle social, aprimorado durante a passagem do tempo, conforme demonstrado, caminha para que a contenção de desajustados seja cada vez mais incisiva sob o manto irreal da legalidade, mantendo uma gestão de pessoas em atividade que fere todo o rol de direitos humanos historicamente constituído.

O direito penal, instrumento máximo utilizado pelo Estado para invadir e controlar seus cidadãos, pautados na ânsia propagada de necessidade de proteção, passa a transbordar seus limites constitucionais e principiológicos historicamente constituídos, buscando o controle de indivíduos que não se enquadrem mais na nova forma de funcionamento pós-moderno de controle e performance.

Conforme será analisado, o modelo penal repressivo e de segurança, aplicado sobre indivíduos com determinadas características (raça, credo, status social e econômico, cultura, etc.), leva o Estado, pautado pela lógica de mercado e de performance, a transformar a política criminal em instrumento de contenção e controle totalmente à margem do direito, segregando ainda mais os excluídos da encantadora roda do consumo e da oferta de oportunidades.

CAPÍTULO 2 - IDENTIFICAÇÃO DOS TRAÇOS DE MUDANÇA DO MODELO PENAL RESSOCIALIZADOR PARA UM MODELO PENAL REPRESSIVO DE SEGURANÇA

2.1 Processo de Racionalização das Práticas Punitivas para Gestão de Indivíduos (utilitarismo e lógica atuarial)

A partir da profundidade de formas de controle social existentes, a prisão mostra-se como o ápice do mecanismo estatal de contenção de indivíduos tidos como desajustados e indesejados, e os controles sociais contemporâneos podem ser descritos como forma-prisão generalizados.

A disciplina da economia tendeu a afastar-se do enfoque sobre o valor das liberdades em favor do valor das utilidades, rendas e riqueza. Esse estreitamento acarreta a subestimação do papel integral do mecanismo de mercado, ainda que seja impossível acusar a classe dos economistas de não louvar suficientemente os mercados. A questão, porém, não é a quantidade de elogios, mas as razões deles. (SEN, 2000, pg. 19)

A filosofia do utilitarismo, desenvolvida e defendida por Jeremy Bentham, foi bastante detalhada na obra “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, escrito em 1.789. Exerceu importante influência na Economia, bem como na análise comportamental dos agentes, evoluindo a ideia utilitária de “homem econômico”. Tais conceitos de utilidade para o homem econômico simplifica a teoria da utilidade no utilitarismo benthaniano, bem como em sua visão sobre o comportamento humano.

Bentham buscou estudar o comportamento partindo do que o “homem econômico” estaria compelido a realizar. Os dois “senhores soberanos”, representados pela dor (insatisfação, infelicidade) e prazer (satisfação, a felicidade), conduzem as condutas dos homens, não sendo possível livrar-se desta condição, como uma imposição da natureza:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida. (BENTHAM, 1979, p. 3)

O critério pautado no princípio da utilidade estabelece que absolutamente todas as decisões, condutas e ações humanas são pautadas pelos parâmetros da utilidade, visando a maximização do prazer e a diminuição/impedimento do sofrimento. Nas palavras de BENTHAM (1979, p. 4):

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo. O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta.

Neste sentido, a utilidade enquanto princípio busca nortear toda a ação humana, sendo o ponto de partida, a pedra angular de toda a análise a ser feita sobre os atos da vida, a partir de um cálculo entre felicidade (prazer) e infelicidade (dor)³¹. Tal forma de pensar bem inspirada na racionalidade econômica, que analisa as situações com base na perda ou no ganho para, após isso, estabelecer os parâmetros de risco de cada situação futura hipotética.

Dentro dessa lógica, o utilitarismo também busca estabelecer critérios para a produção legislativa. Bentham trata disso em sua obra já citada, quando cita o balanço a ser feito entre a escolha em se punir determinada ação, pautada no nível de perturbação da felicidade geral, para se aferir o patamar de perniciosidade de uma conduta ilegal³².

Portanto, Bentham aponta que a visão utilitarista faz parte da tarefa do legislador em punir a partir da ideia de proporcionalidade entre prazer e dor, que somará todas as

³¹ Fazer uma avaliação do *número* de pessoas cujos interesses aparecem em jogo e repete o processo[...] a cada uma delas. *Soma* depois os números que exprimem os graus da tendência *boa* inerente ao ato, com respeito a cada um dos indivíduos em relação ao qual a tendência do ato é *boa* em seu conjunto. Ao depois, fazer o mesmo com respeito a cada indivíduo em relação ao qual a tendência do ato é *má* em seu conjunto. Feito isto, procede ao *balanço*. Este, se for favorável ao *prazer*, assinalará a *tendência boa* geral do ato, em relação ao número total ou à comunidade dos indivíduos em questão. Se o balanço pesar para o lado da dor, teremos a *tendência má* geral, com respeito à mesma comunidade. (BENTHAM, 1979, p. 17-18)

³² Nas palavras do autor: A missão dos governantes consiste em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando. A parte da missão de governo que consiste em punir constitui mais particularmente o objeto da lei penal. A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato é pernicioso. Ora, a felicidade consiste naquilo que já vimos, ou seja, em desfrutar prazeres e estar isento de dores. A tendência geral de um ato é mais pernicioso ou menos pernicioso, de acordo com a soma total das suas consequências, isto é, conforme a diferença entre a soma das consequências boas e a soma das consequências funestas (BENTHAM, 1979, p. 19).

consequências boas, e delas subtrair as ruins, levando em consideração a noção de homem econômico, que pauta suas escolhas na racionalidade deste balanço.

A base informacional do utilitarismo tradicional é o somatório das utilidades dos estados de coisas. Na forma clássica do utilitarismo, a forma benthaniana, a "utilidade" de uma pessoa é representada por alguma medida de seu prazer ou felicidade. A ideia é prestar atenção no bem-estar de cada pessoa e em particular considerar o bem-estar uma característica essencialmente mental, ou seja, considerar o prazer ou felicidade gerada. Comparações interpessoais de felicidade obviamente não podem ser feitas com muita precisão; elas também não se prestam ao uso de métodos científicos tradicionais. Não obstante, a maioria das pessoas não acha absurdo (ou "sem sentido") identificar alguns indivíduos como decididamente menos felizes e mais miseráveis do que outras. (SEN, 2000, p. 47)

Um paralelo desta figura de homem econômico pode ser traçado com o conhecido "homem médio" tanto referenciado no mundo jurídico. Trata-se de uma ficção jurídica, que tem a pretensão de avaliar uma espécie de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa frente as situações cotidianas.

Tanto um conceito quanto outro, contudo, remetem ao grande problema do sistema de justiça criminal existente, em que o indivíduo acusado de um crime é deslocado para a figura do "homem médio"/"homem econômico", sem levar em consideração todas as circunstâncias específicas (sociais, pessoais, econômicas, históricas, psicológicas) de cada um, acarretando no estereótipo do delinquente modelo pré-concebido a partir de um ideal de conduta pautado em critérios puramente racionais.

Neste sentido, qualificar a ação pela culpabilidade pautada em tais moldes não pode permitir automática reprovabilidade do ato que permitirá uma condenação criminal, mas sim se verificar se é possível relativizá-la ou até mesmo excluí-la, levando em consideração os fatores não analisados pelo utilitarismo puro, que remete a necessidade de se compreender a culpabilidade como princípio limitador do direito de punir do Estado. (TAVARES, 2018, p. 419)

A análise econômica do crime que parte do conceito de "homem econômico" enquanto um modelo de comportamento denota que o ser humano é egoísta, que possui seu interesse pessoal vinculado apenas a si próprio sem considerar os outros a sua volta, agindo sempre de forma objetiva na busca de sua utilidade.

Na teoria do consumidor³³, o homem econômico que consome pretende apenas potencializar ao máximo sua utilidade a partir do prazer que aquilo lhe proporciona, levando-se em consideração o limite do que dispõe financeiramente para adquirir o bem almejado. Tais conceitos, contudo, são extremamente complexos quando transportados a questão criminal, uma vez que diversas variáveis complexas de serem consideradas fatalmente serão deixadas de lado, inutilizando totalmente o raciocínio atuarial pela ausência de congruência com a realidade³⁴.

A aplicação de um raciocínio puramente econômico à questão criminal deixa de lado pressupostos éticos³⁵ ³⁶ e demais fatores comportamentais que são inerentes ao ser humano real, e não fazem parte da ideia de “homem econômico”, o que prejudica a análise do fenômeno social. Trata-se de um instrumento analítico positivista, que negligencia diversas variáveis para montar um modelo a ser aplicado indistintamente.

³³ A Teoria do Consumidor, ou Teoria da Escolha, é uma teoria microeconômica, que busca descrever como os consumidores tomam decisões de compra e como eles enfrentam os *tradeoffs* e as mudanças em seu ambiente. (VIEIRA, 2004, p. 26)

³⁴ Neste sentido, importante consideração feita por VIEIRA (2004, p. 31), que em sua obra Introdução à Teoria do Consumidor, adverte: Nunca nos devemos esquecer que a realidade está primeiro e julga a pertinência das teorias. Desta forma, sendo que em termos algébricos temos teorias de que resultam comportamentos para o agente econômico que achamos interessantes, temos que as rejeitar se não estiverem em acordo com a realidade observada.

³⁵ Para Durkheim a Economia deveria estudar profundamente as questões éticas, para ele “o problema da economia política é ético por natureza; seu objetivo é moral” (DURKHEIM, 2016, p. 15) e, o mesmo já destacava as dificuldades na Economia, como falta de precisão, originadas do negligenciamento do estudo das motivações reais humanas e do comportamento real humano (que inclui o estudo das questões ligadas à ética) na teoria econômica: “Entretanto, é preciso reconhecer que a tais fórmulas, geralmente satisfatórias para economistas, falta precisão. Devem ser entendidas menos como doutrinas científicas propriamente ditas do que como nobres aspirações justificadas pela compreensão errônea de fatos mal analisados” (DURKHEIM, 2016, p. 16).

³⁶ Cumpre destacar, entretanto, que mesmo na lógica utilitarista se compreende a grande dificuldade em se compreender e explicar os fenômenos sociais a partir de cálculos atuariais sem levar em consideração parâmetros éticos e psicológicos do ser humano. Neste sentido SASTRE (2017, p. 86-87), destaca que o princípio da utilidade reconhece essa sujeição e assume-a para o estabelecimento do sistema cujo objeto é erguer a construção da felicidade por meio da razão e da lei. Ao analisar tal problema, relaciona o pensamento de Mill e de Bentham para elucidar a questão: As primeiras afirmações dessa citação pertencem ao âmbito do que hoje chamaríamos de Psicologia. Descrevem-nos o nosso comportamento, proporcionando-nos uma teoria da natureza humana que indica que somos egoístas: os seres humanos procuram evitar a experiência da dor e perseguem o seu prazer, sendo a consecução deste último aquilo que se chama de felicidade. Bentham observa que isso pode requerer a elaboração de cálculos um pouco complicados, pois o prazer de hoje pode ter como consequência a dor de amanhã. Por vezes, irei me ver na alternativa de escolher entre um prazer mais moderado, mas de maior duração; ou talvez me ofereçam um prazer muito grande, mas cuja aquisição não seja garantida, e que, como outra opção, tenha um prazer menor, mas seguro de adquirir. Nossa vida está submetida a essa série de cálculos. (...) Entramos com passo firme no âmbito da moral quando levamos em conta o fato de que as nossas escolhas são causa de prazer ou de dor para os outros, pois o que eu fizer pode aumentar o seu prazer ou magoá-los. E é aqui que entra em jogo no plano moral “o princípio da utilidade”, que é entendido como: o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, seja ela qual for, segundo a tendência que se considere que tenha de aumentar ou diminuir a felicidade das partes de cujo interesse se trata: ou o que é o mesmo por outras palavras, de fomentar ou combater essa felicidade.

Ao reputar o ser humano sempre calculista e maximizador de prazeres, se deixa de lado a consideração de vários comportamentos que são comuns no dia a dia dos indivíduos e causam influência em suas decisões, sejam elas econômicas ou não, e se olvida, ainda, todas as suas limitações. É cediço, por exemplo, que determinada pessoa muitas vezes age de modo impulsivo, com forte carga emocional, e de maneira aparentemente irracional, da mesma maneira que, ao se partir da premissa que o ser humano possui todas as informações referentes às suas escolhas, deixa-se de lado as suas possíveis limitações de cognição e percepção.

Importante mencionar que a análise de Marx demonstrou ter alguma afinidade com a concentração libertária na liberdade, e não na utilidade. Marx distinguiu a liberdade formal do trabalhador no capitalismo e a privação de liberdade real dos trabalhadores em sistemas pré-capitalistas. O estudo do desenvolvimento do trabalho assalariado na agricultura é importante também sob outra perspectiva: o aumento da liberdade dos trabalhadores em uma sociedade para vender sua força de trabalho é um aumento de sua liberdade positiva, a qual, por sua vez, é uma importante medida do que efetivamente ocorre na prática. (SEN, 2000, p. 22)

Um exemplo disso são os princípios utilitaristas, que têm por base, em última análise, a utilidade, e embora os incentivos possam de fato ser levados em conta num aspecto instrumental, no final a única base considerada apropriada para a concepção do estados de coisas ou para a avaliação de ações ou regras são sobre utilidade.

No emprego moderno de "utilidade" na teoria da escolha contemporânea, a identificação com prazer ou satisfação de desejo tem sido em grande medida abandonada em favor de considerar a utilidade simplesmente a representação numérica da escolha de uma pessoa. (SEN, 2000, p. 48)

As necessidades de mercadoria associadas a padrões de comportamento estabelecidos podem variar entre comunidades, dependendo de convenções e costumes. Por exemplo, ser relativamente pobre em uma comunidade rica pode impedir um indivíduo de realizar algumas atividades elementares (como por exemplo participar da vida da comunidade), muito embora sua renda, em termos absolutos, possa ser muito maior do que o nível de renda no qual os membros de comunidades mais pobres podem realizar tais atividades com grande facilidade e êxito. Neste sentido, poder "aparecer em público sem se envergonhar" em uma sociedade mais rica pode requerer padrões mais elevados de vestuário e outros aspectos visíveis de consumo do que em uma sociedade mais pobre.

A ideia de que pobreza é simplesmente escassez de renda, está razoavelmente estabelecida na literatura sobre o tema. Não é uma ideia tola, pois a renda, apropriadamente definida, tem enorme influência sobre o que se pode ou não se pode fazer. A inadequação da renda frequentemente é a principal causa de privações que normalmente se associa à pobreza, como a fome individual e a fome coletiva. No estudo da pobreza tem-se um argumento em favor de começar com qualquer informação que esteja disponível sobre distribuição de rendas, particularmente baixas rendas reais. (SEN, 2000, p. 51)

Se o crescimento já esteve intimamente relacionado com a melhoria do bem-estar de todos, esse não é mais o caso. Mais e mais, o crescimento econômico é provocado por fenômenos sociais que a maioria das pessoas prefere evitar. Medir com precisão o crescimento baseando-se nas correções e nos reparos dos erros anteriores é algo impossível de ser feito, mas ressalta-se a necessidade urgente de examinar esse paradoxo econômico sob uma nova e pungente ótica. Ao invés de se comemorar o crescimento pelo próprio crescimento, se deveria calcular todos os seus custos, inclusive os ecológicos e sociais, ora ignorados por aqueles que são favorecidos pelos benefícios financeiros do crescimento pernicioso. (GEORGE, 2003, p. 31)

Quanto aos beneficiados pelo crescimento, a análise dos extremos sociais se mostra importante. Se as recompensas visarem à parte menos favorecida da população, essas pessoas, que são relativamente pobres, desencadearão uma febre de consumo que manterá a demanda flutuante. Se as recompensas apontarem para o topo da escala social, os benefícios correrão para os mercados financeiros em vez de investir em bens e serviços. O resultado disso será que a demanda cairá, trazendo consigo os perigos do aumento de estoques, da superprodução e da estagnação. A natureza da distribuição de renda é, portanto, crucial para o bem-estar a longo prazo do sistema. (GEORGE, 2003, p. 31)

Em um clima de privatização e de redução dos serviços estatais, as pessoas esperam tomar para si mais responsabilidades pelas suas comunidades locais e pelos seus compatriotas mais pobres. Mais uma vez, não fica claro como pessoas que devem necessariamente competir no mercado de trabalho e colocar os seus próprios interesses acima de tudo, sobretudo ao longo de suas vidas profissionais, poderão mudar radicalmente o modo de pensar e dedicar-se aos desafortunados e oprimidos, durante seu tempo livre. (GEORGE, 2003, p. 34)

Sejam quais forem as estratégias individuais e coletivas, os pobres estarão invariavelmente desestabilizados pelo sistema dominante ou predominante. Protestos

organizados ou dispersos contra as desigualdades deverão ser levados a sério e entendidos do ponto de vista econômico, cultural e, se for o caso, militar. A tarefa é encontrar um equilíbrio entre a preservação da liberdade de mercado e o controle do efeito social colateral que essa liberdade não apoia, mas engendra. Caso contrário, os custos pesarão mais sobre os benefícios, mesmo para aqueles que ora estão no topo da escala geográfica e financeira. (GEORGE, 2003, p. 35)

As relações sociais parecem hoje muito mais desterritorializadas, ultrapassando as fronteiras dos costumes, língua, nacionalismo e ideologia. Porém em contradição é visto o acender de novas identidades regionais e locais, através de uma revalorização das raízes.

Este localismo, que é novo, porém antigo, é adaptado por grupos de indivíduos excluídos, como os *Sinks* em Londres ou os Islâmicos em Paris, que tem sua ideia em território, mesmo que imaginário. Esta mobilidade transnacional inclui fenômenos contraditórios, de um lado o executivo da multinacional, o turista ou o cientista em congressos, por outro lado os que sofrem a mobilidade destes processos, sendo o refugiado, o imigrante, o índio, o nativo que foram deslocados do seus territórios, normalmente para periferias e zonas miseráveis dos centros urbanos. (SANTOS, 1999, p. 22).

A insustentabilidade do reducionismo econômico assenta em duas razões principais. A primeira é que a explicação pela estrutura econômica tende a transformar os fenômenos políticos e os fenômenos culturais em epifenômenos, sem vida nem dinâmica próprias, e como tal não permite pensa-los, autonomamente, nos seus próprios termos, e segundo categorias que identifiquem a sua especificidade e a sua interação com processos sociais globais. Esta limitação agrava à medida que se avança no nosso século em decorrência da crescente intervenção do Estado na vida socioeconômica, da politização dos interesses setoriais mas importantes e, sobretudo, nas últimas décadas, do desenvolvimento dramático da cultura de massas e das indústrias culturais. Mas a insustentabilidade do reducionismo econômico resulta acima de tudo do fato de, à medida que se avança na transição pragmática, ser cada vez mais difícil distinguir entre o econômico, o político e o cultural. (SANTOS, 1999, p. 37)

A evolução das classes nas sociedades capitalistas não seguiu o trilho que Marx lhe traçou. Nos países centrais, a proletarianização foi muito mais sinuosa, os camponeses não desapareceram tão rapidamente quanto previsto, a classe operária tornou-se mas heterogênea em vez de mais homogênea, o que também ocorreu com a burguesia, pois surgiram significativas classes médias. Nos países periféricos, o campesinato permaneceu

por muito tempo um grande mar social ponteadado por algumas ilhas – os centros urbanos – de classes sociais propriamente capitalistas, a integração em relações sociais capitalistas foi muitas vezes considerada menos opressiva do que a exclusão delas e, finalmente, as formas de opressão e dominação assentes na raça, na etnia, na religião e no sexo afirmam-se pelo menos tão importantes quanto as assentes na classe. (SANTOS, 1999, p. 39)

A base sobre a qual repousam a teoria e a prática do capitalismo, é necessário lembrar, não é o altruísmo nem o sacrifício em si, mas interesses imediatos e lucros. Seria então interessante observar, no mercado, um número estatisticamente significativo de comportamentos desinteressados. E isso se sustenta mesmo quando se verificam que algumas práticas e ações pessoais são mais apropriadas do que outras para proteger o sistema, ou seja, para possibilitar a transmissão de seus “genes”. (GEORGE, 2003, p. 50)

Do ponto de vista dos países mais pobres, uma criança produz mais do que custa. No meio rural, ela participa de trabalhos penosos e sem rendimento, desde pequena. No meio urbano, há cerca de 250 milhões de crianças trabalhadoras com menos de 14 anos de idade que ajudam suas famílias a sobreviver. Em casos extremos, crianças são vendidas livremente para prostituição, como escravas, ou tem seus órgãos retirados para transplantes. (GEORGE, 2003, p. 63)

Na ausência de um sistema de seguridade social, espera-se das crianças que elas se incumbam de seus pais quando estes se tornam idosos. As crianças são, assim, como bilhetes de loteria: uma delas pode ser bem sucedida e mudar a condição de renda da família. Nos lugares em que a mortalidade infantil é ainda mais elevada, os casais têm mais filhos do que gostariam, na realidade para compensar a probabilidade das perdas. (GEORGE, 2003, p. 64)

No ocidente, ao contrário, ter um filho é considerado um empreendimento caro, cujos benefícios, ainda que afetivos, certamente não são econômicos. Não era essa a situação na Europa e na sociedade rural da América do Norte durante o século XIX, quando as taxas de nascimento excediam as da maior parte dos países em desenvolvimento. (GEORGE, 2003, p. 64)

O poder de reprodução é um poder real. Os miseráveis e excluídos comportam-se de acordo com o raciocínio econômico ao se dedicarem a criar uma riqueza pessoal, ou pelo menos uma riqueza potencial, pelo único meio que resta à sua disposição. Esse comportamento, de certa forma legítima os fundamentos teóricos do capitalismo, mesmo se no final ele for autodestrutivo, pois o nível de vida dessas pessoas como grupo estará constantemente em baixa, e o controle exercido sobre elas pelas elites estará em alta.

Se o objetivo é que se deixe de adquirir ativos econômicos sob a forma de filhos, a solução lógica consistirá em redistribuir outros ativos às classes sociais que concebem muitas crianças pelo mundo, a fim de que possam investir em outras formas de geração de riquezas.

Partindo da investigação do modelo de política criminal focada em estabelecer parâmetros emprestados da racionalidade mercadológica, e chegando a um modelo penal adequado à correta conceituação e dos riscos inerentes à sociedade atual, surge o modelo da análise econômica do crime, teoria bastante impulsionada pela realidade dentro do mundo globalizado e integrado, sob a justificativa da necessidade de se emprestar maior racionalidade diante dos casos concretos.

Esta breve exposição até aqui realizada, acerca da dificuldade em se estabelecer previsões futuras de cenários econômicos e flutuações de mercado, serve para que se esclareça, antes de iniciar a exposição sobre o modelo de política criminal atuarial e análise econômica do crime, a total e absoluta impropriedade de se utilizar exclusivamente tais parâmetros para buscar antever eventos futuros, pautando-se em critérios estatísticos, puramente racionais e de utilidade estritamente econômica.

Assim como economistas, que em seu mister não se atrevem a realizar previsões sobre a flutuação do câmbio ou do valor das ações na bolsa de valores, juristas e criminólogos jamais conseguirão antever comportamentos delinquentes, mesmo servidos de dados estatísticos reputados como confiáveis. Não há previsibilidade concreta suficiente que permita mensurar todas as variáveis destes campos, para se estabelecer um exame de futurologia capaz de descrever o que acontecerá, sendo possível, quando muito, traçar meras tendências e probabilidades. Porém, antes de se analisar criticamente apenas sob o aspecto da criminalidade, importante esclarecer os principais pontos da teoria.

A aplicação conceitual e de postulados de microeconomia ao direito penal, com ênfase para a investigação do comportamento criminoso concretizada pela economia do crime, tem a busca estabelecer premissas de controle social com base em critérios de custos e benefícios, com a pretensão de prever eventos futuros com base em uma aferição de riscos do indivíduo delinquente.

A Análise Econômica do Crime cuida de evidente reformulação na aplicação do Direito em sentido econômico, propendendo resolver problemas judiciais que se pautam com a eficiência da norma em si, os custos para concretização de seus institutos, bem como os

impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais. Ocorre mediante aplicação no ordenamento jurídico de premissas e conceitos utilizados pela economia.

MACKAAY (2015, p. 215), comenta acerca da função geral da análise econômica do direito num sentido de se reduzir ao máximo os custos de transação, seja em que aspecto for:

Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis. Demais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transação forem baixos, a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil.

A atividade econômico-financeira, em seu atual estágio de desenvolvimento na sociedade, apresenta-se integrada com suas operações intensamente interligadas em todo o mundo. Da mesma forma, globalizados foram os efeitos da crise do capitalismo instalada em todo o planeta, originada nos Estados Unidos no ano de 2008 e que se expandiu por todos os continentes, deixando à mostra as consequências mais proeminentes da profunda desregulamentação da atividade econômico – financeira implementada a partir da década de 1.980, com o chamado neoliberalismo.

A globalização, por ser uma das principais características da sociedade contemporânea que, com o desenvolvimento de novas tecnologias, alcançou enorme projeção frente a uma economia de mercado cada vez mais conectada, também fez com que condutas novas reprováveis fossem disseminadas, particularmente as que tem em seu âmago práticas de corrupção, podendo repercutir em razão da integralização das nações em mais de um país, desequilibrando o mercado concorrencial e prejudicando a geração de riquezas.

A economia moderna baseia-se, precipuamente, neste tipo de sociedade globalizada, integrada e interdependente, havendo enorme interesse em se compreender de que maneira o Direito perceberá os desvios e violações que ocorrem neste tipo social tão complexo. SILVA-SANCHEZ (2011, p. 35) sintetiza tal pensamento:

Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas.

Ao se refletir acerca dos princípios formadores das ciências econômicas, como consequência se pensa nas regras de mercado, relações entre empresas concorrentes e em

regras de interação destas com os seus consumidores, maximização de lucros e diminuição de perdas. Contudo, especificamente considerar a utilização de bases econômicas para fins não mercadológicos, ou seja, entender a conduta humana frente as mais diversas situações da vida com as bases racionais de percepção da realidade utilizadas na economia, fundamenta modelos de políticas criminais com alta carga de repressão e elevadas penas, consubstanciadas em um direito penal expandido que não respeita os limites impostos ao Estado na intervenção sobre o indivíduo pelos direitos fundamentais.

A partilha dos ativos, como o poder de compra, a educação o trabalho, a infraestrutura, etc., poderia contribuir rapidamente para estabilizar, e até mesmo reduzir, o crescimento da população. Porém, a tendência geral caminha em sentido oposto, pois longe de serem redistribuídos, a riqueza e os ativos produtores de riqueza estão cada vez mais concentrados no topo. Em parte por causa de suas proezas reprodutivas, a base da pirâmide social figura hoje com proporcionalmente bem menos do que antes. Pode-se contar então com que eles continuem a fabricar os seus próprios bilhetes de loteria. (GEORGE, 2003, p.65)

A visão socioeconômica até aqui exposta revela a separação hierarquizante gerada pelo sistema existente, que não fornece igualdade de condições e oportunidades à todas as pessoas, gerando disparidade na acumulação de renda e na ascensão social. As fronteiras dos antigos sistemas econômicos nacionais vão desaparecendo sem que o perfil do novo sistema global se haja definido com clareza. As grandes empresas, que enfeixam crescente poder dentro das novas estruturas, ainda não possuem um estatuto definido.

Os recursos líquidos ou semilíquidos de que dispõem as grandes empresas são hoje muito superiores às reservas de todos os bancos centrais do mundo capitalista, particularmente se se tem em conta que as reservas de ouro não são operacionais. Os recursos que transitam pelo mercado financeiro internacional e escapam ao poder de quaisquer autoridades monetárias somam centenas de bilhões de dólares. Existe, portanto, uma esfera de decisões que não se confunde com os quadros institucionais controlados pelos Estados nacionais. (FURTADO, 2008, p. 180)

Uma empresa poderosa tem a possibilidade de, a curto prazo, modificar a sua estrutura financeira, isto é, transformar um ativo menos líquido em outro mais líquido, o que, para fins práticos, pode ter o mesmo efeito que emitir papel-moeda. A teoria monetária tradicional ignorava esse fato, assumindo que, a curto prazo, a velocidade de circulação da moeda é constante. Mas esse curto prazo pode ser muito distinto quando visto do ângulo dos

agrega- dos nacionais e daquele do capital de giro de uma firma. A manipulação de seus ativos a curto prazo, mediante operações de avanços ou retardamentos, abre para uma grande firma a possibilidade de aumentar, a curto prazo, o seu coeficiente de liquidez.

Se a firma atua no plano internacional, essa possibilidade de criar liquidez adquire uma nova dimensão: permite à firma fazer transferências financeiras internacionais escapando ao controle das autoridades monetárias dos países em que atua. Que esse poder seja utilizado em operações de especulação contra a moeda desse ou daquele país é apenas um aspecto da questão. Interessa assinalar que esse poder existe e significa a possibilidade de manipulação de imensa massa de recursos por parte de centros de decisão que escapam aos sistemas de coordenação que atualmente existem no mundo capitalista. (FURTADO, 2008, p. 184)

A ascendência dos interesses empresariais/industriais dentro da classe dominante fez-se, assim, paralelamente à ampliação da ação do Estado como agente econômico. Sendo o principal instrumento de captação de recursos financeiros, controlando diretamente empresas de grande vulto, associando-se a grupos internacionais, exercendo o poder regulador, enfim, pretendendo ser o único intérprete do interesse público em sociedades em que a maioria da população não está representada no sistema político, o Estado que foi emergindo nos países de capitalismo periférico na fase de industrialização é instituição de alguma forma *sui generis*. Suas responsabilidades diretas no plano econômico são bem maiores do que as que conheceu o Estado no capitalismo central. (FURTADO, 2008, p. 205)

A análise econômica do Crime foi inicialmente desenvolvida por Gary Becker, na obra “*Crime and punishment: na economic approach*”, oportunidade em que vinculou a conduta criminosa a preceitos ligados a microeconomia. A premissa de que parte é que todo ser humano é racional, e realiza escolhas pautadas nesta lógica, e que o fazem buscando benefícios e sopesando os custos.

A partir deste pensamento arraigado em pilares econômicos de racionalidade, surge também, a justiça atuarial, que busca, através e parâmetros eminentemente matemáticos equacionar os custos envolvidos na questão criminal. Leva em consideração os valores e poderes preponderantes nesta estrutura social que se apresenta, convertendo-se num instrumento de controle social através da seletividade, criminalizando a miséria e os perigos imaginados na sociedade de risco que incute o medo de maneira generalizada. A intensidade de proteção dos bens jurídicos é desigual, o que resulta na aplicação inadequada da lei penal, sendo a condição de delinquente disposta de maneira diferenciada, não levando em conta a

gravidade das infrações para tanto, sob a justificativa de uma análise racional e econômica que encontra-se dissociada da realidade social.

A pecha de delinquente imposta a algumas pessoas é proveniente da seleção dos bens jurídicos e das condutas que podem agredir tais bens para, após, ocorrer a seleção estigmatizante a alguns específicos indivíduos, que estão no meio de todos os demais que também praticaram ilícitos penais mas não se enquadram nas mesmas características. O direito penal, portanto, passa a ser o gerador e o propagador de desigualdades sociais.

Tanto a formação do direito processual penal quanto do próprio direito penal foi preocupação de Montesquieu e Beccaria. De acordo com RUSCHE e KIRCHHEIMER (2004, p. 111):

Os contemporâneos de Montesquieu usaram argumentos do livro XI, Capítulo VI d'O Espírito das Leis, "Dans la constitution de l'Angleterre", e do Livro VI, Capítulo V, "Dans quel gouvernement le souverain peu être juge", contra a *Kabinettsjustiz* e contra qualquer outra forma de administração arbitrária da justiça criminal. Beccaria, por sua vez, atacou vigorosamente todas as decisões pautadas no "espírito das leis".

A paixão da época por matemática, combinada com o desejo da burguesia por segurança em suas operações comerciais, acarretou em uma simbiose da justiça com o cálculo, tendo a demanda por uma correlação entre crime e punição foi, posteriormente, articulada de maneira detalhada por Bentham e seu utilitarismo. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 111-112)

Ao pensar o direito penal e a política criminal, a partir desta concepção puramente racional, como ferramentas de "combate ao crime", se assume a ideia de que o delinquente deve ser controlado, e não recuperado; deve ser contido, e não ressocializado; deve ser segregado do convívio social através do recrudescimento das ciências criminais, levando as vertentes sociais (criminologia e política criminal) a buscarem a lógica atuarial para identificação e contenção de miseráveis e desajustados; e as dogmáticas (direito penal e processo penal) a estabelecerem parâmetros mais rígidos através da aplicação da teoria do delito na identificação dos inimigos, transfigurando-se num direito penal de autor, e conferindo uma mentalidade cada vez mais inquisitória e menos garantista ao trato da questão criminal.

Num contexto sociológico atual, que prima pelo controle e sob as rédeas de princípios econômicos, o Direito Penal se expande, reverberando em políticas criminais e leis nem sempre constitucionais, carregadas de intenso utilitarismo. A criminologia fornece amostras de sua interessante virada pragmática, atendendo a uma nova realidade.

A política criminal do *Welfare State* era fortemente marcada pela ideia de prevenção especial, a qual buscava promover uma hígida engenharia social e tinha como premissa básica a recuperação do criminoso, reintegrando-o socialmente³⁷. Acreditava-se no poder de ingerência estatal e nas possibilidades da ciência em examinar a etiologia do delito e a melhor forma de intervenção social³⁸. O grande contributo para isso veio da criminologia americana e seus influxos sociológicos. (FIGUEIREDO DIAS e ANDRADE, 2013, p. 32)

A edificação de uma nova ordem geopolítica, e a escassez de oportunidades em viabilizar a aquisição tradicional dos bens de consumo, levou a uma distinta modulação das políticas criminais, as quais passaram a ser capitaneadas por dois vetores sociais, a saber: a nova conformação político-social da pós- modernidade e a economia de mercado.

Com efeito, as políticas conservadoras, notadamente nos Estados Unidos e Grã-Bretanha³⁹, deflagraram a bandeira de combate ao crime pela via do intenso controle comportamental, atendendo anseios sociais e culturais contemporâneos. Somado a isso, a necessidade de promover segurança e estabilidade para impulso do consumo passou a adotar técnicas econômicas na tomada de decisões envolvendo aspectos criminológicos. (GARLAND, 2008, p. 36-38)

A criminologia atual parece voltar ao passado, abandonando pilares civilizatórios e humanitários antes deflagrados, mormente pós Segunda Guerra Mundial. A principal consequência é o enfraquecimento do ideal de reabilitação como objetivo das instituições penais e o renascimento da ideia de pena como retribuição e instrumento de neutralização do indivíduo, tudo com o intuito de gerenciar riscos desde o estágio potencial. Neste sentido, GARLAND (2008, p. 51):

Seu declínio foi o primeiro indicativo de que o enquadramento moderno – que resistiu por quase um século – estava sendo abandonado. A reabilitação foi o suporte estrutural central do sistema, a mola-mestra de um grupo de práticas e ideologias que se alimentavam mutuamente. Quando a fé neste ideal ruiu, dissipou-se o arcabouço de crenças, valores e práticas sobre o qual a pena moderna foi erigida.

Por seu turno, a redução do Estado de bem-estar social contribuiu não só para o surgimento do “homem endividado” nas sociedades de controle, como também foi fator decisivo para o aumento da criminalidade e do medo coletivo . Toda essa trama social

³⁷ O corpo, como antes, continua a ser adestrado. Contudo, as premissas agora são diferentes, ganhando cientificidade.

³⁸ Ver, nesse ponto, DIAS E ANDRADE (2013, p. 41-62), retratando a criminologia das décadas de 60 e 70 do século XX.

³⁹ O conservadorismo pode ser exemplificado com as eleições de Reagan e Thatcher, que promoveram políticas de endurecimento e expansão criminal, com expressivo aumento da população carcerária.

implicou no redescobrimento da vítima e na construção de políticas criminais erigidas em contextos de emergência e irracionalidade legislativa, muitas delas recheadas de populismo penal. O processo legislativo criminal tem servido, em muitas ocasiões, como um álibi para alguns pleitos levantados por específicos segmentos sociais. (DELEUZE, 2017, p. 225)

SALAS (2012, p. 53-55) realizou um estudo sobre o avanço do populismo penal nos países europeus a partir de 1.980, constatando que os partidos eleitorais de extrema direita passaram a centralizar seus discursos em temáticas envolvendo xenofobia e segurança, obtendo resultados significativos. A partir daí, diante de um mundo globalizado e recheado pelos riscos do multiculturalismo, o populismo penal passou a ocupar os programas de governo, sendo uma das “fórmulas vencedoras”.

Outrossim, o autor realça que o populismo penal não é exclusividade dos dirigentes políticos, tendo afetado também juízes, que partiram para o ativismo, ingressando em carreiras políticas (v.g. Ronald Schill, magistrado alemão do Tribunal de Hamburgo, que foi eleito com o slogan “juiz sem piedade”, fundando o “Partido de Ofensiva Constitucional”, de cunho nitidamente populista; Antonio Di Pitero, magistrado italiano atuante na operação “Mãos Limpas”, que também seguiu carreira política, é mencionado. (SALAS, 2012, p. 57)

Precisamente, no âmbito da Política Criminal estadunidense, a qual vem sendo aplicada em partes na realidade brasileira⁴⁰, a ciência atuária (probabilidade, matemática, estatística, finanças, economia) representa a racionalização no *gerencialismo*, bem como uma maneira que busca ser eficaz na diminuição dos índices de criminalidade de modo sistemático, aspirando pleno domínio do controle social.

Neste sentido, tem como método instrumento objetivo, números e estatísticas, que possuem aplicação não somente na fase de execução penal, como também em todo o sistema, desde a prática delitiva até o cumprimento da pena sentenciada. Não há que se confundir com o sistema de prevenção positiva do crime, que persegue a ressocialização do criminoso através de meios corretivos, fazendo análises teórico-sociais e se utilizando da criminologia.

De forma mais complexa e de real importância para a sociedade, tem-se o seu uso contemporâneo em diversas áreas do conhecimento por especialistas de outras áreas, como saúde, educação ou até mesmo investigação de fenômenos sociais, o que contribui para a corroboração e legitimação da magnitude deste raciocínio sobre a vida cotidiana.

⁴⁰ A busca excessiva de modernização significou, no âmbito jurídico, mas não só neste, a cópia de modelos dos países centrais, de modo que pouca ou nenhuma teoria ‘brasileira’ (que fosse independente dos modelos europeus ou *yankee*) foi produzida no século XIX. (FONSECA, 2006, p. 344)

Muito mais que um estudo matemático, o cálculo do risco passou a ser usado - mesmo que de maneira despercebida e simples - por toda a sociedade, no momento em que se analisa determinada situação e, vislumbrando possíveis fins hipotéticos para cada decisão tomada no devido contexto, se escolhe a que menos causará impacto negativo, levando em consideração tais riscos.

Em razão de diferentes metodologias utilizadas tanto pelo Direito (que se vale de uma forma dogmática e abstrata pela construção de modelos a partir de dados empíricos coletados na sociedade associados a teorias) quanto pela Economia, juristas ainda possuem certa desconfiança na associação de raciocínios econômicos aos esquemas abstratos predominantes nas formulações das normas jurídicas. (SZTAJN, 2005, p. 75)

Em entendimento diametralmente oposto, POSNER (2007, p. 27) ressalta que eficiência e justiça são conceitos intimamente ligados, e não há efetivação de direitos fundamentais sem a aplicação eficiente da justiça:

A abordagem econômica à lei é criticada por ignorar a "justiça". Deve-se distinguir entre os diferentes significados existentes. Às vezes, isso significa que a justiça distributiva, como sendo o grau adequado de igualdade econômica - e às vezes isso significa eficiência. Veremos, entre outros exemplos, que quando as pessoas descrevem como injusta a condenação de uma pessoa sem julgamento, tendo sua propriedade desapropriada sem uma compensação justa, ou falhando em compelir o motorista negligente que causou danos à vítima em compensá-la, elas não significam nada além de inutilizar recursos. Mesmo princípio de aplica em casos de enriquecimento sem causa, podendo tal circunstância derivar do conceito de eficiência. Um não deve ser surpreendido que em um mundo onde recursos escassos deve ser considerado como imoral.⁴¹

A aproximação entre Direito e Economia é uma realidade. Ainda que os fatos sejam considerados mediante uma visão quantitativa e empírica, afeita à metodologia econômica, não se tratará de um desserviço à argumentação jurídica de caráter qualitativo. (SZTAJN, 2010, p. 82)

Desta forma, sintetizando o raciocínio apresentado, GICO JR (2010, p. 18) define o papel que a análise econômica do direito pretende desempenhar, no sentido de ser uma

⁴¹ Tradução livre a partir do trecho original: *The economic approach to law is criticized for ignoring "justice". One must distinguish between the different meaning of this world. Sometimes it means distributive justice, the proper degree of economic equality – and sometimes it means efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just compensation, or failing to make a negligent automobile driver answer in damages to the victim of his negligence, they mean nothing more pretentious than that the conduct wastes resources. Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency. One should not be surprised that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.*

ferramenta de interpretação e de aplicação da norma jurídica, em todos os aspectos da vida, não se referindo, apenas, a questões que envolvem diretamente valores pecuniários ou bens patrimoniais:

Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajudar a compreender porque algumas leis pegam e outras não, porque muitas vezes uma legislação é adotada e porque noutras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda porque é tão difícil alugar um imóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos.

A aplicação da escola econômica estadunidense onde se discute e se aprimora a Análise Econômica do Direito, chamada de “Law and Economics”, sobre o mundo jurídico, apenas revela uma nova forma de interpretar o direito, se repensar a elaboração legislativa através de critérios mais racionais e pré-determinados, e não reduzir tudo a um cunho econômico-financeiro.

Cumprе ressaltar, neste ponto, algo importante. A análise econômica parte do princípio de que o crime sempre irá existir, o que permite dizer que esta metodologia buscará gerenciar a criminalidade, e não eliminá-la, pois entende que isso é impossível. A grande questão são os parâmetros utilizados para definir os juízos de probabilidade (e não de previsibilidade).

Primeiro, quais serão os critérios utilizados para a coleta dos dados; segundo, qual a métrica a ser utilizada para aferir os dados coletados, uma vez que a interpretação de um dado pode sofrer diversas interferências de caráter subjetivo, de acordo com estudioso que se debruça sobre a pesquisa; terceiro, quais serão as conclusões a partir dos dados coletados, a partir dos parâmetros de análise eleitos, que também sofrerá intensa influência subjetiva.

Diversamente da escola do “Law and Economics”, mas como uma espécie de desvirtuamento de seus postulados, surge a Justiça Penal Atuarial, o que significa dizer que não são a mesma coisa. Sua origem remonta à capacidade de perceber e pensar sobre os fenômenos em um nível de grupo ou social. Antes do final do século XVIII e início do século XIX, os eventos adversos eram percebidos principalmente como infortúnios pessoais. Junto com o nascimento da estatística, a capacidade de conceituar eventos socialmente tornou possível observar padrões que afetam as pessoas em uma escala maior. Portanto, novas realidades surgiram: taxas de natalidade e mortalidade, padrões de acidentes, taxas de

desemprego e assim por diante. Permitiu o surgimento de uma nova forma de poder centrada na população como um conjunto de características ou perfis. As práticas atuariais são uma manifestação do biopoder conceitualizado por Foucault. (MARTINSON, 1974, p. 48)

A ideia de justiça atuarial passou a ser articulada como tal apenas no final da década de 1.980. De acordo com FEELEY e SIMON (1992, p. 453 e ss.), existem três razões principais pelas quais essas ideias se tornaram populares nessa época. Primeiro, esta linha particular de pensamento já estava presente em outros campos do direito, nomeadamente, direito civil.

Com efeito, no direito civil a responsabilidade objetiva e sem culpa ganhou ascendência sobre a noção de responsabilidade individual. Causalidade e culpa não são um problema na lei de responsabilidade civil; a preocupação é com o gerenciamento de um *pool* de eventos adversos. Em segundo lugar, a suplantação da lógica da justiça individual pelo pensamento sistêmico e pela lógica da gestão racional contribuiu para o desenvolvimento da justiça atuarial.

A partir disso se pensa na justiça em termos de um sistema complexo em busca de eficiência, e não como a operação de um juiz que pondera imparcialmente uma implicação moral/individual de um crime. Por fim, a ideia utilitarista de dissuasão enfraqueceu a resistência à justiça atuarial no sentido de substituir a visão moral e individualista tradicional do crime e da punição por um conceito econômico do indivíduo pautada no cálculo de custos e prazeres.

No nível político, as posturas liberais e conservadoras contribuíram para o surgimento da justiça atuarial, por meio de sua ênfase na gestão. O primeiro buscou regularizar o procedimento por meio do devido processo; o segundo incentivou o uso de prisão prolongada e, assim, aumentou a população carcerária, levando ao uso de técnicas atuariais para uma gestão eficiente.

A lógica atuarial trabalha de maneira indissociável com o conceito de risco. Neste sentido, o risco é a aproximação racional que busca compreender o acaso, sendo um mecanismo para compreensão e organização do mundo real, que analisa e disciplina eventos de existência meramente hipotéticos. (DIETER, 2013, p. 38)

Os atuários avaliam os riscos futuros, como desemprego, doença e morte, sendo suas projeções a espinha dorsal de empresas de seguro e segurança financeira. Nesses campos, as técnicas atuariais são usadas para produzir as taxas percentuais de seguro necessárias para estabelecer os prêmios para cobrir perdas e despesas esperadas. No sistema

de justiça, os proponentes de uma abordagem atuarial tentam avaliar o risco e a periculosidade dos infratores, e os programas de tratamento. Justiça atuarial também sustenta estratégias de prevenção ao crime e policiamento.

É um modelo de prevenção negativa do crime, partindo do pressuposto que não se fazem esforços teóricos para justificar ou tentar compreender as causas da delinquência ou o que levou o autor a isso, uma vez que o crime sempre vai existir na sociedade, que os meios para buscar uma solução para a questão criminal são falhos e que não existem alternativas eficazes quanto à transformação social daquele que nasce para transgredir a norma. Deste modo, a racionalização da estratégia de incapacitação seletiva visa neutralizar o criminoso considerado de alto risco para a sociedade.

O criminoso é neutralizado antes de cometer outro crime, e da mesma forma, sob um modelo atuarial, o sistema de justiça criminal tornou-se cada vez mais dependente de longas penas de prisão e leis de três repressivas. Essas medidas não apenas visam punir os infratores por comportamentos passados, mas principalmente buscam conter o crime futuro.

Como exemplo deste sistema desumano de classificação de riscos, DIETER (2013, p. 137 e ss.) faz relevante análise acerca da perspectiva do tratamento (modelo médico) em direção à incapacitação (modelo prevencionista), relacionada ao sistema penal no trato à delinquentes sexuais.

Em razão da falta de legitimidade da prevenção especial positiva, que teria a finalidade de ressocializar o indivíduo para que não mais cometesse crimes, a partir da assunção deste por aprendizado de valores éticos e morais de respeito ao próximo, boa parte dos profissionais de saúde que trabalhavam dentro do sistema prisional perderam seus empregos, seguido do redirecionamento dos antes considerados inimputáveis, das clínicas médicas e hospitais psiquiátricos, para as prisões.

O que se verificou, na prática, foi o agravamento da superlotação carcerária, que pelo aumento constante dos custos de toda a operação do sistema prisional viu-se incapacitado em manter a separação adequada pela natureza do crime e periculosidade entre os presos, conforme determina a Lei de Execução Penal⁴².

Diante desse cenário, a junção do tratamento clínico e do atuarial não se limita a redefinir as práticas punitivas, afetando também a racionalidade científica que trata do tema, fazendo surgir outro fenômeno, que é o sujeitamento da psiquiatria à lógica atuarial no

⁴² Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

momento de prognosticar o risco objetivo de reincidência e a periculosidade potencial do encarcerado rotulado como delinquente. (DIETER, 2013, p. 138)

Como consequência desta realidade, o gerencialismo da questão criminal por parte do Estado faz substituir o diagnóstico clínico pela lógica atuarial, surgindo esta tendência de política criminal que se afirma como racionalidade preferencial que ataca tanto o Direito, quanto a Medicina. Tal análise prognóstica atuarial fundamenta-se na vinculação de um sujeito a um determinado grupo de risco pelas características que compartilham, numa espécie de aposta da provável reprodução dos padrões de comportamento dessa coletividade com a qual foi relacionado em razão da habitualidade geral dos comportamentos humanos. Ao invés de sintomas, os atuários procuram fatores salientes que determinam de forma estatística o maior ou menor risco de comportamento. (DIETER, 2013, p. 138-139)

O sucesso deste prognóstico atuarial pressupõe, de antemão, a reunião de dados por meio de pesquisa dirigida à obtenção de variáveis relativas ao acontecimento que se pretende hipoteticamente antecipar, uma vez que segundo esta lógica, a regularidade de comportamentos perniciosos é um atributo coletivo. O resultado deste “cálculo” é então disposto em gráficos ou tabelas, que levarão a uma consulta entre fatores de risco e o grau de determinação mediante um simples cruzamento de vetores, que pode ser realizado de maneira manual ou com a utilização de softwares. A precisão desta análise atuarial de eventos futuros se dá da seguinte forma: (i) do rigor na definição do evento futuro; (ii) da quantidade de dados reunidos; (iii) número; (iv) objetividade; e (v) estabilidade dos critérios sob análise. Neste sentido, DIETER, (2013, p. 140) complementa a elucidação desta técnica de prognose:

O primeiro depende da natureza certa do evento futuro; os seguintes da extensão da pesquisa empírica conduzida; o último da tecnologia dos instrumentos de síntese fatorial à disposição; todos, por fim, subordinados ao cuidado metodológico do pesquisador. Não são, sem dúvida, requisitos fáceis de atender, mas certamente muito mais simples do que os exigidos pelo diagnóstico clínico: a grande vantagem em favor dos prognósticos de risco está no fato de que, ao contrário dos profissionais da saúde, os atuários não têm, em princípio, compromisso ético com o tratamento do sujeito e, por isso, não precisam explicar a prática de atos violentos. Basta prevêê-los.

A partir disso, realiza-se um exame anamnésico, que visa prever o risco de ações referindo-se exclusivamente à repetição de condutas pelo próprio sujeito em semelhantes ocasiões passadas, contabilizando-as para futuras projeções, dentro deste conceito entendidas como idênticas. Portanto, certeza do comportamento agressivo que ainda não ocorreu vai depender de apenas um elemento, que refere-se a sua reincidência específica,

levando a conclusão atuarial que quanto mais casos pretéritos, maior a probabilidade de que tais ações venham a se repetir, aumentando o risco de se tratar de um indivíduo incorrigível. (DIETER, 2013, p. 140)

O exame de anamneses que analisa a probabilidade de reincidência pautada em eventos passados pode ser tido como um fator unicamente complementar (e não principal e exclusivo) de análise de risco confiável, contudo, ao se falar em delitos sexuais violentos, o problema se instala. A pouca frequência destas ações, na imensa maioria dos casos, leva o exame anamnésico a sua inviabilidade, devendo ser sempre complementado por um diagnóstico clínico. O que ocorre, contudo, é que o diagnóstico atuarial o substitui na prática, levando a conclusões nada confiáveis pelas dificuldades expostas. (DIETER, 2013, p. 141)

Essa teoria oposta do crime como fenômeno social desvia a atenção de uma estratégia reabilitadora, da noção de que se pode garantir melhor a segurança pública por meio de uma série de tratamentos a serem impostos à força a criminosos condenados. Esses tratamentos ocasionalmente se tornaram, e têm o potencial de se tornar, tão draconianos a ponto de ofender a ordem moral de uma sociedade democrática, e a teoria do crime como fenômeno social sugere que tais tratamentos podem ser não apenas ofensivos, mas também ineficazes.

Aponta, ao revés, para o desencarceramento de infratores de baixo risco e, presumivelmente, para a manutenção de infratores de alto risco em prisões que nada mais são (e pretendem ser nada menos) do que instituições de custódia e de gerenciamento populacional. Essa abordagem, contudo, tem seus próprios problemas. A dimensão moral do crime e da punição, e muitos infratores de baixo risco cometeram crimes graves (homicídios, por exemplo) e, mesmo que alguém esteja razoavelmente certo de que nunca cometerá outro crime, viola o senso de justiça que eles não devam sofrer nenhuma retribuição significativa por suas ações.

Um banqueiro de classe média que mata sua esposa adúltera por causa da paixão é um criminoso de "baixo risco"; um jovem delinquente do gueto que comete assalto à mão armada tem, estatisticamente, uma probabilidade muito maior de cometer outro crime. A partir dessa lógica de risco, é aceitável colocar o primeiro em liberdade condicional e condenar o último a uma longa prisão?

Não se pode ignorar o fato de que a punição dos delinquentes é hoje o principal meio que se dispõe para dissuadir os infratores incipientes. Entretanto, não se sabe quase

nada sobre o efeito dissuasor, principalmente porque as teorias de tratamento dominaram a pesquisa, e as teorias de dissuasão foram relegadas ao *status* de curiosidade histórica.

Uma das características fundamentais da justiça atuarial é sua confiança no conceito de risco. A lente atuarial reconstrói fenômenos individuais e sociais como objetos de risco. Portanto, a unidade de análise no sistema de justiça criminal não é mais o indivíduo biográfico, mas sim o seu perfil de risco. Por meio de técnicas atuariais, a identidade individual é fragmentada e refeita em uma combinação de variáveis associadas a diferentes categorias e níveis de risco.

Mudar os indivíduos era o projeto-chave do modelo disciplinar, e tinha como objetivo transformar criminosos em cidadãos cumpridores da lei por meio de terapia ou outras intervenções corretivas destinadas a alterar suas personalidades. Dentro da justiça atuarial, transformar indivíduos não é mais o objetivo exclusivo, em parte porque é difícil e consome recursos. O objetivo muda para gerenciar os riscos que os infratores representam.

Caminhos institucionais são fornecidos para diferentes categorias de infratores, de acordo com o risco que representam. O diagnóstico e o tratamento deram cada vez mais lugar ao gerencialismo. Finalmente, a justiça atuarial tem uma pretensão de aposta no futuro. Seu principal interesse é estimar e prevenir a ocorrência de comportamentos supostamente vindouros, em vez de sancioná-los ou compreender e abordar suas causas passadas. O foco da justiça atuarial está principalmente em incapacitar e regular comportamentos que ainda não ocorreram.

É pertinente, sob este cenário atuarial, trazer à tona a necessidade do descarte da proposta de reabilitação social, haja vista ser uma política pública custosa para o Estado e de mínima eficácia dados os altíssimos índices de reincidência, logo, se comprovadamente ineficaz e caro o método de ressocialização, por que ainda preservar a utilização deste instituto?

O propósito é, na verdade, utilizar a pena criminal de modo sistemático para o controle mais firme de determinados grupos de risco mediante a neutralização dos que se destacam negativamente, ou seja, uma gestão da população perigosa pelo menor preço, privando o “custo-benefício”, assim, a anulação dos irrecuperáveis torna-se o principal objetivo para essa nova proposta de política criminal, que acredita serem estes mesmos irrecuperáveis responsáveis pela maioria dos crimes registrados. Dado o exposto, sob a égide do princípio da eficiência, o Estado precisaria somente criar com precisão o perfil destes criminosos, classificá-los e habilitar o sistema prisional para neutralizá-los por um longo

período de tempo, reduzindo assim os índices da alta criminalidade bem como a necessidade de alto custo e investimento na segurança pública, reforçando a estratégia da incapacitação seletiva.

Estruturalmente, são apontados diversos choques deste modelo de política criminal repressivo e de emergência com o discurso ético-normativo proposto pelo nosso sistema jurídico constitucional. A discrepância com a disciplina de direitos humanos fundamentais é evidente, que delimitam e servem de base para o Direito, o Processo e a Execução Penal em um Estado Democrático de Direito, a julgar pela discricionariedade e flexibilização na proteção das necessidades fundamentais resguardadas constitucionalmente ao indivíduo.

Considerando o desenvolver dos fundamentos no estudo das sociedades ocidentais contemporâneas, bem como os princípios do ordenamento jurídico dessas sociedades, mais precisamente no cenário brasileiro, fundado sobre a cidadania e dignidade humana, não há dúvida de que a hipótese radical aplicada pela Política Criminal Atuarial se monta em um retrocesso dissimulado de inovação do sistema. O aumento do abismo existente entre as classes economicamente dominadoras e as desfavorecidas torna-se cada vez maior, e desprestigia a pesquisa dos criminólogos a respeito do social, bem como dá espaço somente para a ciência atuarial, cenário em que se tem a máxima necessidade de satisfazer os interesses do mercado e da classe burguesa dominadora, deixando de lado a proteção dos direitos e necessidades sociais pelo Estado.

2.2 O Moderno Estado de Exceção e a Violação de Direitos Humanos

O julgamento do oficial da guarda pretoriana do regime nazista – a *Schutzstaffel*, ou SS, Adolf Eichmann, ganhou destaque não somente pelo fato de ser um militar nazista de alta patente (*Obersturmbannführer*, patente equivalente a tenente-coronel) e responsável por executar a chamada “solução final” para o “problema judeu”, ou pela ampla cobertura midiática ao julgamento (repórteres de todo o mundo foram convidados a assistir e noticiar o julgamento, recebendo do Estado de Israel cópia de documentos, das razões da acusação e da transcrição dos depoimentos), mas também pelo fato de o julgamento ter sido acompanhado por Hannah Arendt, já aquela época renomada filósofa política judia, radicada nos Estados Unidos.

Arendt propôs à revista *The New Yorker* ser sua repórter e elaborar uma reportagem especial a respeito do julgamento. Dado o renome da filósofa e o fato de ser judia, além de

já ter abordado a questão do antissemitismo em obras anteriores, como em “As Origens do Totalitarismo”, o periódico americano aceitou a “oferta”, de modo que Arendt foi à Jerusalém para acompanhar o julgamento de Eichmann. O resultado foi a obra “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”, publicada em 1963.

Ainda que morando em um país distante da Alemanha e de Israel, Eichmann foi descoberto. Em um bairro do subúrbio de Buenos Aires, na noite de 11 de maio de 1960, foi capturado, pelo serviço de inteligência israelense, no ano de 1961, posto em um avião e levado para ser julgado perante a Corte Distrital de Jerusalém. O julgamento teve início no dia 11 de abril de 1961. Eichmann foi condenado à pena de morte, que foi executada no ano seguinte, 1962.

Contra Eichmann, pendiam as acusações de crime contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, que, segundo as disposições da Lei de Punição dos Nazistas e Colaboradores dos Nazista, datada de 1950, estariam passíveis à pena de morte. O acusado rebatia as afirmações de que teria cometido assassinato, afirmando serem falsas, pois nunca havia matado qualquer pessoa (judeu ou não). (ARENDT, 1999, p. 36-37)

Além disto, Eichmann se defendia de todas as imputações que lhe eram atribuídas afirmando que nenhuma das condutas ditas ilegais pela promotoria assim o eram. Afirmava, ao rebater as acusações, que tudo o que havia praticado estava conforme o direito e a legislação alemã vigente à época dos fatos. Dizia também que suas condutas eram atos de Estado e não poderiam ser julgados por outro Estado. (ARENDT, 1999, p. 33).

De fato, algumas questões técnico-jurídicas foram levantadas pela defesa, como preliminares ao julgamento de Eichmann e diziam respeito a retroatividade da lei que tipificada as condutas de que era acusado, a competência do órgão jurisdicional para conhecer e julgar da matéria e a identificação das vítimas (povo judeu e não humanidade), sobre este particular, assim registra Hannah Arendt:

As objeções levantadas contra o julgamento de Eichmann eram de três tipos. Primeiro, as objeções levantadas contra os julgamentos de Nuremberg, que agora se repetiam: Eichmann estava sendo julgado por uma lei retroativa e era trazido à corte dos vitoriosos. Segundo, as objeções que se aplicavam à corte de Jerusalém, na medida em que questionavam sua competência enquanto tal ou incapacidade de levar em conta o rapto. E, finalmente, e mais importante, objeções à própria acusação, que afirmava que Eichmann cometeu crimes “contra o povo judeu”, em vez de dizer “contra a humanidade”, e portanto à lei sob a qual estava sendo julgado; e essa objeção levou à conclusão lógica de que a única corte adequada para julgar esses crimes seria um tribunal internacional (ARENDT, 1999, p. 276).

Todas as objeções foram afastadas pela Corte de Jerusalém. Contra a irretroatividade da lei penal, aplicou a corte o entendimento firmado em Nuremberg segundo

o qual o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, somente se aplica para os atos que o legislador conhece, para aqueles inéditos (como o holocausto e o genocídio) este princípio não se aplica, e a retroatividade é permitida. A jurisdição se justifica pela personalidade passiva, tendo os crimes sido cometidos contra os judeus a justiça do Estado judeu tem competência para julgá-los. (ARENDT, 1999, p. 276-285).

Além disto, a questão do rapto e transporte do acusado para Israel, ato que a defesa reputava como violação expressa a tratados internacionais, foi resolvida identificando-se os países afetados pelo ato, ou seja, Argentina, local do sequestro, a Alemanha, país do qual Eichmann era cidadão, e Israel, o captor. A Argentina não questionou o fato, visto que Eichmann entrou em seu território de maneira ilegal (identidade falsa), a Alemanha não forneceu qualquer proteção ao seu cidadão, e Israel, por ter praticado tais atos, entedia que sua atitude era lícita. Eichmann foi julgado como um apátrida, sem qualquer garantia ou proteção que os Estados oferecem aos seus cidadãos (KOZICKI, 2013, p. 38).

Acompanhado o julgamento, Arendt pode ver Eichmann, escutar o que ele falava, e a partir deste ponto cunhar o conceito de banalidade do mal, pelo qual sofreu duras críticas, em especial de seus pares judeus. Dois motivos são centrais para as críticas desferidas contra Arendt: a primeira porque atribui parcela da culpa pelo extermínio dos judeus, promovido pelo *III Reich*, ao próprio povo judeu, em especial, dos Conselhos Judaicos que colaboravam com os nazistas, fornecendo as listas das pessoas que deveriam ser deportadas; e também porque registrou que Eichmann não era um ser abominável, ao contrário, era um homem comum e, em algum sentido, até mesmo de capacidade de raciocínio limitada. A respeito da pessoa de Adolf Eichmann, Hannah Arendt fez os seguintes comentários:

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e dos nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas. (ARENDT, 1999, p. 299)

Na obra resultante do testemunho de Hannah Arendt ao julgamento de Eichmann, o ponto central é o conceito de banalidade do mal. O termo foi cunhado a partir da observação de que o oficial “simplesmente não percebeu o que estava fazendo”, e que de sua personalidade não “se pode extrair qualquer profundidade diabólica ou demoníaca”, bem como realizava suas atividades com “distância da realidade e esse desapego podem gerar mais devastação do que todos os maus juntos” (ARENDT, 1999, p. 311).

A ideia de banalidade do mal, enquanto aqueles que podem ser praticados por quaisquer indivíduos (pessoas comuns, tal como Arendt identificou que Eichmann era) e que

agem assim, pois estão desprovidas de qualquer senso crítico, ou que não questionam/refletem sobre as ordens que lhe foram emitidas ou os atos que estão praticando, foi sintetizado por Celso Lafer da seguinte maneira:

O mal é banal, na perspectiva do mal ativo, ou seja, como diria Bobbio, do mal burocraticamente infligido *ex parte principis*. O exercício da gratuidade do mal ativo, que leva a atos monstruosos cometidos por pessoas ordinárias, é, avalia Hannah Arendt, fruto *thoughtlessness* de uma incapacidade de pensar dos que os perpetraram. Esta incapacidade corre o risco de generalizar-se e é extrema (por isso perigosa), mas não profunda (por isso é banal). (LAFER, 2013, p. 33).

Essa ausência de questionamento se refere a não criticar a ordem posta, a legislação e os comandos que lhe eram impostos. O acusado cumpria friamente, rigorosamente ao que determinada a Lei, era bom nisso – prática de que, inclusive, tinha orgulho – mas não questionava os efeitos de suas ações ou a moralidade das normas que estava cumprindo.

Tanto isso é verdade que, o ponto central da defesa de Eichmann era o fato de que ele estava cumprindo a Lei, cumprindo as ordens do Reich e não poderia ser, posteriormente, condenado por um crime que consistia em estrito cumprimento do dever legal da época em que fora praticado.

Além disto, argumentava a defesa, caso não tivesse obedecido às leis e aos comandos a que estava submetido estaria sujeito a punições por sua desobediência. Ou seja, durante a guerra se não cumprisse as ordens seria penalizado. Terminada a guerra e pertencendo ao exército da parte perdedora, é acusado, julgado e condenado justamente por ter praticado estas mesmas condutas.

Depois, veio o último depoimento de Eichmann: suas esperanças de justiça tinham se frustrado; a corte não havia acreditado nele, embora ele tivesse sempre feito o máximo para dizer a verdade. A corte não o entendia: ele nunca tinha nutrido ódio aos judeus, e nunca desejou a morte de seres humanos. Sua culpa provinha de sua obediência, e a obediência é louvada como virtude. Sua virtude tinha sido abusada pelos líderes nazistas. (ARENDT, 1999, p. 269)

Neste ponto, é que se revela pertinente contrapor as alegações de Eichmann à análise empreendida por Hart, a respeito da relação entre o direito e a moral, posto que para o professor inglês, a norma jurídica encontra reflexo e não deve estar apartada das normas morais.

A proposta de Hart é diametralmente oposta ao argumento positivista, que rechaça a necessidade de que as normas do ordenamento jurídico possuam qualquer lastro moral. O positivismo jurídico e seu maior expoente, Hans Kelsen, sofreram duras críticas por ocasião do Julgamento de Nuremberg, pois serviu como base para tese de defesa dos militares nazistas que ocuparam o banco dos réus daquela Corte.

A concepção proposta pelo direito natural, segundo o qual as regras de conduta humana são descobertas pela razão e servem de fundamento para as leis criadas pelos homens, tem sido objeto de análise ampla de filósofos, desde a antiguidade, podendo ser apontada à época e na obra de Platão, por exemplo.

Esta tese sofreu várias críticas, das quais podem ser destacadas aquelas feitas por John Stuart Mill, para quem a celeuma decorre na ambiguidade gerada pela palavra “direito”. Para Mill, então, existem dois tipos de regras: umas são do tipo descritiva e outras prescritivas. As primeiras são descobertas pelos cientistas, ao observar a natureza, ao passo que as outras são as que determinam como o homem deve agir. Desta distinção advém a possibilidade de violação das regras prescritivas, mas não das descritivas:

As leis prescritivas podem ser violadas e contudo permanecem como leis, porque tal apenas significa que os seres humanos não fazem aquilo que se lhes diz para fazerem; mas carece de sentido dizer das leis da natureza, descobertas pela ciência, que podem ser ou não violadas. Se as estrelas se comportarem de modo contrário às leis científicas que têm como objectivo descrever os seus movimentos regulares, estas não são violadas, mas perdem o direito a serem chamadas de “lei”. (HART, 2001, p. 203).

Outra crítica empreendida por aqueles que rechaçam a concepção segundo a qual, os homens, utilizando sua razão descobrem as regras que devem pautar sua conduta, é a de que esta concepção está atrelada a um ideal de governador dividido e que tal entendimento não está em consonância com o progresso científico pautado pelo conhecimento laico, que empreende suas atividades não tendo por observações, mas por previsões matemáticas.

Apesar das críticas à doutrina do direito natural, Hart afirma que há uma semelhança entre os elementos da natureza e a conduta humana, pois os homens compartilham com os animais alguns fatores biológicos, dentre eles o desejo de permanecer vivo. Assim, as ações boas são entendidas como aquelas pelas quais o homem visa garantir sua sobrevivência e perpetuar sua vida pelo maior prazo possível (HART, 2001, p. 207).

Portanto, a partir do desejo nutrido por todo ser humano de garantir a sua sobrevivência (e também, como consequência, a sobrevivência da espécie humana) para viver em sociedade, os indivíduos devem instituir regras de conduta aptas a garantir o cumprimento deste objetivo, criando restrições para as atitudes que, de qualquer modo, sejam incompatíveis com a vontade geral de sobrevivência – neste particular reside uma semelhança entre o direito e a moral.

Tais regras constituem de facto um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até o ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controle social. [...] Tais princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares

respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e às suas finalidades, podem ser considerados o *conteúdo mínimo* do Direito Natural. (HART, 2001, p. 209).

Partindo do pressuposto que o objetivo geral dos homens é sobreviver, o autor passa a buscar as regras de condutas universais do homem, para garantir esse objetivo, o que se denomina como conteúdo mínimo do direito natural. Neste ponto, o Direito se sobrepõe ao sistema, e este deve ser analisado conforme regras morais, para que não permita a aplicação de regras totalitárias e que firam direitos humanos à partir de um sistema jurídico posto, como o que ocorreu na Alemanha nazista.

Ocorre que, destaca Hart, em um sistema que não reconhece a submissão dos conteúdos das normas a nenhum critério de qualquer natureza, não havendo limites para a atividade do legislativo, a validade da norma é analisada sem que se verifiquem suas disposições, mas somente a partir dos critérios de análise formal, tal como proposto pelo positivismo jurídico. Diante de um cenário tão absurdo, assim registra:

Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema o oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral. (HART, 2001, p. 226-227)

Neste ponto pode-se de extrair a convergência entre a obra de Hart e a obra de Arendt, pois o jurista inglês, com este argumento transcrito acima, questiona as leis criadas por Estados totalitários, pois não estão de acordo com as regras morais, ao passo que daí se remete ao registrado pela filósofa alemã, de que o oficial nazista cumpriu cegamente as normas postas sem entender a consequência de seus atos, sem questionar a moralidade das ordens que lhe eram direcionadas.

Portanto, a banalidade do mal, tal como apresentada por Arendt, pressupõe não somente aquele que pratica o mal assim aja por não questionar suas condutas, e por praticá-las como se fossem situações corriqueiras, mas também que o ordenamento jurídico que justifique estas práticas esteja afastado de preceitos éticos pautados no humanismo, de modo que seja sustentáculo de iniquidades.

O poder penal pode ser definido como um força da qual dispõe o Estado para impor suas decisões em questões que atingem bens jurídicos fundamentais, como a vida, liberdade, integridade física, meio ambiente e patrimônio, por exemplo. A ciência penal, neste aspecto,

se mostra distante do poder penal, que não vem sendo devidamente racionalizado e controlado pelos mecanismos de controle existentes.

A regulação deste poder penal, por não ser suficiente, deixa-o sem controle adequado, permitindo que funcione em condições por vezes desconhecidas e clandestinas, sem os apropriados limites. A manifestação disso atua sobre o indivíduo da maneira mais drástica e invasiva possível, culminando no encarceramento sob condições extremamente degradantes, à partir da utilização de critérios de aplicação da lei penal que não limitam o poder do Estado. (BINDER, 1997, p. 25)

Há grande dissonância acerca da correta conceituação do Estado de Exceção, não havendo uma teoria consolidada sobre o tema⁴³. A doutrina diverge em pontos essenciais, contudo, faz-se necessária uma abordagem do assunto para se delimitar, especificamente, de que maneira as democracias modernas utilizam-se de elementos do Estado de Exceção contra certos grupos de pessoas, sem revogar expressamente seus ordenamentos jurídicos vigentes.

Ao se refletir sobre a teorização do que seria um Estado de Exceção, a ideia de totalitarismo vem à tona. Neste sentido, pode-se dizer que o totalitarismo moderno é a instauração, através do Estado de Exceção, “de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”. (AGAMBEN, 2004, p. 13)

Há no Estado de Exceção, certamente, desarmonia entre o fato político e o direito público, uma vez que esta modalidade de regime atua na interseção entre o jurídico e o político, problematizando sua limitação: se a exceção foi instituída em período de crise política, deveria ser compreendida no campo político, e não no jurídico (AGAMBEN, 2014, p. 11/12). De outra forma, se a exceção é o mecanismo ao qual o direito recorre para sua própria defesa e a institui (a exceção) por meio de sua própria suspensão, criando uma zona de “vazio jurídico”, tem-se um campo de incerteza na conceituação e definição teórica do fenômeno.

⁴³ Neste sentido, AGAMBEN (2014, p. 38), destaca alguns posicionamentos doutrinários conflitantes acerca da eventual inclusão ou não do Estado de Exceção dentro do ordenamento jurídico dividindo os autores em dois grupos: “Entre os primeiros, alguns – como Santi Romano, Hariou, Mortati – concebem o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda age como fonte autônoma de direito; outros – como Hoerni, Ranelletti, Rossiter – entendem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) Os segundos – entre os quais estão Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de Malberg – consideram, ao contrário, o estado de exceção e a necessidade que o funda como elementos de fato substancialmente extrajurídicos, ainda que possam, eventualmente, ter consequências no âmbito do direito”.

A questão na realidade não é se analisar a nebulosa identificação do Estado de Exceção dentro ou fora do ordenamento jurídico, mas sim se observar que a definição atinge um patamar de indiferença, que remete a um ponto comum das duas realidades (dentro e fora do ordenamento jurídico). Explica-se: a suspensão da norma não quer dizer sua permanente abolição da ordem jurídica, mas sim que há um ponto de interseção entre o estar dentro e estar fora do Direito, e o grande conflito acerca do tema encerra-se numa disputa entre o local que lhe cabe. (AGAMBEN, 2014, p. 39)

O Estado de Exceção se caracteriza pela consecução de uma outorga de plenos poderes ao governante, o que significa, na verdade, a ampliação ilimitada dos poderes já existentes, que pode agora promulgar decretos com força de lei, ou seja, à partir do Poder Executivo.

Ao se proceder desta forma, pode-se dizer que há um retorno a um estado original, quando não há a distinção entre Executivo e Legislativo, ocorrendo um vazio de direito. A progressiva erosão dos poderes legislativos caracterizada pela mera atividade de ratificação de decretos presidenciais do executivo que possuem força de lei, a partir da Primeira Guerra Mundial, passa a se tornar uma prática comum, e duradoura, enfim, um paradigma de governo. (AGAMBEN, 2014, p. 19)

A concepção e a conceituação de Estado de Exceção e Estado de Emergência também é debatida nas obras de Carl Schmitt e Walter Benjamin, havendo relevante contraponto entre estes dois autores.

O conceito de Estado legiferante trazido por Schmitt é pautado por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, identificadas como impessoais e gerais, que visam uma duração permanente. Estado, lei e aplicação da lei, e legislador e aplicação da lei coexistem separados de si, sendo a sociedade regida por tais leis, e não pelos indivíduos, autoridades ou instâncias públicas. Quem exerce poder age com base na lei, ou em nome dela, fazendo valer mediante legitimidade a norma vigente. (SCHMITT, 2007, p. 2)

O Estado legiferante parlamentar, portanto, separa a lei da aplicação da lei, sendo claro que o parlamento jamais as aplica. Um sistema fechado de legalidade, com a separação dos poderes, fundamenta a pretensão sobre a obediência, eliminando qualquer pretensão de resistência. Neste aspecto, o Direito se manifesta pela lei, e a justificação específica da coerção estatal é a legalidade. (SCHMITT, 2007 p. 3)

Destes conceitos, a ideia do Estado legiferante é a normatização predeterminada, mensurável quanto ao conteúdo, duradoura em geral. A decisão judiciária deve ser apenas a

mera aplicação desta normatização, que é efetivamente no que consiste, para Schmitt, um sistema de legalidade fechado.

Schmitt tinha a concepção de que o Estado de Direito é o Estado da legalidade, pautado no conceito de Estado legiferante parlamentar, e que seu parlamento cria as leis com critério de permanência, demandando um caráter abstrato e impessoal, que necessariamente devem ser precedidas de longa discussão e análise. Por consequência, medidas urgentes e concretas não fazem parte do escopo deste poder parlamentar, sendo remetidas ao Poder Executivo, que tem em suas mãos a função de solucionar tais casos a partir de atos do governante. O Estado de Direito ou de Legalidade em que a lei é posta, portanto, seria por um ato de vontade da representação parlamentar, por ela discutida e analisada, de forma racional.

Ao comentar o artigo 68 da Constituição de Weimar, que estabelecia que “as leis do *Reich* serão decididas pelo *Reichstag*”, que era o Parlamento Alemão da época, Schmitt entendia ser este um modo puramente funcionalista de entender o Direito e a lei, sem uma relação com qualquer conteúdo a não ser a decisão tomada pela simples maioria parlamentar. Isso significa que Direito, lei e legalidade passam a se tornar modos de processo e procedimentos de votação neutros, indiferentes e acessíveis a qualquer conteúdo, o que passa a não servir de suporte adequando ao Estado legiferante por falta de determinadas qualidades (normatização geral, determinação temática, duração). (SCHMITT, 2007, p. 28)

O problema desta neutralidade absoluta pela ausência destas qualidades gera um poder que se reduz a mera função de votações majoritárias, pois toda a exigência material da lei será desconsiderada, acarretando no encerramento de todas as garantias de justiça e razão, mas também do conceito de lei e legalidade pela falta de substância e conteúdo funcionalista, em decorrência da adoção de ideias majoritárias aritméticas: “51% dos votos resultam em maioria no Parlamento; 51% dos votos parlamentares resultam em Direito e legalidade; e 51% da confiança do Parlamento em relação ao Governo resultam no governo parlamentar legal”. (SCHMITT, 2007, p. 28)

A norma constitucional escrita, portanto, nada mais seria do que aquela Constituição positivada, sendo produto do poder constituinte originário manifestado em assembleia nacional constituinte ou por qualquer outro meio, finalizando seu trabalho com a aprovação formal através de votação.

O que dará legitimidade a este conjunto de normas dispostas em forma de Constituição é a vontade política, que Schmitt denominou como vontade política

fundamental, sendo esta a denominação do conceito de Constituição material, e que deve ser preservada a qualquer custo, uma vez que o conteúdo político da constituição material se sobrepõe ao texto frio da Constituição formal.

Neste ponto, surge outro conceito importante em Schmitt, que é o conceito de exceção. Carl Schmitt entendia que o Estado é um *status* político de um povo organizado, e a Constituição formal substanciava-se num mero texto de normas, nas quais o fator político não havia sido considerado para sua concepção. (SCHMITT, 2016, p. 41).

O Estado é entendido, no conceito de Schmitt, como um estado particularmente específico de um povo, e todas as marcas dessa representação (*status* e povo), adquirem o seu sentido através da subsequente marca do político, e tornam-se incompreensíveis se a essência do político for mal compreendida. (SCHMITT, 2016, p. 42)

Neste sentido, o verdadeiro guardião da constituição passa a ser compreendido como o soberano, que efetivamente detém o poder e o conteúdo político que delineiam a Constituição material, e a partir disso, Schmitt passa a traçar toda a teoria para fundamentar seu pensamento acerca o estado de exceção.

Ainda ao discorrer sobre o Estado legislante parlamentar, traça a partir da Constituição de Weimar a autoridade conferida pelo diploma legal ao Presidente do *Reich*, tratando-o como um legislador extraordinário com base no artigo 48, § 2º, que lhe estabelece competência para a promulgação de decretos. (SCHMITT, 2007, p. 71):

Constituição do Reich alemão de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), artigo 48, §2o: Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154

Neste ponto, Schmitt passa a fundamentar a ação irrestrita do “legislador extraordinário” (Presidente do *Reich*) previsto no artigo 48, § 2º, da Constituição de Weimar, em governar absolutamente a partir de decretos, podendo, inclusive, suspender direitos fundamentais em tempos de situações extraordinárias.

Além de Schmitt, diversos juristas alemães da época fizeram menção ao estado de exceção previsto no artigo 48 da Constituição de Weimar, tendo sido retomado e desenvolvido o termo também por Frederick M. Watkins (*The Problem of Constitutional Dictatorship, in Public Policy I*, 1.940), Carl J. Friedrich (*Constitutional Government and Democracy*, 1.941), e Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government*

in the Modern Democracies, 1.948), tendo registrado a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as guerras mundiais, tendo o estado de exceção acompanhado tal fenômeno. (AGAMBEN, 2014, p. 18)

Schmitt defende tais prerrogativas a partir do próprio texto constitucional vigente à época. Para ele, todas as medidas aplicáveis ao Estado legiferante parlamentar cabem ao Presidente do *Reich*, e menciona que os próprios legisladores parlamentares, que se sentiam os verdadeiros guardiões e defensores de conceitos de Estado de Direito, estabeleceram, a partir da Constituição de Weimar, a referida competência legislativa. (SCHMITT, 2007, p. 72)

A partir deste entendimento, estabeleceu que o legislador extraordinário não se enquadrava na categoria *ratione materiae*, como o constituinte que dispunha de normas constitucionais jurídico-materiais, nem um legislador extraordinário do tipo *ratione supremitatis*, como o povo que toma suas próprias decisões de maneira direta, mas sim um legislador *ratione temporis ac situacionais*. (SCHMITT, 2007, p. 73)

Isso significa que as normas somente valiam para situações normais, e a normalidade pressuposta de uma determinada situação era um elemento jurídico-positivo de sua validade. O legislador da situação normal, para Schmitt, era diferente do que denominou de “comissário da ação” da situação anormal que restabelece a situação normal (segurança e ordem).

Entendeu que esta situação de anormalidade pressupunha a superioridade do legislador extraordinário frente a qualquer outra espécie de legislador, e explica:

com base em seu próprio julgamento, ele toma decisões sobre os pré-requisitos de suas competências extraordinárias (perigo para a segurança e ordem públicas) e sobre o conteúdo das medidas “necessárias”. Por esse motivo, em um espaço de tempo muito exíguo, ele também pode voltar a promulgar medidas cujas revogações foram solicitadas pelo *Reichstag*. O pedido de revogação feito pelo *Reichstag* não tem nenhuma força retroativa e assim o legislador extraordinário pode criar fatos consumados perante o legislador ordinário. (SCHMITT, 2007, p. 74)

Ainda com relação a essa superioridade mencionada, diferente do legislador do Estado legiferante parlamentar, que apenas produz as leis mas não as aplica, o Presidente do *Reich*, com base no artigo 48 daquele diploma legal, pode conferir a cada medida por ele tomada o caráter de norma jurídica com toda a propriedade de que goza a lei, para depois executá-la na prática.

Ainda, ao invés de promulgar um decreto-lei geral, ele ainda podia emitir um ato singular, exemplificado por SCHMITT (2007, p. 75), “declarar legal e dissolver uma organização, tornando praticamente insignificante, por intermédio de seus atos, todo o sistema de salvaguardas jurídicas construído para combater as injunções do Executivo”.

O soberano, que é eminentemente político, será quem decidirá sobre o estado de exceção e quais as situações de urgência que possibilitam a suspensão das normas vigentes na Constituição formal, com a finalidade de proteger a vontade política fundamental que antecede o poder constituinte. A proteção dessa vontade política fundamental é uma atividade essencialmente política, e portanto, compete ao órgão essencialmente político (Presidente do *Reich*).

Em razão da concepção política do poder constitucional, a teoria de Schmitt foi apontada como um dos fundamentos jurídico para a suspensão da Constituição de Weimar, no regime nacional-socialista da Alemanha nazista. Uma das faces mais evidentes e relevantes na percepção da destruição do paradigma de Weimar é a suspensão de uma série de direitos fundamentais e afastamento das balizas de organização do governo. Os principais instrumentos jurídicos para isto foram o “decreto presidencial para proteção do povo e do Estado” de 27 de fevereiro de 1.933, e o “Ato habilitante”, de 23 de março de 1.933. (BRITO, 2018)

O decreto de dissolução exarado pelo Presidente do *Reich*, em 04 de junho de 1.932, apresentou como justificativa que o *Reichstag*, consoante o resultado das eleições para as Assembleias Estaduais nos últimos meses da época realizadas, havia deixado de corresponder à vontade do povo alemão, sendo que para Schmitt, a justificação plebiscitária estaria vinculada ao fato de se evitar uma pergunta plebiscitária e a eleição subsequente a essa dissolução não poderia dar uma resposta inequívoca o bastante para conter uma decisão segura. Desta forma, seria compreensível que o Estado Administrativo, representado pelo Executivo, buscasse tais complementos. (SCHMITT, 2007, p. 98)

Walter Benjamin, por sua vez, contrapõe-se à Schmitt ao entender que o Estado de Exceção não é algo transitório, mas sim a regra, já estando posto, independentemente do poder do Soberano. A função do soberano dada por Carl Schmitt é diferente da conferida por Walter Benjamin, o que também deve ser de relevante apontamento.

Na obra “Escritos Sobre Mito e Linguagem”, especificamente no texto “Para uma crítica da violência (*gewalt*)”⁴⁴, Benjamin retrata como o Direito é concebido, como ele se mantém e como ele se reafirma, ou seja, de como estes ciclos são ininterruptos. A análise constitui-se através da conceituação da violência, e como esta é utilizada como ferramenta do Direito, bem como qual o problema de ser utilizada fora do Direito.

A dualidade de sentidos envolvendo o termo alemão *gewalt*, remetendo a um conceito que fusiona poder e violência, pode ser aqui entendido, dentre as diversas interpretações possíveis, como a existência de poder pela violência, sendo um conceito indissociável do outro, uma vez que não há poder sem a possibilidade de afirmá-lo através da violência.

No primeiro parágrafo do texto, Benjamin foca a narrativa em atrelar a violência como meio para a concepção e realização do Direito, sendo apenas possível admitir seu uso em relações éticas, retiradas à partir do conceito de direito e justiça:

A Tarefa de uma crítica da violência pode se circunscrever à apresentação de suas relações com o direito e com a justiça. Pois, qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e de justiça. (BENJAMIN, 2011, p. 121)

A afirmação do trecho acima mostra que a violência, para o autor, está presente em todas as relações, ainda que não seja percebido no dia a dia das relações sociais. A violência analisada na obra apenas pode ser admitida na esfera dos meios, e não dos fins.

O conceito de violência neste contexto é simbólico, como pretensão de autoridade. Não necessariamente haverá uma violência física como imposição de flagelos, ou até mesmo natural, como a verificada em fenômenos naturais (terremotos, enchentes, etc). A *gewalt* remete a uma ideia de autoridade, de força de lei, impedindo a violência por ela mesma.

A violência, neste sentido é dividida em duas espécies: a violência fundadora, ou seja, aquela que institui e instaura o Direito; e a violência conservadora, que mantém, confirma, assegura a manutenção e a viabilidade do Direito. (DERRIDA, 2010, p. 73)

⁴⁴ Existe grande dúvida acerca dos termos traduzidos do original alemão para o espanhol, e depois disso para o português. O texto em alemão tem como título “*Zur Kritik der Gewalt*”, contudo, o termo “*gewalt*” é polissêmico, representando tanto ‘poder’ quanto ‘violência’, sendo uma espécie de fusão dos dois conceitos. (BARBOSA, 2013, p. 153) A palavra “*Kritik*”, por sua vez, não carrega apenas um conceito negativo que no português linguisticamente se atribui à ideia de “crítica”, mas sim remete a uma consideração de análise, de delimitação da “*gewalt*” (DERRIDA, 2010, p. 74). Ao se ler o texto, portanto, percebe-se que a literalidade da tradução da língua portuguesa talvez tenha remetido o leitor a visualizar a obra como uma crítica à “*gewalt*” (que não refere-se apenas ao termo violência, como parece ser no título em português), no sentido negativo, quando na realidade o juízo é de análise e delimitação.

O Direito Positivo mensura a violência a ser aplicada, como meio, e a aplica de modo comedido para a realização dos fins. Entretanto, de certa forma o uso desta violência é apenas analisável aqui como possível para a realização dos meios, não havendo a dominação dos fins. A violência para o Direito Positivo é um produto do devir histórico, e não um fenômeno natural. (BENJAMIN, 2011, p. 124)

Já o Direito Natural, por sua vez, não enxerga na aplicação de meios violentos para fins justos qualquer problema, sendo a violência um produto da natureza, cuja utilização não está sujeita a qualquer problema, desde que não se abuse objetivando fins injustos. (BENJAMIN, 2011, p. 123).

Esta tese de violência como um dado da natureza, em contraponto à violência no positivismo que a constitui como um devir histórico, remete ao direito natural buscando justificar os meios pela justiça dos fins, enquanto o direito positivo intenciona garantir os fins legitimando os meios. Diante disso, seja sob o aspecto do Direito Positivo, seja pelo enfoque do Direito Natural, a violência faz parte do direito de maneira inseparável, constituindo sua essência. BENJAMIN (2011, p. 136) sustenta que a violência é indissociável ao Direito, não havendo possibilidade deste manter-se de outras formas:

Toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predicados, ela renuncia por si só a qualquer validade. Daí resulta que toda a violência como meio, mesmo no caso mais favorável, participa da problemática do direito em geral.

A violência, entretanto, apenas como meio para a concepção ou para a manutenção do Direito é aceita como válida por Benjamin, jamais a violência como fim em si mesmo, pois neste caso não serviria para conceber ou para manter o Direito, ocasião em que o colocaria em risco, tornando-se esta violência antijurídica.

Neste sentido, importante o confronto entre o que difere a violência e poder sancionada da não sancionada, ou seja, da violência conforme e não conforme o Direito. O aspecto a ser analisado neste ponto é a *gewalt* sendo analisada como meio para a consecução do direito, em seu aspecto positivista, e não em seus fins naturais.

O Estado, através do ordenamento jurídico vigente, empenha-se em erigir fins de Direito, apenas ao poder jurídico. O único que poderá valer-se da violência, que tira o poder dos indivíduos para exercer no lugar destes, é o Estado. Ao mencionar que “o direito considera a violência nas mãos dos indivíduos um perigo capaz de solapar a ordenação de direito” (BENJAMIN, 2011, p. 126/127), deixa claro uma reflexão hobbesiana da necessidade de criação de um Leviatã para exercer o poder e a violência no lugar dos

indivíduos, e que o Direito, através do ordenamento jurídico, positiva o exercício do poder externamente, de fora para dentro, incidindo sobre as relações jurídicas, utilizando da violência para manter-se em vigência, em uma espécie de *autopoiesis*.

Neste aspecto, o interesse do Direito em monopolizar a violência não se subsume a intenção de garantir fins justos, mas sim de preservar o próprio Direito. A violência retirada das mãos do Direito e transferida aos indivíduos o ameaça pois passaria a existir fora dele. A conservação do Estado moderno, de manutenção do Direito, é realizada através do militarismo e a polícia.

Para Benjamin, o militarismo, que só é possível em razão do serviço militar obrigatório, subordina os cidadãos às leis, sendo um fim de direito. Se a primeira função da violência é a de instauração do Direito e a segunda é a de manutenção, o serviço militar obrigatório é um caso de aplicação de violência para a manutenção do Direito. Neste sentido, pode-se concluir que a violência que mantém o Direito é uma violência que ameaça. (BENJAMIN, 2011, p. 133)

O acalorado debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção se dá numa mesma zona de anomia (vazio de direito) que por um aspecto, deve ser vigorosamente conservada em relação com o direito e, de outro lado, deve também ser libertada dessa relação. Está em questão, portanto, no vazio de direito é a relação entre direito e violência, e o estatuto da violência como código da ação humana. Schmitt, ao inserir a violência no contexto jurídico, recebe como resposta de Benjamin a incessante procura de assegurar à violência pura uma existência fora do direito. (AGAMBEN, 2004, p. 92)

A justificativa comumente utilizada para justificar estado de exceção vem consubstanciada no conceito abstrato de necessidade. Não há como se compreender o estado de exceção, sem que se analise o conceito jurídico de necessidade propriamente dita.

A atividade do legislador na produção legislativa ocorre (ou deveria ocorrer) a partir de um extenso debate e análise da sociedade, para que se formulem dispositivos que atuem na regulação da comunidade, almejando a vida em harmonia e o bem estar geral.

É cediço que o Poder Legislativo não tem como, ao formular e promulgar leis, prever todas as possibilidades de problemas e situações da vida em comunidade, muito menos casos extraordinários em que uma postura emergencial de atuação do Estado seja necessária, como estados de calamidade, guerras e estado de emergência em virtude de pandemias e desastres ambientais.

Contudo, ao se buscar justificar o estado de exceção pela necessidade não prevista pelo legislador nas leis comuns, elaboradas em tempos de tranquilidade, passa-se a criar um risco extremamente grande de deterioração permanente da democracia, pois ao se preterir as instituições e as leis que garantem direitos fundamentais à população, o governante, dotado de plenos e absolutos poderes, passa a enfraquecer tais institutos democráticos, relegando-os completamente a segundo plano, ainda que temporariamente.

A opção de se preterir a lei em virtude dela não atender, segundo a visão do governante, aos anseios da população, ou para a salvaguarda desta, já foi trazida por Santo Tomás de Aquino na *Summa theologica* (segunda parte, questão 96, artigo 6):

Deve-se notar, porém, que, se a observância literal da lei não dá lugar a um perigo imediato que deva ser enfrentado sem demora, não cabe a ninguém interpretar o que é útil ou prejudicial ao Estado, mas que isso corresponde exclusivamente aos governantes, os quais, tendo em vista esses casos, têm autoridade para dispensar as leis. Mas se o perigo é imediato e não dá tempo de recorrer ao superior, a própria necessidade conduz anexar a dispensa, pois a necessidade não se sujeita a lei⁴⁵. (AQUINO, 1988, p. 753-754)

Não haviam codificações que previam o Estado de Exceção como ocorrido na idade moderna (AGAMBEN, 2004, p. 43), porém, conforme demonstrado na obra de Santo Tomás de Aquino, determinadas situações específicas era entendidas como permissões para a não aplicação das leis postas, ocorrendo uma suspensão temporária do regramento vigente.

A necessidade passa então a constituir uma licença para o agir absoluto e irrestrito, sendo o fundamento último e a própria fonte da lei extraordinária. A necessidade seria, dentro desta hipótese, algo que as leis ordinárias não seriam capazes de regular e manter o Estado Democrático de Direito, entendendo-se a necessidade como a fonte da lei a partir de sua ocorrência.

Neste aspecto, o estado de exceção, tendo como pré-requisito a *necessidade*, se coloca ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional, como uma figura ilegal, porém perfeitamente jurídica e constitucional, que se materializa pela concepção de novar normas ou uma nova ordem jurídica. (AGAMBEN, 2014, p. 44)

⁴⁵ Tradução livre a partir do original: *Hay que advertir, sin embargo, que, si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que, con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la necesidad misma lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley.*

Diante disso, e em sendo, teoricamente, a necessidade que viabiliza a instituição da exceção, urge se refletir sobre o que caracteriza tal requisito essencial.

Num primeiro ponto de abordagem sobre o tema, pode-se mencionar a atuação permitida ao magistrado de suprir eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico para aplicação ao caso concreto, que o permitam julgar conforme critério de necessidade.

Se o Direito existe para regular a vida em sociedade e tem, como finalidade, estabelecer a harmonia e a paz social, é permitido que, a partir deste mesmo Direito, se supram eventuais omissões legislativas que tenham sido produzidas pelo legislador de forma intencional ou não, devem se preencher. Neste sentido, é o artigo 4º da Lei de Introdução à normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Ao reconhecer a inviabilidade lógica de prever e regulamentar todas as condutas da vida humana, o legislador produz normas com a finalidade de buscar a efetividade do ordenamento jurídico, sendo o artigo 4º retromencionado uma proibição de denegação da justiça pelo juiz, estabelecendo tal completude.

O direito é uma realidade de múltiplas facetas, que está em constante movimento em razão da velocidade das mudanças ocorridas nas relações sociais, que vão desde novas formas e conceitos de se pensar a realidade, até o impacto das inovadoras tecnologias que circundam o dia a dia das pessoas. Tudo isso traz em si uma mudança cultural relevante, com novos conflitos e fatos, tendo impacto direto tanto na função legislativa quanto na judiciária.

Engloba, portanto, o direito, experiências históricas e sociológicas que se complementam, e sejam as normas mais completas possível, são apenas uma fração do que se compreende por direito, não podendo identificar-se exclusivamente com ele. Todos os elementos deste sistema complexo são interdependentes, de modo que quando há uma incongruência ou alteração entre eles, ocorre a lacuna, remetendo a um sistema normativamente aberto, estando em relação de informação e importação de informações com outros sistemas que o integram (fáticos, axiológicos, etc). (DINIZ, 2014, p. 469)

Ao magistrado, cabe colmatar todo esse espectro de informações ao julgar um caso concreto, de modo a satisfazer a função do direito em sua mais completa função, que é buscar a aplicação da justiça para trazer estabilidade às relações sociais. A decisão judicial jamais eliminará as lacunas e os conflitos, e ao julgar um caso em que não caiba analogia, costumes

e/ou princípios gerais do direito, não está legislando por não estabelecer regras de cumprimento geral, mas apenas no campo individual.

A integração pode suprir lacunas, mas jamais instaurar uma completude necessária de modo a garantir que todo o comportamento possível tenha um *status* deôntico. Tal se afirma porque o juiz, ao decidir em caso de lacunas, não confere juridicidade ao comportamento não previsto, pois cada decisão é singular no que se refere as situações de fato e de direito. O entendimento sumulado dos tribunais, ou os julgados que possuem o caráter de repercussão geral, são exemplos que se aplicam a casos idênticos aos já decididos, jamais podendo abranger outros comportamentos. (DINIZ, 2014, p. 475)

A atividade jurisdicional, portanto, não elimina conflitos, mas coloca-lhes fim. Ocorre a solução do problema, porém, jamais a sua eliminação, uma vez que o sentimento humano aflorado nas questões apostas ao judiciário não podem ser institucionalizados, servindo a coisa julgada para encerrar a discussão no plano da prestação jurisdicional.

Tal raciocínio revela um paradoxo, em que o direito possui lacunas, mas possui, em sua complexidade de subsistemas que estão além do ordenamento jurídico positivado, instrumentos para supri-las, permitindo a plena prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário.

De todo modo, o que se verifica, neste ponto, é que a lacuna a ser suprida pelo juiz e os critérios de necessidade utilizados para tanto não podem ser caracterizados como espécie de um Estado de Exceção, uma vez que neste ocorre a suspensão do ordenamento jurídico vigente, fazendo surgir uma nova ordem jurídica que por vezes contrapõe-se ao suspenso, enquanto naquele há uma atividade de integração da lacuna, jamais de suspensão de regramentos válidos.

Outro ponto de abordagem, é a previsão legal de excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal brasileiro (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal)⁴⁶.

A ordem jurídica não se resume nas normas proibitivas, mas também é composta por preceitos permissivos, que colocados em determinada ordem com as normas, conformem as

⁴⁶ **Exclusão de ilicitude**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

ordem jurídica, ou seja, esta é completada por preceitos permissivos. (ZAFFARONI, 2013, p. 509)

Tais preceitos permissivos permitem analisar, no caso concreto, se o crime (fato típico, antijurídico e culpável) ocorreu de fato e, por consequência, receber a tutela estatal para que a persecução penal seja realizada através do sistema de justiça existente. A antijuridicidade não é exclusiva do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, existindo diversos permissivos legais para ações que, num primeiro momento, poderiam parecer ilícitas, mas que por disposição expressa em lei, são autorizadas.⁴⁷

Isso significa que qualquer que seja a conduta, após a passagem pela análise dos requisitos do fato típico, apenas assume a concepção de injusto penal quando não haja, em qualquer disposição formal e vigente do ordenamento jurídico, uma permissão expressa para que agisse daquela maneira.

Há que se diferenciar, contudo, a valoração social a ser dada pelo julgador ao analisar a conduta no caso concreto, daquela verificação sociológica de critérios abertos de antijuridicidade, que permitiria uma abertura demasiadamente ampla para interpretações não permitidas pelo legislador.

As hipóteses de exclusão da ilicitude são as que estão previstas em lei, não podendo ter outro fundamento. O que pode ocorrer, e isso é inevitável pela diversidade de possibilidades e variantes que ocorrem nas relações sociais, é a valoração social dos casos concretos, contudo, sempre dentro dos limites estipulados pela legislação, não podendo ter seu fundamento fora destes limites. (ZAFFARONI, 2013, p. 512)

Desta forma, a eventual confusão entre a necessidade destacada para o estado de exceção, que se consubstancia em fundamentos subjetivos e genéricos de interpretação política (segurança nacional, manutenção da ordem, etc.), e as hipóteses previstas de antijuridicidade que conferem licitude a um ato aparentemente ilícito não podem ocorrer, uma vez que no segundo caso, diferentemente do primeiro, há a expressa e formal descrição das hipóteses de cabimento no ordenamento jurídico vigente.

Ademais, sob nenhum aspecto a antijuridicidade destacada neste ponto suspende o preceito de ilicitude vigente, mas sim justifica a conduta diante de uma situação

⁴⁷ Um exemplo disso pode ser citado na previsão legal do artigo 1.470 do Código Civil brasileiro, que permite ao credor reter o bem antes da ação judicial, sem que configure crime de apropriação indébita: “Art. 1.470. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem”.

expressamente prevista. A valoração social se dará no caso concreto, mas jamais poderá estabelecer novas hipóteses de exclusão da ilicitude que não estejam positivadas em lei.

O moderno estado de exceção consubstancia uma atuação fora do direito, à sua margem, mediante a suspensão das leis vigentes. As mesmas continuam válidas, porém, sem eficácia, não possuindo aplicabilidade concreta frente a atuação que ocorre no campo suspenso.

O claro exemplo disso foi tratado por AGAMBEN (2004, p. 75) ao mencionar o equívoco em classificar tecnicamente Hitler e Mussolini como “ditadores”, para justificar o estado de exceção ocorrido na Itália fascista e na Alemanha nazista, respectivamente:

No direito público moderno, costuma-se definir como ditadura os Estados totalitários nascidos da crise das democracias depois da Primeira Guerra Mundial. Desse modo Hitler, Mussolini, Franco ou Stalin são, indistintamente, apresentados como ditadores. Mas nem Mussolini nem Hitler podem ser tecnicamente definidos como ditadores. Mussolini era o chefe de governo, legalmente investido no cargo de rei, assim como Hitler era o chanceler do Reich. O que caracteriza tanto o regime fascista quanto o nazista é, como se sabe, o fato de terem deixado subsistir as constituições vigentes (a constituição Albertina e a constituição de Weimar, respectivamente), fazendo acompanhar – segundo um paradigma que foi sutilmente definido como “Estado dual” – a constituição legal de uma segunda estrutura, amiúde não formalizada juridicamente, que podia existir ao lado da outra graças ao estado de exceção.

Ao se refletir sobre tais teóricos, e trazendo o conceito de exceção para a realidade brasileira, tem-se que o espaço anômalo, em que não a violência jurídica (que na leitura benjaminiana refere-se aos meios do direito para a consecução e seus fins), mas sim a violência pela violência (com fim em si mesma) se aplica em um vazio de direito, encontra-se a ação humana sem relação com o direito, e de uma norma não escrita sem relação com a vida.

Portanto, Benjamin coloca aqui uma questão fundamental: para os oprimidos, este Estado de Exceção em que as normas de direito fundamental são suspensas existe independente de qualquer decisão de um soberano, e propõe que se deve criar um verdadeiro Estado de Emergência para suplantar a violência pura como fim em si mesmo do Estado de Exceção imposto aos oprimidos, deixando tal pensamento claro em sua Tese 8:

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a esta ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. (BENJAMIN, 1940)

Importante contextualizar historicamente que Benjamin concebeu estas teses para descrever o fenômeno do Fascismo, que eclodia na Europa no período entre guerras. Tais

teses e textos de Benjamin são todos direcionados ao combate ao Fascismo, pois a pretensão dos projetos fascistas é a aniquilação da história dos vencidos/oprimidos, de qualquer vestígio de suas existências, conforme já comentado no primeiro capítulo deste trabalho.

A partir das obras de Carl Schmidt e Walter Benjamin, e do diálogo existente entre estas duas linhas de pensamento acerca do Estado de Exceção, Giorgio Agamben é influenciado, precipuamente por Benjamin, tendo sido tradutor das obras deste do alemão para o italiano. Ainda, principalmente, Agamben também é influenciado por Hannah Arendt e Michel Foucault, sendo estes quatro aqueles que guiam a sua perspectiva de análise sobre o Estado de Exceção.

Agamben entende que o Estado de Exceção é o paradigma de governo como regra de dominação para os oprimidos, independente do modelo ser totalitário ou democrático, o que demonstra a grande influência de Benjamin em seu trabalho.

Na obra *Homo Sacer*, Agamben parte das reflexões da Hannah Arendt e Michel Foucault para mencionar que existem espaços de exceção na sociedade atual, em que ele denominará de campo. Faz um paralelo da análise jurídico-político do que ocorreu nos campos de concentração nazistas e traça semelhanças para a atualidade.

Menciona que estes espaços atuais estão no limiar, numa zona de indiferença, não se podendo dizer se estão dentro ou fora do ordenamento jurídico. Vigora uma força de lei sem lei, e a força ordinária da lei que se aplicam na sociedade acabam não tendo força nestes espaços, valendo apenas as regras internas ao Estado de Exceção destes locais.

Agamben mostra, ainda, que os campos de concentração não foram criados pelo nacional-socialismo, já havendo tais exemplos de Estado de Exceção em vários momentos históricos, inclusive na própria Alemanha, o que remete a afirmação de que tais práticas já existiam, e apenas foram sendo desenvolvidas ao longo do tempo, até os dias atuais.

Portanto, para Agamben, existem espaços de exceção inclusive em Estados Democráticos, fazendo com que isso seja de certa forma incorporado pelo Direito, e o *Homo Sacer* é o indivíduo que vive nestas zonas de exceção, sem direitos e com garantias fundamentais totalmente ou sensivelmente suprimidas.

No que se refere a polícia, a referência é que as duas modalidades de violência (de instauração e de manutenção do Direito) fundem-se e se encontram presentes dentro desta instituição do Estado moderno. Utiliza-se de uma violência para justificar os fins de Direito, dentro de suas prerrogativas institucionais previamente estabelecidas, mas com uma competência paralela que suspende a ordem vigente e amplia discricionariamente o alcance

desses fins, ordenando medidas que atingem e expandem suas atribuições, propondo novos fins. (BENJAMIN, 2011, p. 135)

A intervenção policial que invoca a necessidade “por razões de segurança”, ocorre frequentemente sem que haja uma situação de direito clara, incidindo preferencialmente sobre parcela mais vulnerável dos indivíduos que não possuem qualquer proteção. Esta intervenção, ainda que não ocorra de maneira violenta no aspecto literal e físico da acepção da palavra, nestes casos, mostra-se fora de qualquer relação com o direito em uma presença que molesta brutalmente ao indivíduo, vigiando-o.

DERRIDA (2010, p. 99) traz a tona esta problemática disfunção da atuação policial no Estado moderno, impedindo a separação conceitual da violência como mencionada por Benjamin:

Ela provém, igualmente do fato de que a polícia é o Estado, é o espectro do Estado, e que não se pode, rigorosamente, ataca-la sem declarar guerra à ordem da res publica. Pois a polícia já não se contenta, hoje, em aplicar a lei pela força (*enforce*) e, portanto, em conservá-la; ela a inventa, ela publica decretos, ela intervém cada vez que a situação jurídica não é suficientemente clara para garantir a segurança. Isto é, ela tem força de lei. A polícia é ignóbil porque, em sua autoridade, a separação da violência fundadora e da violência conservadora é suspensa.

Vale destacar aqui que a crítica que se faz não é pela violência como criação do Direito/manutenção do Direito, mas sim quando estas circunstâncias se misturam, numa evidente relação com um regime totalitário. Nesta modalidade de exercício de poder, não há divisão entre criação, manutenção e interpretação da aplicação da *gewalt* (poder/violência).

A construção do Estado Democrático de Direito, especificamente nos países latino-americanos, que visa impedir e impor limites ao poder estatal para que tais violências não sejam possíveis perpassa pela demanda explícita de proteção.

O histórico latino-americano é marcado por recentes regimes autoritários de poder, que tinham como metodologia o uso da força e da opressão direcionada a seus opositores, e pela ideia de perpetuação no poder pela ausência de sufrágio universal para a alternância de poder. Isso sensibilizou, e porque não dizer, feriu a sociedade, levando, no caso do Brasil, a consagração da Constituição de 1.988 que instituiu um rol extenso de direitos fundamentais.

A repercussão traumática destes eventos passados colocou em marcha o ingresso na América Latina dos discursos europeus garantistas, muito embora estes já estavam sendo relativizados frente a legislação do velho continente que passou a dar respostas legislativas mais severas aos fenômenos de terrorismo ocorridos. Tais modelos repressivos de exceção as constituições garantistas encontraram força nas jurisdições dos países latino-americanos,

influenciando a elaboração uma série de normas de caráter repressivo. (TOCORA, 1997, p. 173)

Um exemplo disso é a política implementada de combate as drogas, que passou a entrar na agenda principal da comunidade internacional. Diversos estigmas sociais passaram a ser distribuídos entre os usuários de entorpecentes ilícitos, conferindo-lhes uma rotulação estigmatizadora de degenerados, doentes e marginais sem credibilidade ou aceitação social, incluindo usuários e pequenos traficantes como os mais novos alvos da seletividade penal.

A entrega incondicional do debate político ao Estado leva à desconsideração da dignidade humana do preso. A confiança nas estruturas do Estado não é resultado de uma reflexão ponderada acerca da competência de algum administrador público, mas fruto do raciocínio em prol de uma vida integralmente administrada e gerenciada.

Os encarcerados passam a ser mero detalhe, que a partir do encarceramento tornam-se frias estatísticas. A guerra as drogas declarada a partir da criminalização de uma relação comercial voluntária de substâncias equiparam tais indivíduos a outros que cometeram crimes graves como homicídio, estupro e demais delitos de extrema violência. A separação entre drogas lícitas e ilícitas tem proposital efeito ideológico de dificultar até que as drogas permitidas sejam vistas como droga. Os usuários de substâncias lícitas, como álcool e tabaco, dificilmente se compreendem como usuários de drogas. (VALOIS, 2020, p. 213)

Drogas boas e más se confundem, e o que as diferencia são os usuários. O mito exerce função relevante na perpetuação da dominação e da exploração, assim como, por consequência, da violência como fim e não como meio. Em razão disso, os lares menos favorecidos são frequentemente invadidos pela polícia sob o argumento de que lá existem drogas⁴⁸, enquanto as casas melhores passam, melhor protegidas. A propriedade, neste contexto, estabelece o limite entre as pessoas, sendo a consciência moldada a partir desta máscara econômica, fazendo com que tais fatos e discrepâncias sociais sejam entendidos como normais. (VALOIS, 2020, p. 565)

⁴⁸ A questão da abordagem seletiva realizada sobre o indivíduos estereotipados por suas condições pessoais é comum, principalmente no que se refere a busca por entorpecentes. Neste sentido THAMAN (2009, p. 170) retrata a realidade norte americana: Es conocido que la policía concentra sus fuerzas en la administración de las reglas de tráfico vehicular contra Africano-Americanos y otras minorías con el pretexto de investigar posibles violaciones de las leyes contra la droga. Entre los críticos esta práctica se llama: “negro conduciendo” (driving while Black).” La policía suele parar a alguien por exceso de velocidad, porque no había señalado que iba a doblar, o incluso por una luz defectuosa para iluminar la placa de la matrícula, y todo esto solamente para buscar otra conducta sospechosa o para pedir consentimiento para registrar el coche. Mientras que algunos tribunales afirmaban la legalidad de tal detención solamente si un agente razonable hubiera también parado a la persona en la misma situación, el TSEU ha dado su expresa aprobación de esta táctica de hacer “paradas como pretexto,” que la policía utiliza primariamente contra minorías en muchas localidades.

A demanda por proteção visa impedir a volta do terrorismo de Estado, contudo, a imposição de normas fundamentais, por si só, não impede que o Estado policial entre em vigor, nem que vazios de direito sejam observados que permitem a proliferação dos espaços de exceção, uma vez que a administração da justiça não se encontra em condições de prover e concretizar a proteção ordenada pela norma constitucional.

O sistema penal viola com frequência direitos fundamentais⁴⁹, e isso se verifica com muita clareza tanto no plano do processo penal, com a relativização do devido processo legal sempre em desfavor do acusado quando se encarcera provisoriamente com base em juízos abstratos de garantia da ordem pública ou da ordem econômica (apenas um dos inúmeros exemplos possíveis), quanto na execução penal, que possui uma legislação (Lei nº 7.210/84) específica que jamais foi cumprida em sua integralidade, deixando de implementar diversos direitos previstos aos encarcerados, o que acarreta na impossibilidade de qualquer tipo de ressocialização.

A demanda por proteção tem relação, também, com o aumento da insegurança dos cidadãos propagada por discursos políticos motivados pelo sentimento de pânico e medo disseminado, principalmente, pelos meios de comunicação. Isso leva o cidadão a reclamar cada vez mais por repressão, aumentando a força política de gestores públicos e parlamentares para inflar o sistema penal com cada vez mais poder, levando como consequência a um Estado Policial.

Ao se confrontar com tal realidade, é perceptível que no que se refere a questão criminal, democracia não se implementa unicamente com a consagração do voto direto para escolha dos governantes e legisladores, tampouco permitir a instituição de diversos partidos políticos com correntes ideológicas e propostas distintas, mas principalmente na implementação e concretização de Direitos Humanos para todos.

2.3 Necropolítica e Política Criminal Repressiva

⁴⁹ Um dos casos mais graves de genocídio de pessoas encarceradas no Brasil se deu em um hospício em Barbacena, Minas Gerais, que mais parecia, segundo Valois, um campo de concentração nazista. Na década de 1960, cinco mil pacientes dividiam um local que comportava adequadamente duzentas. A condução destes indivíduos era feita por trem, eram abandonados nus, dormiam no chão, com esgoto aberto e ratos, sem comida, com a cabeça raspada, e quando morriam eram enterrados como indigentes ou comercializados para laboratórios de faculdades de medicina. Mais de 60 mil pessoas morreram nestas condições. (VALOIS, 2020, p. 221)

Tanto os Estados soberanos quanto os mercados globais são capazes, na contemporaneidade, de propor agendas político/sociais, em diversos aspectos de nossas vidas. Os processos naturais de organização da ordem social implementados pela via jurídica, como linguagem do Estado, tem perdido cada vez mais eficácia, diante de um tempo de incoerência e incerteza das posições sociais, frente às demandas populistas e aos novos fenômenos característicos da modernidade tardia.

Como consequência desse quadro, à medida que a distância de valor entre os indivíduos e as instituições sociais aumenta, mais evidências apontam para o que seria uma crise de sentido e de falta de confiança nas agências de controle, que deveriam nos proteger contra os danos sociais massivos, causados por essas instâncias (Estados, Mercados, etc.) que já estão deterioradas e desgastadas em um tempo de constante ruptura e descontinuidade individual/social. Para se falar em necropolítica, há que se retornar ao conceito foucautiano de biopolítica, pela íntima ligação entre ambos.

A questão da biopolítica relaciona-se ao fato do Estado operar na camada coletiva e na gestão da vida social. No século XIX, o poder assume a função de gerir, garantir, reforçar, multiplicar e pôr em ordem a vida, partindo do pressuposto da lógica do “fazer viver e deixar morrer” passa a se proliferar as tecnologias políticas de investimento sobre o corpo, a saúde, as condições de vida e todos os espaços de existência. Nas mãos do Estado estaria a decisão de quem vive e de quem morre. (FOUCAULT, 2005, p. 294)

Este nível de intervenção e gestão política na vida social, que gere natalidade, morbidade, incapacidades biológicas diversas e dos efeitos do meio denotam que tal gerenciamento não possui raízes naturais, mas sim uma manipulação artificial criada, que repercutirá na própria gestão das cidades. Neste contexto, dois são os pontos dignos de destaque.

O primeiro invoca o aparecimento de um elemento novo, que nem a teoria do direito e sua aplicabilidade prática possuem condições de, isoladamente, compreender. Tradicionalmente, a interação do indivíduo e da sociedade sempre foram objeto do estudo jurídico, sendo o indivíduo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato social. A biopolítica não lida com estas questões como o direito, mas sim compreende a realidade como um corpo múltiplo, de várias cabeças, necessariamente numerável. A população é um problema político, científico e biológico, a um só tempo, o que acarreta num problema de poder, de maneira geral. (FOUCAULT, 2010, p. 206)

O segundo ponto relevante de consideração, além do elemento população, é que a natureza dos acontecimentos a serem considerados. A biopolítica vai implantar mecanismos com diferentes funções do que se via na sociedade disciplinar, visando prever fenômenos. Nesta linha, estimativas estatísticas, medições globais e demais técnicas de previsão de comportamentos e de acontecimentos com base em lógicas atuariais passarão cada vez mais a serem observados, buscando intervir não no indivíduo isoladamente, mas no que tais fenômenos têm em sua generalidade. Ao exemplificar a questão, FOUCAULT (2010, p. 207) menciona:

Vai ser preciso modificar, baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade. E trata-se sobretudo de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações; em suma, de instalar mecanismos de previdência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos, de otimizar um estado de vida: mecanismos, como vocês veem, como mecanismos disciplinares, destinados em suma a maximizar forças e extraí-las, mas que passam por caminhos inteiramente diferentes.

A ideia de um adestramento individual dos indivíduos e de se considerar estes de maneira detalhada não é, portanto, objeto da biopolítica. Mecanismos globais de equilíbrio, regularidade, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não mais uma disciplina, mas uma regulamentação. (FOUCAULT, 2010, p. 208)

O banco de dados é um instrumento de seleção, separação e exclusão. Ele segura na peneira os globais e deixa passar os locais. Algumas pessoas ele admite no ciberespaço extraterritorial, fazendo com que se sintam à vontade onde quer que se encontrem e sejam bem vindas onde quer que cheguem; outras têm seu passaporte e vistos de trânsito confiscados, sendo impedidas de perambular pelos espaços reservados aos residentes do ciberespaço. Mas este último efeito é subsidiário e complementar do primeiro. Ao contrário do Panóptico foucaultiano, o banco de dados é um veículo de mobilidade, não grilhões a imobilizar a pessoa. (BAUMANN, 1999, p. 51)

Uma das formas mais marcantes em que essa tecnologia de ingerência observada por Foucault foi com relação a progressiva desqualificação da morte. O que outrora levava a um evento social brilhante, com cerimônias e ritualizações elevadas, com uma espécie de transmissão de poder do moribundo através de últimas palavras, recomendações, ensinamentos, passaram a uma esfera privada cada vez mais omitida e rápida. Para Foucault, a mudança deste paradigma aponta para o poder como instrumento de prolongar a vida para

controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante ser a morte, como termo da vida, o termo, o limite, a extremidade do poder, estando fora do seu domínio. (FOUCAULT, 2010, P. 209)

Diante disso, os índices de mortalidade, principalmente por violência e/ou doenças passaram a se resumir em meras estatísticas, buscando , ao máximo, esconder tais eventos dependendo dos interesses que os circundem. O poder passa a ter domínio não sobre a morte, mas sobre a mortalidade.

O elemento que vai circular entre o disciplinar e a biopolítica regulamentadora, que vai desde o corpo individualizado e os acontecimentos sobre a multiplicidade de uma comunidade é a norma. A norma dá condições para que o poder se manifeste, ou em sua omissão ou obscuridade, para que ele seja exercido sem limites. O poder de gerir a mortalidade, muitas vezes justificado na proteção do bem comum, permite o desenvolvimento de tecnologias de destruição em massa, desenvolvimento de vírus e bactérias mortais e armas de alto poder de fogo.

O paradoxo do biopoder⁵⁰ em buscar prolongar a vida para extrair a força, e gerir a mortalidade a partir de um poder que lhe permite eleger os seus próprios inimigos, é que abre a possibilidade para o íntimo relacionamento com a necropolítica.

Este paradoxo entre fazer viver e deixar morrer trazido pelo biopoder leva, conforme destacado por Foucault, a ideia de racismo. Assim como nos modelos de Estado de Exceção vistos no tópico anterior, em que se criou, sob o pálio da defesa social dos interesses da nação, critérios de relativização de direitos fundamentais sobre parcela da população com específicas características, assim ocorre na sociedade brasileira com relação ao tratamento despendido aos vulneráveis e clientes preferencias do sistema penal.

O colonialismo foi necessário para a formação da Modernidade, tendo as teorias jusnaturalistas fundamentado a estrutura do Estado Moderno. Mas essas bases conceituais também fortaleceram a dominação racial a partir do século XVII e XVIII, sob uma ótica

⁵⁰ Foucault, (2010, P. 214) indaga questões relevantes acerca deste paradoxo, e remete a uma conclusão que permite se estabelecer a possível causa do problema: Então, essa tecnologia de poder que tem como objeto e como objetivo a vida (e que me parece um dos traços fundamentais da tecnologia do poder desde o século XIX), como vai exercer o direito de matar e a função de assassinio, se é verdade que o poder de soberania recua cada vez mais e que, ao contrário, avança cada vez mais o biopoder disciplinar ou regulamentador? Como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências? Como, nessas condições, a morte, pedir a morte, mandar matar, dar a ordem de matar, expor à morte não só seis inimigos mas mesmo seus próprios cidadãos? Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder? É aí, creio eu, que intervém o racismo.

conservadora, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista, com a forma de organização institucional de poder (Estado-Soberano). Esse movimento teve início na Europa, e posteriormente estendeu-se para o Brasil, tendo sido impostas à população negra as desvantagens, e aos brancos, as vantagens, tendo tal disparidade apenas acumulado durante séculos seguintes, refletindo na situação atual de desigualdade de riquezas e oportunidades. (ARAÚJO, 2018, p. 147-149)

O Brasil foi o país que mais escravizou e por mais tempo, do século XVI ao XIX, precisamente até 1.850, quando o tráfico negreiro foi oficialmente extinto. Em 1.888, quando foi assinada a Lei Áurea, o Brasil era o único país do ocidente que ainda mantinha o sistema escravocrata. (SCHWARCZ; GOMES, 2018, p. 18).

A economia brasileira ultrapassou o nível de subsistência, explorando o trabalho escravo até a última momento nas lavouras brasileiras⁵¹. Os colonizadores formaram uma elite brasileira excepcionalmente rica, a economia açucareira e o povo escravizado cresciam juntos. Em cerca de 14.910 viagens pelo Atlântico, 4,8 milhões de africanos foram aprisionados e transportados para o Brasil, o que significa 46% do total de escravizados desembarcados no mundo (SCHWARCZ; GOMES, 2018, p.18-19).

A escravidão, foi uma forma de terror moderno, sendo uma das primeiras metodologias de experimentação da biopolítica, e o sistema de colonização seria a manifestação do estado de exceção. O escravizado é retirado forçadamente de sua terra, obrigado a romper laços familiares, sociais e religiosos, tratado como mercadoria, exposto em praça pública a venda, humilhado pelo colonizador que ao tratá-lo como *res*, tem uma tripla perda: perda de um “lar”, perda de direitos sobre seu corpo e perda de *status* político. Essa perda tripla equivale a dominação absoluta, alienação ao nascer e morte social (expulsão da humanidade de modo geral). A vida de um escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte em vida”. (MBEMBE, 2018, p. 131-132)

A consequência do tráfico nessas proporções resultou em uma população negra que, às vésperas da abolição da escravatura, chegava a, aproximadamente, 5,7 milhões de pessoas. Em 1.872, no primeiro censo nacional do Brasil, o número de negros libertos chegava a 4,2 milhões, enquanto ainda existiam 1,5 milhões de escravizados. O povo negro livre representava 43% da população brasileira, que, à época, era de, aproximadamente, dez milhões de pessoas. (SCHWARCZ; GOMES, 2018 p. 30-31).

⁵¹ O comércio açucareiro se expandia, e conforme aumentava as vendas de açúcar crescia também a demanda por força de trabalho. Assim, o tráfico africano de escravizados oferecia um volume de mão de obra que se encaixava perfeitamente ao cenário econômico do país (SCHWARCZ; GOMES, 2018, p. 18-19).

A etnia foi utilizada para dominar povos estrangeiros, para justificar a escravidão, depois a suposta vocação à criminalidade do negro e atualmente é motivo da maior abordagem policial em virtude de características específicas destas pessoas, fazendo com que sejam constantemente levados às portas do Poder Judiciário.

A discriminação de classes não é um evento novo na biografia da humanidade. Comumente um determinado grupo foi detentor de inúmeros privilégios, em detrimento de outro, e o reflexo disso na atualidade é a desigualdade de riquezas e oportunidades acumuladas e inúmeras vidas humanas perdidas:

A colonialidade permite-nos compreender a continuidade das formas coloniais de dominação após o fim das administrações coloniais, produzidas pelas culturas coloniais e pelas estruturas do sistema-mundo capitalista moderno/colonial. A expressão “colonialidade do poder” designa um processo fundamental de estruturação do sistema-mundo moderno/colonial, que articula os lugares periféricos da divisão internacional do trabalho com a hierarquia étnico-racial global e com a inscrição de migrantes do Terceiro Mundo na hierarquia étnico-racial das cidades metropolitanas globais. Os Estados-nação periféricos e os povos não-europeus vivem hoje sob o regime da “colonialidade global” imposto pelos Estados Unidos, através do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial (BM), do Pentágono e da OTAN. As zonas periféricas mantêm-se numa situação colonial, ainda que já não estejam sujeitas a uma administração colonial. A palavra “colonial” não designa apenas o “colonialismo clássico” ou um “colonialismo interno”, nem pode ser reduzida à presença de uma “administração colonial. (GROSFOGUEL, 2008, p. 55-56).

Segundo MBEMBE (2018, p. 128) é o racismo que garantirá a aceitabilidade da morte, ou seja, “em termos foucaultianos, racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “aquele velho direito soberano de morte”. Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado”.

Existe, entretanto, uma distinção entre racismo e discriminação. O preconceito deve ser entendido com a construção e definição de conceito sobre determinada pessoa ou grupo, estabelecida por fatores históricos e sociais:

O Racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios, a depender ao grupo racial ao qual pertençam. E discriminação é dar tratamento diferenciado em razão da raça. (ALMEIDA, 2018. P,25).

Neste sentido, o racismo transcende o âmbito das relações individuais, com a sobreposição de um grupo sobre o outro. As instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social tradicionalmente existentes. Nisso, as

instituições passam a materializar o racismo como um de seus componentes orgânicos. Para ALMEIDA, (2018, p. 47), “as instituições são racistas porque a sociedade é racista”.

Vale salientar que as instituições não criam tais fenômenos, mas reproduzem os já existentes na sociedade. A estrutura social é formada por conflitos de diversos tipos (classe, idade, sexo, racial, religioso, etc.), que posicionam as instituições dentro destas celeumas. Empresas, escolas, governo, em que não há espaço ou mecanismo institucional para combater tais práticas⁵², passam a implementar o que já foi normalizado pela sociedade através dos costumes. Racismo e raça são conceitos definidos pelo Estado, de tal forma que ele sempre utilizará tais definições para manter a normalização dos crimes por ele praticados. Justificam-se as práticas de violência com base no ordenamento jurídico elaborado pelo e para o próprio Estado. Conforme BOBBIO (2007, p. 58)

Com o advento do positivismo jurídico, que considera como direito apenas o direito posto por autoridades delegadas, o que se fundamenta é que o poder de fato seria o legítimo. O poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar o direito num território para um determinado povo, e que pode valer-se inclusive da força. O Estado enquanto ordenamento coativo torna-se uma técnica de organização social que privilegia o poder racional.

Portanto, a segregação decorrente de uma construção social racista vai exemplificar que este se reproduz não apenas nas relações interpessoais dos indivíduos, mas nas mais variadas composições sociais. O racismo estrutura as instituições do estado pois faz parte da construção cultural de sua população, no caso do Brasil, decorrente de sua herança da escravidão diretamente alinhada às demandas capitalistas:

“Em um país desigual como o Brasil, a meritocracia avaliza a desigualdade, a miséria e a violência, pois dificulta a tomada de posições políticas efetivas contra a discriminação racial, especialmente por parte do poder estatal” (ALMEIDA, 2018. P,63).

Nas colônias, as garantias de ordem judicial eram suspensas, eram governadas na ilegalidade absoluta, e a violência do estado de exceção era operada em nome da “civilização”. Assim, o direito soberano de matar não estava sujeito a regras, as barbáries do período anterior a modernidade podiam ser praticadas, mais uma vez demonstrando que a universalidade pretendida pela Europa era excludente, a garantia de direitos, o respeito a

⁵² Para ALMEIDA (2018, p. 48-49), necessário que sejam adotadas práticas antirracistas nas instituições para que isso seja, com o tempo, combatido de maneira eficaz: a) promover a igualdade e a diversidade e suas relações internas e com o público externo – por exemplo, na publicidade; b) remover obstáculos para a ascensão de minorias em posições de direção e de prestígio na instituição; c) manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais; d) promover o acolhimento e possível composição de conflitos raciais e de gênero.

legalidade e aos direitos individuais teriam como endereço apenas o colonizador. “A soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é” (MBEMBE, 2016, p. 135).

O Relatório das Nações Unidas - CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe) intitulado “A ineficiência da desigualdade”, divulgado em 2018, afirma que:

[...] a cultura do privilégio garante assimetrias em múltiplos âmbitos da vida coletiva, como o acesso a posições privilegiadas nos negócios e nas finanças; o poder decisório ou deliberativo; a maior ou menor presença em meios que impõem ideias, ideologias e agendas políticas; a captura de recursos públicos para benefícios privados; condições especiais de justiça e sistema fiscal; contatos para ter acesso a melhores empregos e serviços; e facilidade para obter os melhores lugares para viver, circular, educar-se, abastecer-se e cuidar-se. (CEPAL, 2018, p. 49).

Qualquer negro é diretamente ligado à África, sendo considerado evoluído apenas a partir da miscigenação com brancos ou contado com estes. relatou que, infelizmente, houve pesquisadores que afirmaram que os negros americanos eram mais evoluídos do que os africanos porque tiveram mais contato com os brancos. (MBEMBE 2017, p. 56-58) A necropolítica, é a forma contemporânea de subjugação da vida ao poder da morte.

No ensaio “Necropolítica”, Mbembe baseia-se no conceito de biopoder e sua relação com soberania e estado de exceção. O autor apresenta que a expressão máxima da soberania reside no poder e na capacidade de escolher quem pode viver e quem pode morrer, sendo o exercício da soberania explicitado, entre outras possibilidades, no controle sobre a mortalidade:

Combinar as noções de biopoder, estado de exceção, estado de sítio e relação de inimizade é importante para entender a base normativa do direito de matar, é necessário observar que o poder não é só estatal. O biopoder, direito soberano de matar, funciona mediante a divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer, porém, a divisão dos seres humanos em grupo só é possível a partir de uma censura biológica, que Foucault denomina “racismo” (MBEMBE, 2011, p. 128).

A realidade brasileira se assemelha da noção de necropoder de Achille Mbembe segundo os dados do Atlas da Violência, (IPEA 2020) as mortes violentas no Brasil correspondem a 75% do total de homicídios pela ação ou omissão do Estado Brasileiro. Assim como no período colonial os senhores disciplinavam o despojo dos corpos negros, na atualidade o Estado brasileiro, que se estabelece como um Estado Democrático de Direito, regula quais jovens deverão viver e morrer nas ruas do país, o Estado é “administrador da morte” (ZAFFARONI, 2012, p. 68) da população negra através também do sistema penal,

da criminalização de pessoas negras e produção de biografias criminais como justificção do assassinato, o Estado demonstra sua vocação necropolítica. (VILELA, 2018. P, 2034).

Muito embora a grande maioria das vítimas da violência policial no Brasil ser composta por negros, a abordagem do racismo estrutural é praticamente inexistente na mídia brasileira. A Rede de Observatórios da Segurança realizou uma pesquisa, que abrange o ano de 2019 e início de 2020, constatando mais de sete mil registros de ações policiais em jornais, sites, portais e mídias sociais, mas apenas uma das notícias fazia menção à palavra "negro". Do total, de mais de 12,5 mil registros analisados, apenas 50 notícias tratavam sobre racismo ou injúria racial. (RAMOS, 2020, p. 12)

Nesta pesquisa, ainda foram analisados outros bancos de dados, como o do Sistema de Informação sobre Mortalidade do DATASUS⁵³, por exemplo. Ali foi apontado um abismo que separa brancos e negros no que se refere às mortes violentas, bem como que a maioria da população brasileira também entende que as abordagens policiais são orientadas por cor (segundo pesquisa do Instituto Locomotiva, realizada em junho de 2020, 94% dos brasileiros reconhecem que pessoas negras têm mais chances de serem abordadas de forma violenta e mortas pela polícia). Por fim, foi apontado que a maioria das operações, frequentemente relacionadas à ideia de guerra às drogas, ocorre em áreas pobres de favelas e periferias, onde mora a população predominantemente negra, ainda que também saibamos que o uso e o comércio de substâncias psicoativas ilícitas não acontece ali com exclusividade. (RAMOS, 2020, p. 16)

Um dos pontos em debate seria a reflexão de como transformar a “norma de vida”, um dispositivo tanatopolítico⁵⁴ criado pelo nazismo, fundada em um caráter de pureza racial, em uma política da vida. Essa estrutura jurídica nazista estaria fundamentada na afirmação de que somente uma vida já decidida segundo uma determinada ordem jurídica pode constituir o critério natural de aplicação do direito. (ESPOSITO, 2017. p. 234).

A vida normatizada desde sempre e a norma provida de um conteúdo vital de forma natural, assim toda a forma de existência, mesmo as tidas socialmente como desviantes, teriam legitimidade para viver segundo suas possibilidades advinda das relações em que se estaria inserida. (ESPOSITO, 2017, p. 235)

⁵³ Serviço de informação do Ministério da Saúde, disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php>, acesso em 02.02.2021

⁵⁴ Política da destruição material e comunicativa de corpos humanos e populações. Economia e governo da morte do outro.

Os indivíduos são fruto de um processo de sucessivas individuações que continuamente reproduzem. A potência expansiva do indivíduo aumentaria a partir da frequência de relações e intercâmbios em que o mesmo estaria exposto, essa relação complexa com o ambiente deixará subsistir de forma reduzida a sua identidade originária. Sendo os indivíduos múltiplos, a norma deve observar esta realidade e assumir a multiplicidade, o que levaria o ordenamento jurídico, no seu conjunto, a ser o produto dessa pluralidade e resultado provisório do seu mutável equilíbrio, o que impediria critérios de exclusão normativa.

Toda a vida é forma de vida e toda a forma se refere à vida, o que significa dizer que qualquer vivente deveria ser pensado na unidade da vida. É necessário pensar em caminhos para a construção de uma política de vida, ou seja, uma biopolítica alternativa para superar as desigualdades.

A retribuição pura e simples, muito embora seja dentro da ideia de finalidade classificada tradicionalmente também como prevenção especial negativa, não pode ser confundida com excesso de punição. Faz parte da punição do indivíduo uma fração retributiva, e tal preceito é justificado nos fins da pena, tanto para que a sirva como exemplo para os demais, como para que próprio apenado repense sua conduta e não volte a delinquir. Logicamente que apenas o retribucionismo, como vem ocorrendo na ampla maioria dos casos, pautado em muitos casos com base na classificação social conferida ao apenado, não vem surtindo os efeitos desejados, uma vez que várias outras circunstâncias são necessárias para a reabilitação.

O excesso de punição, entretanto, remete ao conceito de injustiça, provocando no indivíduo destinatário da reprimenda efeitos totalmente adversos aos fins da ressocialização, passando a ser uma vítima do sistema penal que aplica as normas incriminadoras e punitivas de maneira irracional, preconceituosa e desproporcional.

A população negra, apesar de ainda ser tratada com desprezo, como objeto de trabalho, tem se reinventado, seja através da música, da arte de rua, da religiosidade, das expressões culturais, da resistência. O corpo negro é lugar para se reelaborar, buscar alternativas, muito embora todas as dificuldades que a realidade lhes impõe.

Alguns questionamentos surgem após tanto tempo de massacre da população negra. Qual garantia da eficácia do “necropoder”? Por que as instituições (formais e informais) de controle continuam a discriminar e matar? E por que as resistências não são suficientes para

cessar essa violência? Como justificar o extermínio de pessoas negras no Brasil, as chacinas, os massacres?

A utilização do medo, incessante, século após século, como uma forma de persuasão arrojada, o pavor, a insegurança e o temor pela vida, são fundamentais para a relação de poder do Estado e da sociedade. O medo é um dos elementos centrais que garantirá a necropolítica. O efeito é a demanda reiterada por mais proteção, sendo a servidão voluntária fundamentada no medo, que justifica sua permanência.

A leitura feita de Foucault do conceito de biopolítica, e sua relação com a necropolítica, a partir do capitalismo periférico dos países latino-americanos mostra que os dispositivos disciplinares, para esta realidade, são caros e insuficientes. A burocracia carcerária que não implementa os direitos ao encarcerado previstos na Lei de Execução Penal brasileira, como tratamento médico, atendimento jurídico, trabalho, educação e lhes subtrai a dignidade pela infligência de conduções degradantes, apenas fez incutir a ideia comum de que sempre haverá uma parte da população fadada ao crime, que poderia ser perfeitamente eliminada, em defesa da sociedade.

As prisões ainda persistem no modelo atual, e assim se expandem, pela proliferação do estado penal de emergência. O retribucionismo que vem se alastrando na sociedade, meramente como uma forma de vingança social ao indivíduo estereotipado como culpado, é justificado através de um emaranhado de emoções e sentimentos como raiva, ultraje, medo e desgosto que são desencadeados quando do conhecimento da prática de um delito, especialmente os que envolvem violência e, mais recentemente, atos de corrupção, em muito pela ampla dimensão midiática e de redes sociais. (WALSCH e HATCH, 2018, p. 271)

O Brasil estruturou o seu sistema penal a partir da punição de condutas diretamente relacionadas ao seu público-alvo. ZAFFARONI (2003, p. 43) refere que as chamadas “agências de criminalização secundária” (policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários), responsáveis por fazer cumprir a lei penal, por sua limitada capacidade operacional, são obrigados a agir de forma seletiva. Desta forma, o sistema penal foi concebido para criminalizar, apenas um grupo selecionado, embora a criminalidade esteja presente em todos os segmentos.

Se não passa de uma utopia querer punir todas as condutas criminosas, mais difícil ainda seria proteger da violência todos que necessitam. Essa seleção não incide apenas sobre os criminalizados, mas, também, sobre os vitimizados, ou seja, o sistema penal seleciona quem vai punir e quem vai proteger, a partir de critérios arraigados na sociedade. Essa lógica

coordenada de proteções e punições de “fazer viver e deixar morrer” materializa a política de controle e massificação dos corpos.

Os estereótipos do delinquente, a partir da lógica do *labeling approach*, foram assimilados pelo sistema penal a partir da leitura que este faz da sociedade e suas demais instituições, e a exposição desses estigmas, a partir da exibição do indivíduo punido, confirma e reforça a imagem negativa. Após inúmeras repetições dessa lógica, os estigmatizados, constantemente apontados como o lado negativo da sociedade, acabam por serem vistos como os “únicos delinquentes” que cometem os “únicos delitos”.

O delito é um componente funcional do sistema social: Com efeito, no crime, a sociedade é medida por si mesma pois ao serem criados estereótipos⁵⁵, criam-se elementos simbólicos que são facilmente manipuláveis. O criminoso estereotipado é, pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado. Isto permite a maioria *não criminosa*, redefinir-se com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores do seu próprio grupo.

A funcionalidade do crime manifesta-se assim, da seguinte maneira: o delinquente estereotipado converte-se em um *bode expiatório* da sociedade. Para este bode expiatório, dirige-se toda a carga agressiva das classes baixas da sociedade que, de outra maneira, dirigir-se-ia contra os detentores do poder material e ideológico, as classes média e alta, permite-se descarregar simbolicamente as suas culpas sobre esse grupo pequeno e bem definido de criminosos de classe baixa, de vez que derivam para eles a sua hostilidade contra a classe vulnerável. Ficam contidas, assim, pois, as tensões de classe. (CASTRO, 1983, p. 127)

Sendo a classe estereotipada a mais vulnerável, pela sua falta de privacidade, a sua carência de recursos e de pela dificuldade de acesso às oportunidades existentes no mercado capitalista, o resultado é que sejam estes os indivíduos mais comuns levados ao sistema penal.

A partir disso, suas possibilidades de regressar a vida social normal são diminutas, ou pelo menos muito difíceis. Os seus antecedentes aumentam a sua vulnerabilidade e a sua

⁵⁵ Sobre alguns modelos de delinquente estereotipados pela rotulação social, Lola Aniyar de Castro destaca: “Na sociedade, existem diferentes estereótipos: o do alcoólatra, que seria um maltrapilho embrutecido pela bebida e deve portanto ser objeto de medidas violentas, ou sanções médicas, psiquiátricas e legais, cujo estereótipo serve para justificar a existência do comportamento - agressivo e impune - dos alcoólatras das classes média e superior. O estereótipo do jovem *hippie*, drogado, sujo e amoral, serve para justificar a “gente bem” burguesa, a sua repressão contra os grupos de jovens politizados, considerados perigosos para as classes no poder. Ainda assim, a imagem do ladrão refere-se de preferência ao do pequeno assaltante e se contrapõe a do especulador, cujo comportamento acaba ratificado pela admiração e o êxito.” (CASTRO, 1983, p. 126)

reincidência. Em alguns casos, o delinquente se adapta à realidade da prisão e aceita seu estereótipo de *bode expiatório*. Quando não acontece assim e alguns delinquentes conhecidos tem êxito em sucessivos delitos, isto contribui para aumentar a agressividade institucional contra o *bode expiatório*. Se, ao contrario, não tem êxito e se converte em mais um reincidente, contribui para justificar mais ainda o sistema penal. (CASTRO, 1983, p. 127)

Há quem diga⁵⁶, inclusive, que o nacional-socialismo talvez tenha revelado a essência – mesmo que essa opinião possa causar algum (mas não suficientemente) incômodo mal estar – da sociedade contemporânea. A atomização do indivíduo fez prevalecer uma tensão contraditória, que por um lado, a emancipação do indivíduo gerou o individualismo arrebatado, e por outro, uma coletivização ao extremo, isto é, o nivelamento de todas as diferenças, o que conduziu à pior das tiranias.

Esse fato eliminou o “caráter carismático” do vínculo social e abriu a possibilidade de eliminarem-se os laços de solidariedade que unia as comunidades e que permitia toda a estruturação social. A tradição ocidental manifesta-se hoje como uma consequência do processo de racionalização, que iniciou em fins do século XVIII, e é caracterizada por ser uma “civilização legal”. No entanto, toda a legislação moderna que tenta coibir a violência não tem alcançado seus objetivos. A língua geral da lei parece não ecoar na violência da sociedade contemporânea. (GAUER, 2009, p. 135)

Há um crescimento industrial significativo de construção de prisões e de utilização de segurança privada. Além disso, a sociedade está imersa em uma cultura altamente estilizada que diz quando e como as pessoas devem temer “os crimes de rua”, imagens, artigos e outros meios fazem parte dessa invisibilidade intencional, ocultando à sociedade e ao sistema de justiça os crimes praticados pelos poderosos.

De acordo com MORRISON (1995, p. 2), necessita-se desesperadamente de novos critérios para diferenciar determinados “tipos de informação, de conhecimento e de percepções”, bem como eles precisarão ser importantes o suficiente para ir além das “emoções ocasionais” e serem, significativamente firmes, para determinarem o que pode ou não ser crime e quem pode ou não ser criminoso.

Em contrapartida, durante esse processo de classificação dos ditos crimes e criminosos, existe sempre a falsa impressão de que há uma realidade imutável, construída por meio dessas categorias imaginárias. No entanto, crimes e criminosos são eventos

⁵⁶ Neste sentido, ver DUMONT, (1985, p. 47), e GAUER, (2009, p. 135)

fictícios, pois precisam ser construídos antes do surgimento desses conceitos, apresentando-se, assim, como “mitos” já naturalizados no convívio social, o que reforça cada vez mais o estereótipo ideal do criminoso a ser perseguido, elevando-o a categoria de inimigo da sociedade.

O Sistema Penal é composto, formalmente, pela harmonia entre leis, agências e prisões. As leis penais existem para serem aplicadas a todos que ousem infringi-las; entretanto, isso não acontece na realidade. Essas leis têm aplicação apenas para a parcela populacional excluída.

O horror faz parte do pano de fundo do direito penal e processual penal, que busca estabilizar o caos através das refinadas técnicas de controle social já mencionadas. Condenações, prisões, séries de televisão que exploram a figura do delinquente estereotipado enaltecendo-o ou expondo-o à execração pública, que hoje fazem parte da indústria do entretenimento escancaram a maldade humana, no intuito de conduzir a opinião pública e incutindo o pânico generalizado. A eleição destes bodes expiatórios já foi mencionada aqui em referência à obra de Lola Anyiar de Castro.

A manifestação do ódio que a todos habita se faz na vida cotidiana, na agressividade, na cólera, no tom de voz, nas falsas amabilidades, no politicamente correto, nos pensamentos, é retratada por uma indústria de entretenimento que apenas reproduzem a intolerância com o diferente, ameaçando o equilíbrio da paz social. O giro do controle social se dá pela encarnação de figuras diferentes, que sempre perseguem vítimas comuns e inocentes para expor a ideia de um desvio psicológico e doentio, para concretizar o desprezo pelo encarcerado que carrega este rótulo. (ROSA, 2017, p. 141-142)

Pobres, analfabetos, negros e os demais discriminados do sistema formam a parcela populacional excluída majoritária. São eles que predominantemente preenchem os cárceres brasileiros, onde sofrem torturas de várias espécies que acarretam consequências não só jurídicas, mas, principalmente, sociais. Ficam, assim, estigmatizados pelo resto de suas vidas.

Os agentes do Sistema Penal utilizam a prisão como o principal artifício para punir a parcela oprimida da sociedade. O cárcere representa um instrumento de exclusão do convívio social, que priva a liberdade das pessoas intituladas criminosas. Os lixões nacionais são as cadeias que não apresentam nenhuma estrutura para receber em suas sedes pessoas que não perderam sua condição de dignidade, mas que ali são vilipendiadas. Essa característica das penitenciárias é um dos principais motivos para a revolta da população

carcerária, que se vê mutilada e afastadas de todos os precedentes constitucionais que garantem direitos fundamentais. (WACQUANT, 2011, p. 103)

As agências penais (políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica e internacionais) competem entre si, originando pressões dentro do sistema. O choque de ideologias entre tais componentes do sistema resulta em alta carga de negatividade, pois fomentam os discursos clientelistas a fim de respaldar discursos que não raras vezes são dissociados da realidade. O produto final desta competitividade resulta em leis penais infladas, processos cada vez mais repressivos, opiniões públicas manipuladas e desinformadas. (WACQUANT, 2011, p. 121)

A partir dessa realidade, no Brasil, houve o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relacionado ao sistema carcerário, pelas condições degradantes em que os indivíduos presos se encontram. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) buscou, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em 27/05/2015, o reconhecimento da figura do ECI para a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos atualmente encarcerados, que decorrerem de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal.

A relatoria do caso coube ao Ministro Marco Aurélio, que entendeu cabível a ADPF e o reconhecimento de uma nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, o ECI. Após descrever a deplorável situação da população carcerária no Brasil, o relator confirmou que dela decorrem inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos, bem como de preceitos básicos presentes na Lei de Execução Penal nº 7.210/1984.

Tais violações, de acordo com o Ministro, não impactariam, tão somente, situações subjetivas individuais, mas afetariam toda a sociedade. Portanto, conclui que, no Brasil, cárceres não servem à ressocialização. (STF, ADPF 347, 2015)

A responsabilidade por essa situação recai sobre os três poderes, em todos os níveis federais, muito embora o problema do ECI não seja de formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização. Trata-se de uma situação de inércia ou omissão que ocasiona problemas estruturais na concretização normativa da Constituição e da legislação correlata, e nada é feito para melhorar o atual cenário. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da violação humanitária.

Porquanto, como requisito para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Suprema teve de atestar a ineficiência e inércia conjunta de todos os poderes da República. Diante disso, foi reconhecida a ausência de atendimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, inciso III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”), o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII), a segurança dos presos às integridades física e moral (art. 5º, inciso XLIX), os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à previdência e à assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária. (STF, 2015)

Foram mencionados, ainda, dois os bloqueios institucionais presentes: sub-representação parlamentar (presos não podem votar ou receber votos) e impopularidade dos indivíduos (não há prioridade política dos gastos públicos com essas pessoas, ou seja, constituem uma minoria socialmente desprezada)⁵⁷. Tendo em vista a opinião pública estar no coração da estrutura democrático-parlamentar, argumenta o relator, ignorá-la poderia significar não só o fracasso das políticas defendidas pelos parlamentares, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. (STF, 2015, p. 33).

Nesse cenário, de acordo com o Ministro Relator, de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não poderia sofrer qualquer objeção de natureza democrática. Não é autorização de substituição de tarefas próprias dos demais Poderes, pois o STF deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deverá agir, porém, em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade.

Cumpriria ao STF formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e concretizadas pelos demais Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. O tribunal funcionaria como um coordenador institucional que produz um efeito

⁵⁷ Nas palavras do Ministro Relator: “Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.” (STF, 2015, p. 33)

desbloqueador, e não como um elaborador de políticas públicas. Neste sentido, importante a leitura feita por BOBBIO (2007, p. 157) acerca da realidade brasileira:

O espaço social no Brasil precisa ser democratizado para que as relações sociais fundamentadas na hierarquia paulatinamente sejam fundamentadas na igualdade. O que distingue um regime democrático para um não democrático, não é a forma, mas o princípio da igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais, mas a igualdade social e econômica.

Conforme já visto, a partir das teses benjaminianas há uma violência (natural) que cria o Direito (física e subjetiva) e outra primordial à sua conservação, que é aquela estrutural e derivada da linguagem jurídica. Todavia, seguindo essa orientação, não se deve compreender os locais onde são praticados esses crimes massivos e impetrados contra os vencidos como algo que está “suspensão” temporariamente.

Isso porque a marcha do progresso sobre parte específica e incivilizada da humanidade, no tempo moderno, adverte que o excepcional é a regra, pois a tradição dos oprimidos ensina que o estado de exceção é a norma (MATE, 2011, p. 188-190).

Viver nesse progresso que se esquece do seu lado fascista, mantém vivo o projeto civilizador e iluminista, que deseja iluminar o permanente momento de excessiva dominação experimentada desde então pela sociedade. Assim, nos contextos brasileiros, o poder necropolítico se faz visível no sistema carcerário, na população em situação de rua, nas segregações urbanas nas grandes e pequenas cidades brasileiras, em dados relevantes, no genocídio da população negra que em sua maioria é jovem e masculina, na eclosão dos grupos de justiceiros, nos hospitais psiquiátricos, nas filas das defensorias públicas, nas urgências e emergências hospitalares, entre tantos outros.

Partindo do pressuposto de que o Direito é um mecanismo técnico – científico (racional) de dominação (WEBER, 2004, p. 30-31), questiona-se: em que medida ele é capaz de iluminar ou obscurecer aspectos da vida social, tanto no sentido de mostrar-se como um instrumento de defesa e de organização de uma ordem civilmente construída (a proteção dos vínculos de solidariedade social pelo Direito) quanto de destruição contínua de tudo aquilo que não condiz com a imagem criminológica já arraigada em estereótipos na sociedade?

Ao invés de compreender que a realidade necropolítica paralisa diante da morte, torna-se necessário entender que tomá-la como uma realidade patente assinala uma relação com a vida, ou ao menos com o que se deve construir como possibilidades de vidas a partir das agressões e do desrespeito ao humanismo como paradigma da modernidade.

É possível afirmar, diante do exposto, que a violência estrutural, que encontra-se presente na ausência de atendimento aos direitos fundamentais no que se refere ao funcionamento das instituições públicas, está intimamente ligada aos problemas sociais. As condutas dos poderosos, revestidas de corrupção, exploração, fraude, lavagem de dinheiro e de toda sorte de desvios de finalidade do interesse público, geram inúmeros danos e abalam as estruturas sociais e políticas.

Para que o foco repressivo não recaia sobre eles, as classes detentoras de poder vinculam os problemas sociais à criminalidade, dissimulando suas origens para que um cenário favorável às políticas repressivas se torne realidade sobre o criminoso já estereotipado. Assim, o Estado Democrático de Direito permite o surgimento de Estado Policial, que por vezes transmuta-se em um Estado de Exceção, cujo raio de ação dirige-se para as consequências do crime e não para a solução das causas determinantes da criminalidade, que é o efetivo papel da política criminal.

A política criminal, neste contexto, tem fundamental papel. É através dela que balizas humanistas devem ser impostas à atuação de todos os órgãos do sistema penal, permeando os três poderes da Federação. A realidade escancarada pelo julgamento da ADPF nº 347 deixa claro, agora de maneira oficial, que a ausência de vontade política e de metas que vinculem a atuação dos agentes do sistema levam ao estado de exceção que culmina no sistema prisional, porém, vem muito antes, com a ausência completa de políticas públicas voltadas a diminuição da rotulação do povo vulnerável, que é a causa da negligência proposital em se implementar políticas de igualdade de oportunidades para todos.

A expansão do direito penal é apenas uma revelação do sistema vigente, que se vale de uma política criminal não pensada sob pilares humanistas. Ao se buscar o meio de contenção dos marginalizados pelo método repressivo-punitivo, depositando-os em instituições totais de segregação, objetiva-se anulá-los e segrega-los da sociedade, eliminando qualquer possibilidade de reinserção social, prática esta totalmente à margem da legislação vigente aplicável.

Os problemas de caráter social estão diariamente a dizer que, definitivamente, já não é mais possível ignorar as angústias humanas e a dor da exclusão, insistindo na alternativa estéril de construir, sob a concepção do individualismo liberal, a força inexpugnável das próprias vaidades. A finalidade estabelecida pela ordem constitucional é tornar a sociedade civil inclusiva, e neste tocante, a Constituição de 1988 produz um efeito vinculante.

Projetada pelo princípio da solidariedade, a ordem jurídica e social aproxima-se do

respeito existencial e, nesta cadência lógica, a sociedade deve caminhar para uma nova realidade como ambiente propício ao desenvolvimento do gênero humano, o fim supremo de toda civilização.

Mais uma vez, afirma-se: a política criminal humanista, que não relativiza direitos fundamentais relacionados a dignidade da pessoa humana, é a que deve pautar a atuação das instituições que compõe o sistema penal, que auxiliará na implementação de políticas públicas voltadas a prevenção do crime, garantia do bem comum e igualdade de oportunidade para todos, e que preencherá o tanto o substancial da produção legislativa, quanto o conteúdo material interpretativo da aplicação da dogmática penal a casos concretos, conforme se verificará a seguir.

CAPÍTULO 3 – Política Criminal e Sistema Penal

3.1 Princípio da Legalidade (*nullum-crimen*) e Direitos Humanos

A história da humanidade é marcada por incidentes de desumanidade, diversos crimes cruéis, verdadeiras atrocidades foram cometidas, ao longo dos séculos, sendo conforme frase célebre de Thomas Hobbes em sua obra “O Leviatã”, “o homem é o lobo do homem”. Esta é a expressão clara do conflito existente entre pessoas de uma comunidade, sendo que, para Hobbes, a maior ameaça ao ser humano é o próprio ser humano.

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem verifica que:

O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo no qual os seres humanos serão livres para falar e crer, libertados do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem.

Os direitos humanos enunciam uma antinomia determinante na sociedade, contradição essa que vai desde a relação entre indivíduo e sociedade, à relação do homem com todos os seus semelhantes.

Durante muito tempo, o clero anulou a polarização entre o Homem e o povo, através da ideia de eternidade, céu e reino celestial, com intuito de diminuir o interesse do homem pela sua vida mundana temporária. Em lugar do Homem e da Sociedade, a Igreja presenteava aos pobres e aos ricos com a premissa divina, mantendo o *status quo* de manutenção da riqueza dos ricos e a pobreza dos pobres.

Com a escravidão, o colonialismo, o nazismo e recentemente no Brasil com a ditadura, recuperou – se a análise da não aceitação dos direitos humanos. Todavia, muito embora a escravidão e o colonialismo tenham desaparecido nos moldes originais, ressurgem com nova roupagem, disfarçada através da manipulação de costumes e condicionamento de comportamentos através dos métodos refinados de controle social.

Há casos em que o capitalismo recria formas sociais de vida e trabalho distintas, seja pela dinâmica da simbiose, seja por suas flutuações cíclicas, quando se abrem espaços para diferentes formas de vida e trabalho. Em geral, no entanto, o capitalismo revoluciona continua e reiteradamente os centros e as periferias, compreendendo os campos e as cidades, as nações e os continentes. (IANNI, 1999, pg. 59)

A fusão progressiva de populações, até ao presente separadas pela distância geográficas, bem como por barreiras linguísticas e culturais, marcava o fim de um mundo

que foi o dos homens durante centenas de milênios, quando eles viviam em pequenos grupos durante longo tempo separados uns dos outros e cada um evoluindo de maneira diferente, tanto no plano biológico como no plano cultural. As convulsões desencadeadas pela revolução industrial em expansão, a rapidez crescente dos meios de transporte e de comunicação destruíram essas barreiras. (IANNI, 1999, pg. 63/64)

Tanto juristas quando a população em geral, ao discutirem tais assuntos e abordarem temas como encarceramento em massa, política criminal e o aumento ou diminuição de leis penais, o fazem de formas totalmente distintas, partindo de premissas diferentes. A utilização de discrepantes metodologias, que demonstram comprometimentos ideológicos que afastam, por este critério, os argumentos contrários, ao invés de se pensar em alternativas que possibilitem um compartilhamento e congruência de ideias, levam a um embate irreconciliável. (LEVIN, 2017, p. 620).

Tais percalços colocam em xeque até mesmo o termo “Justiça” Criminal, havendo diversas críticas doutrinárias destacando que, na realidade, o que se deveria era denominar a atual Justiça Criminal de Modelo Nacional de Criminalização, Policiamento, Persecução e Punição, omitindo qualquer menção de palavra Justiça. (LEVIN, 2017, p. 621)

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da legalidade e da dignidade humana surgem como âmago da República Federativa do Brasil, de forma terminante e categórica. No entanto, verifica-se que o próprio Estado concebe realidades dissemelhantes, escoradas em textos legais prevendo essa dignidade, estipulando direitos, mas que na prática não ocorre como tal, como se qualquer iniciativa fosse válida quando o objetivo é conquistar algo mais relevante.

Dentre as normas de garantia e proteção ao cidadão frente ao arbítrio do Estado, previstas no artigo 5º Da Constituição da República, deve ser destacado, como pedra fundamental, o princípio da legalidade, que em matéria criminal pautava a máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

O Estado Democrático esteia – se no princípio da soberania popular (uma idealização de Rousseau), instituindo a participação do povo. Um exercício da evolução do Estado Democrático e no cumprimento dos ideais de igualdade e liberdade. Ou seja, a igualdade no Estado de Direito respalde-se na totalidade das leis (todos são iguais perante as leis – princípio da igualdade) e na realização do princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O Estado Democrático é alicerçado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização

política democráticas, tendo como objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (REALE, 2013, p.99).

Essa noção de Estado se junta ao conteúdo das Constituições, através do modelo baseado nos princípios que apontam para uma mudança na sociedade. Deste modo, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma ferramenta de ação do Estado na busca da finalidade exposta pelo texto constitucional.

A proteção da dignidade humana ocupa lugar central no discurso jurídico atual. É um empenho coletivo para evitar a repetição das atrocidades da Segunda Guerra Mundial. O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948). Ela é também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF)

A ideia de dignidade nem sempre esteve associada aos direitos humanos ou fundamentais. No período romano ela se referia à qualidade de quem possuía certas ocupações e posições públicas. Foi apenas durante a modernidade que ela passou a se referir a um valor possuído por todas as pessoas. Essa diferenciação permite separar os sentidos pré-moderno e contemporâneo de dignidade. Conforme SARLET (2013, p.123):

O sentido pré-moderno, ou a visão hierárquica da dignidade, estabelecido desde a Roma antiga até o surgimento do Estado liberal, identifica a dignidade com o *status* pessoal dos indivíduos, sua posição social e sua integridade moral. A dignidade qualificava certas instituições, como o soberano, a coroa e o Estado, servindo para classificar os indivíduos entre superiores e inferiores. Um exemplo do emprego da palavra nesse sentido é a Constituição brasileira de 1824, a qual mencionava apenas a dignidade da nação, do imperador e de sua esposa.

Em função da divisão social em classes e das instituições, os súditos deveriam respeitá-las caso não quisessem resignar-se a punições. Havia uma classificação da dignidade, estabelecendo pessoas mais ou menos dignas. Portanto, nem todos os indivíduos eram “dignos”. A versão moderna da dignidade se desenvolveu a partir de três marcos fundamentais: (a) o marco religioso, resultado da tradição judaico-cristã; (b) o marco filosófico, a tradição ligada ao Iluminismo; e (c) o marco histórico, uma resposta aos atos da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2013 P. 14-15). Da primeira tradição vem a ideia de que os seres humanos ocupam um lugar especial na realidade porque foram feitos à imagem e semelhança de um ser superior.

Já o segundo marco fornece a principal justificativa não religiosa da dignidade da pessoa humana, sintetizada pelo filósofo iluminista Immanuel Kant ainda no século XVIII. Segundo KANT (1980, p. 74-78), o ser humano possui dignidade porque é capaz de dar fins

a si mesmo, em vez de se submeter às suas inclinações. Por isso, ele deve ser visto como um fim em si mesmo, não como meio para a realização de projetos alheios. Essa capacidade de dar normas a si mesmo é autonomia, em contraposição à heteronomia. Mas para que não se reduza às suas inclinações, é preciso agir de acordo com a razão, de acordo com o dever, isto é, segundo o imperativo categórico, de maneira que a máxima de sua vontade possa ser tomada como lei universal..

A dignidade é a característica do que não tem preço, isto é, do que não pode ser trocado por nada equivalente. E o fundamento da dignidade é a autonomia, a capacidade de dar leis a si mesmo, em outras palavras, a moralidade entendida como a capacidade de agir de acordo com a lei moral:

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade. (KANT, 1980 p. 78)

Como terceiro marco, o histórico, afeta o fato que a dignidade da pessoa humana passou a ser prevista em diversos documentos após a perversidade do fascismo e do nazismo como forma impedir que elas se repetissem. Em 1.948, com a Declaração do Direitos Humanos (ONU) existe o rompimento do aspecto hierárquico da dignidade, pois no sentido pré-moderno não seria possível dizer que todos possuem dignidade, já que dignos eram aqueles que ocupavam lugares privilegiados na sociedade.

O art. 1º da Declaração Universal, de 1.948, legitima à visão igualitária da dignidade humana: ela é agora a característica que coaduna todas as pessoas. O objetivo não é mais identificar aqueles que merecem mais poder, mas sim inibir que algum conjunto de pessoas se julguem melhores ou superiores do que outros grupos, como aconteceu com os nazistas em relação aos judeus por exemplo. Trata-se da função protetora da dignidade, que funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade, protegendo, consequentemente, direitos fundamentais⁵⁸.

A função substancial é tratada na literatura jurídica constitucional como a indicadora das tarefas do Estado na promoção da dignidade, assumindo notável *status* positivo. Desse modo, o Estado passaria a ter obrigação de promover os meios necessários para se alcançar

⁵⁸ SARLET (2010 p. 135) se refere à essa função como “proteção pela dignidade”, referindo-se ao uso desse princípio como limite à restrição dos direitos fundamentais.

a dignidade, bem como de afastar os obstáculos que impeçam as pessoas de viver⁵⁹ com dignidade. (SARLET 2010, p. 127).

Historicamente, o marco inicial do princípio da legalidade ocorreu no século XIII, ano de 1.215, com a *Magna Charta Libertatum*, documento imposto pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, na Inglaterra, de cunho libertário, que em seu artigo 39 previa: “Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”. (CANOTILHO, 1993, p. 503)

Essa orientação objetivava limitar o poder do soberano de prender, confiscar, ou de alguma forma privar os súditos de seus bens sem passar pelo julgamento de um magistrado, que deveria aplicar as leis consuetudinárias à época consagradas pela comunidade. A expressão original – *by the Law of the land* (lei da terra) – teria sido modificada em edição posterior da Magna Carta para *due process of law* (devido processo legal)”.

Em 1.532, o princípio aparece na Constituição Carolina Germânica, (Ordenamento do imperador Carlos V) no entanto, a “*Constitutio Criminalis Carolina*” deixava o poder de punir, demasiadamente, nas mãos do julgador. Apesar de obrigar os órgãos judiciais a atuarem conforme determinava a lei, como princípio, também admitia, com uma certa diligência, uma punição extralegal, conforme os “bons costumes”. Além disso, permitiu a aplicação analógica a “casos inominados”. (CANOTILHO, 1993, p. 504)

No ano de 1.762, surge na obra “Teoria do Contrato Social”, de Jean-Jacques Rousseau, e ganhou força dois anos mais tarde, em 1.764, na obra “Dos Delitos e das Penas”, de Beccaria, sendo entendido por esse autor como:

(...) só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

As teorias contratualistas serviam para simplificar explicações que limitavam o poder estatal e, ao mesmo tempo, para fundar a existência de direitos “naturais” do homem anteriores à sociedade, pertencentes exclusivamente ao indivíduo, e que não haviam sido

⁵⁹ Estaria relacionada, evidentemente, à promoção dos direitos fundamentais de natureza social, que são aqueles que impõem uma obrigação de fazer ao Estado, a exemplo dos direitos à saúde, à educação, à seguridade social, ao trabalho, dentre outros.

delegados por este na sociedade, no momento da celebração do então “contrato”. (ZAFFARONI, 2013, p. 242)

Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às ideias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio da legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado, e rejeitava a crueldade das reprimendas de sua época, bem como a tortura como meio de prova usual.

Portanto, a obra de Beccaria reflete o marco teórico existente em Montesquieu e Rosseau, cujos postulados ele admite, repete e expande, muitas vezes sem qualquer originalidade. Beccaria parte da concepção do contrato social, indicando que o fim da pena existe com o objetivo de evitar que o delinquente provoque novos prejuízos e, por consequência, que este não seja punido a partir da ideia de absoluta necessidade.

Ainda, defendia a necessidade de leis claras e precisas, não conferindo ao magistrado sequer o poder de interpretá-las, sendo contra a subjetividade, com o fim de evitar o arbítrio da Justiça Criminal.

Na Revolução Francesa, o princípio foi consagrado, primeiramente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1.789, em seu artigo 8º e posteriormente em 1.791 na França.

No final do século XVIII, sob a influência do Iluminismo, o princípio da legalidade ganhou relevância e efetividade, visando combater o arbítrio tirano presente naquele período. Em 1.851 surge o Código prussiano, influenciado pelo Código Napoleônico de 1.810, e elaborado sob a liderança de Savigny com forte característica conservadora. Já em 1.871, o RStGB registra a junção de dois modelos. Concebe um texto de origem clássica, no qual a ideia de retribuição surge conjuntamente com a de prevenção. Este Código se incorpora no movimento codificador e reflete a tendência nacionalista (Germânica) que acompanhava a unificação dos grandes Estados nacionais. (GIACOMOLLI, 2010, p. 568)

O Código de 1.871, permaneceu vigente, no período pós-guerra, houve o cancelamento das legislações instituídas pelo nazismo, em 1949, a *Grundgesetz*, a nova lei fundamental da República Federal Alemã (RFA) foi aprovada. Contudo, não era propriamente uma Constituição (pois só se pode falar em tal após a reunificação do povo alemão), mas sim uma lei de categoria superior, na qual se consagram formalmente muitos princípios de garantia que interessam diretamente ao direito penal, tais como: a abolição das penas de morte (art. 102); respeito ao princípio da legalidade (art. 103) que conduziu a um extraordinário desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência, do seu corolário de certeza

e determinação; a afirmação solene da dignidade humana como princípio irrenunciável, absoluto e fundante da ideia de direito. (PALAZZO, 2004, p. 61-64)

A ideia de legalidade sempre esteve presente no ordenamento alemão, não obstante, em determinado período tenha sofrido os efeitos de um regime autoritário típico de um Estado de Polícia, representado pelo nazismo, conforme já exposto no pensamento de Carl Schmitt pelo seu paradigma de estado de exceção.

No plano constitucional, foi a Constituição de Weimar quem conferiu ao princípio da legalidade a categoria constitucional, ao inseri-lo em seu artigo 116. Futuramente, foi transferido para a Lei Fundamental, encontrando seu embasamento no atual artigo 103, 2. O direito penal alemão vigente prevê o princípio da legalidade no § 1º do StGB e no artigo 103 da GG. (GIACOMOLLI, 2010, p. 571)

O princípio da legalidade no direito penal alemão, sob a ótica de sua previsão legal, segue uma extensa tradição. Pode-se dizer que o legislador alemão sempre considerou a ideia de legalidade como uma supremacia de garantia, no sentido de que a sua previsão legal fortalece o seu status norteador sobre o qual se projeta a estrutura dogmática do direito penal alemão. (GIACOMOLLI, 2010, p. 573)

Conforme entendimento sólido da doutrina, o princípio da legalidade é característica essencial do fundamento de Estado de Direito, e determina que este há de proteger o indivíduo não só por meio do Direito Penal, como também em face do direito penal, (GIACOMOLLI, 2010, p. 574) ou seja, a ordem jurídica deve não só colocar à disposição métodos e meios apropriados de prevenção do crime, como também impor limites ao poder de punir do “Estado Leviatã”.

Na Constituição brasileira, o inciso II do artigo 5º, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, trata do princípio da legalidade, que é a essência de um Estado de Direito. Segundo este preceito, as pessoas podem fazer tudo aquilo que a lei não as impede e o Estado pode fazer apenas aquilo que a lei o permite. O Estado de Direito, ao estabelecer leis para a sociedade e garantir que todos as cumpram, inclusive os governantes, dá segurança jurídica aos indivíduos.

O princípio da legalidade foi adotado no Brasil desde a Constituição de 1.824, permanecendo até hoje. Inicialmente, o respeito à legalidade estava relacionado ao Direito Penal, isso porque estabeleceu-se que o Estado poderia punir apenas aquelas pessoas que praticassem conduta ilícita estivesse prevista em lei.

Em 1.830, o Império do Brasil teve seu primeiro código de leis, o Código Criminal. É de se chamar a atenção que a primeira codificação foi a criminal, e não a civil ou de qualquer outro ramo do direito, tendo o mesmo fenômeno acontecido em vários outros Estados que se constitucionalizaram.

Isso ocorreu pelo abandono do antigo modelo de repressão que era até então adotado, e as maiores queixas contra a administração da justiça no país, a partir da chegada da corte em 1.808, eram direcionadas ao sistema penal. Era tido como arbitrário, palco para perseguições políticas e ferramenta para o abuso de poder, sendo denunciado, inclusive, por desembargadores dos tribunais superiores da época. Pela brutalidade deste sistema, os próprios julgadores deixavam de aplicá-lo, dando ao público uma indicação capaz de enfraquecer o próprio senso de legalidade. (QUEIROZ, 2012, p. 5)

Atualmente, é aplicado de maneira abrangente no direito brasileiro. Está presente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso II, que trata dos direitos fundamentais, e no artigo 37⁶⁰, que trata da administração pública. Esta foi uma inovação em relação às Constituições anteriores, visto que, pela primeira vez se estabeleceu a legalidade como um princípio da atuação do Estado.

Na narrativa política e acadêmica, há referências ao Estado de Direito, mas nem sempre com igual significado. Em sentido amplo, de acordo com FERRAJOLI (2003, p. 13), Estado de Direito designa

(...) ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos". No entanto, em sentido estrito, Estado de Direito caracteriza aqueles "(...) ordenamentos nos quais todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, não apenas com relação às formas, mas também com relação aos conteúdos". (FERRAJOLI, 2003, p. 13).

Ainda referenciando FERRAJOLI (2003, p. 14) os dois conceitos expõem realidades políticas distintas. O primeiro narra o modelo positivista do Estado de Direito de caráter formalista, que surge com o nascimento do Estado Moderno a partir da centralização da produção jurídica. O segundo corresponde ao modelo neoconstitucionalista do Estado Constitucional de Direito, produto do desdobramento na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, sendo que os dois arquétipos refletem vivências históricas.

⁶⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Para não correr o risco de tornar o presente trabalho repetitivo, uma vez que já foram comentadas as teorias acerca da importância e da formação do Estado Democrático de Direito, relevante detalhar, dentro deste conceito de proteção da dignidade e de direitos fundamentais garantidas constitucionalmente, a relação entre legalidade, política criminal e direito penal.

Ao lidar com a gestão de contensão do crime, tem-se que a pena é um dos meios possíveis à disposição do Estado, o que leva, muito além do direito vigente, a suscitar a questão do fundamento jurídico e da finalidade do poder de punir. A análise destas questões, e a isso pode ser incluída a reflexão sobre a origem da natureza do crime, é objeto da Política Criminal. (LISZT, 2003, p. 72)

Os interesses mais relevantes da vida humana são objeto de tutela do Direito, sendo sua ideia finalística, a força que o induz. (LISZT, 2003, p. 139) Ao menos, é o que, tradicionalmente, se compreendeu acerca das finalidades desta ciência. Entende-se, diante disso, por bens jurídicos os interesses que o Direito protege:

Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quando ao gênero. LISZT (2003, p. 139)

Com isso, além de obscurecer as demarcações características de ambas as formas de domínio, os autores escapam a uma regra básica da teoria do injusto penal: o tipo de injusto existe para garantir o princípio *nullum-crimen*, e, por assim dizer, ao irrenunciável princípio da legalidade.

O direito penal incide sobre a criação do injusto ou do tipo de antijuridicidade. Partindo deste ponto, o Estado está autorizado a intervir sobre a liberdade do indivíduo, e isso ocorre mediante a permissão constitucional que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A constatação de que um crime ocorreu, através de um simples confronto da conduta praticada com a norma penal incriminadora, permite a constatação da antijuridicidade, contudo, não é suficiente. A adoção de um critério político-criminal para valorar o que se deve punir faz parte da tipicidade material do crime, que concilia esta análise com a efetiva agressão ou relevante ameaça de lesão a um determinado bem jurídico protegido.

A política criminal e sua visão sobre o bem jurídico permitem limitar a aplicação da dogmática penal a contornos humanistas e não abstratos, para que não ocorram intervenções ilegítimas na esfera da liberdade individual das pessoas⁶¹. Neste sentido, legalidade é aquilo que está conforme a lei, ou que decorre desta. Legitimidade e legalidade compõe, desta forma, um conceito material e formal, respectivamente, que entendidos desta maneira, permitem a aplicação política criminal adequada do direito penal na prática.

O princípio da legalidade, portanto, não exige apenas que exista uma lei prevendo condutas a serem punidas, sendo este apenas o aspecto formal do princípio. O conteúdo legal, dentro de determinados parâmetros, permite que o conceito material de determinado tipo penal confira exatidão ao que se pretende punir, bem como a qual bem jurídico está se protegendo, devendo, neste ponto, assumir o caráter imperioso da interpretação constitucional pautada em direitos fundamentais.

Uma lei não pode ser considerada como constitucional apenas pelo fato de suprir a legalidade formal. A legalidade material, consiste, por sua vez, em amoldar o conteúdo da lei aos direitos e às garantias fundamentais, pois em um Estado Democrático de Direito, a legalidade diz respeito a um Estado regido por uma Constituição, a lei suprema, portanto as leis hierarquicamente inferiores devem sempre obediência à suprema.

Já que devem observar o procedimento formal, disciplinado lei maior, devem também, e com muito mais razão, conformar-se com as normas constitucionais materiais. O princípio da legalidade exige obediência incondicional à Constituição, seja em âmbito formal (processo legislativo) ou em âmbito material (direitos e garantias fundamentais).

O desenvolvimento da teoria do direito penal desde o começo do século XIX é caracterizado pela busca em manter e aperfeiçoar o princípio da legalidade frente à ameaça do Estado, bem como revisar e reformular o conjunto de costumes e comportamentos jurídico e sócio-político em face dos novos conhecimentos científicos e da constante mutação da linguagem jurídica.

⁶¹ Conforme pontuado por HASSEMER (2005, p. 332), o significado jurídico-político do princípio da legalidade pode ser avaliado pelo fato de que o legislador nacional-socialista, já em 1935, opôs ao princípio liberal “não há crime sem lei; não há pena sem crime” (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine: nulla poena sine lege*) o princípio autoritário “não há crime sem pena” e o parágrafo 2º do StGB (Código Penal alemão) tinha formulado deste modo: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da Lei penal e de acordo com o são sentimento do povo”. Hoje, o “são sentimento do povo”, entre os penalistas, é uma expressão ignominiosa. Foi a alavanca com a qual se afastou o princípio da legalidade do Direito Penal. Em 1945 e 1946 as forças de ocupação reformularam os fundamentos do StGB (elas mesmas infringiram estes fundamentos, na medida em que tinham introduzido a punibilidade retroativa da guerra de agressão (*Angriffskrieges*) e dos crimes contra a humanidade)

Neste aspecto, o princípio da legalidade mantém, segundo HASSEMER (2005, p. 335), quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Menciona o autor que este postulado constitucional exige do legislador que formule de modo mais preciso possíveis as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não retroajam (*nullum crimen sine lege praevia*). Ainda, demanda do magistrado que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no direito dos costumes (*nullum crimen sine lege scripta*), e não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*), sendo neste aspecto a proibição do uso de analogias *in malam partem*.

A primeira das quatro proposições funcionais do princípio da legalidade consiste na proibição de incriminações vagas e indeterminadas, que se refere à taxatividade da lei penal. A necessidade de clareza do dispositivo legal tem respaldo no artigo 5º, II, da Constituição Federal, diz que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Conforme exposto na nota de rodapé nº 57, não pode o cidadão sujeitar-se à interpretação de descrições genéricas e abstratas dos tipos penais, tal como exemplificado na legislação nacional-socialista. Tal obrigação principiológica busca impedir a imposição de regimes totalitários, que comumente utilizam-se do sistema penal para perseguir cidadãos de maneira ilegítima. Na abstração tipo penal, o cidadão fica a mercê do poder punitivo, que pode ser utilizado para fins que atentem aos direitos humanos, ao não saber exatamente o que deve deixar de fazer em função daquela norma. Esta problemática será melhor tratada ao se tratar, no capítulo IV, acerca dos tipos penais abertos e de perigo abstrato.

A segunda classificação se refere a proibição da retroatividade. Com respaldo constitucional previsto no artigo 5º, XL (A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu), vem para referendar a legalidade, pois a punição apenas é legítima a partir do início da vigência daquela lei. Neste ponto, a própria Constituição prevê a exceção, e isso se dá em razão do perfil garantista dos direitos fundamentais, que tem por missão a proteção do cidadão frente ao arbítrio do Estado.

A terceira característica impõe a impossibilidade de se criarem crimes ou penas pelos costumes. Princípio direcionado ao aplicador da norma ao caso concreto, determina que a incriminação e a penalização são funções atribuídas exclusivamente à lei. Os costumes não podem servir de justificativa à aplicação de penas, contudo, são reconhecidas fontes do direito penal, como circunstância social a ser considerada socialmente.

A última função é a de proibir o emprego de analogias para se criarem crimes ou para se fundamentarem ou agravarem penas. O princípio da legalidade é voltado também para impedir a analogia *in malam partem*, e isso significa que não poderá ser empregada em prejuízo do acusado. Por outro lado, a analogia em benefício do réu (*in bonam partem*) é possível, por se pautar num princípio de equidade.

Por fim, pode-se apontar também o princípio da adequação social, que na função dos tipos de apresentar a conduta proibida, resta claro que os comportamentos por ele selecionados sempre possuem um caráter social mas, por outro lado, podem ser inadequadas à vida em sociedade. (WELZEL, 2015, p. 72). Dentro deste conceito, não devem ser criminalizadas (ou serem descriminalizadas) condutas socialmente adequadas ou reconhecidas. Esta análise, contudo, deve pautar-se nos que se reputa por normal da liberdade da atuação social, e este raciocínio é indissociável da realidade politico-criminal a ser feita sobre o caso concreto.

Se a sociedade não abomina determinada conduta a ponto de ser tão importante que demande uma proteção do Direito Penal, essa proteção não deverá ocorrer. Deve ser admitida a aplicação do princípio da adequação como critério para a determinação, pelo juiz, da atipicidade de certas condutas. No Brasil, um exemplo bastante elucidativo desta realidade é quanto ao adultério que já foi considerado ilícito pelo artigo 235 do Código Penal e deixou de ser criminalizado pelos juízes muito antes de sua revogação, ocorrida em 2005, pela Lei nº 11.106.

Diante de tudo o que foi mencionado, a conclusão é que o exercício do direito de punir deve atender as garantias constitucionais consagradas pelo princípio da legalidade, em todos os seus aspectos. O direito penal de um Estado Democrático de Direito não pode renunciar à missão punir condutas perniciosas que efetivamente lesem bens jurídicos protegidos em matéria criminal, porém, ser observada a finalidade dos limites à este poder.

Como conclusão deste tópico, pode-se afirmar que: i) o direito penal de um Estado com perfil constitucional social como o brasileiro precisa garantir proteção eficiente de todos os cidadãos, priorizando a prevenção dos crimes compreendidos como condutas consideradas lesivas aos bens jurídicos protegido, na medida do princípio da proporcionalidade; ii) O direito penal deve ser pensado com indissociável atendimento aos limites expostos do princípio da legalidade, tanto no que se refere ao aspecto formal (apenas disposições dotadas de estatuto de lei anterior com descrição precisa), como no aspecto

material (vedando punições baseadas em costumes, e analogias in malam partem, bem como respeitada a adequação social a partir de critérios político-criminais a serem observados).

3.2 Relação entre Dogmática Penal e Política Criminal

A dogmática penal parte da criação do direito, ou seja, da concepção das prescrições do dever a ser cumprido. O direito penal, até pouco tempo atrás, ainda carregava axiomas tão firmemente arraigados⁶² que não se permitia qualquer discussão ou, pior, sequer provocavam o interesse da doutrina em abordá-los, isolando este ramo do direito em sua ingênua autossuficiência. Está a se falar aqui sobre a unidade do sujeito de direito, lhes prevendo igualdade de direitos, obrigações, liberdades, prerrogativas, etc..

As diferenças existentes entre os indivíduos eram totalmente desconsideradas pela generalidade e abstração do ordenamento jurídico, com levíssimas exceções que pode se exemplificar como os critérios de dosimetria da pena que, porém, não comprometem os critérios de aplicação da norma incriminadora.

Muito embora a igualdade tenha nascido da experiência social pretérita a Revolução Francesa, em que as desigualdades eram formalmente reconhecidas e institucionalizadas como critério de discriminação dos menos favorecidos, a experiência com a instituição da igualdade como direito humano essencial não ocorreu conforme previsto. Os séculos XIX e XX foram marcados por desigualdades e discriminações de toda sorte.

Os contrastes de classe verificados nas sociedades modernas se ocultam do indivíduo pela manipulação da consciência e atuação da propaganda. Enquanto a sociedade mantiver os próprios indivíduos desvinculados de si mesmos, incertos sobre a sua própria situação, preservará, ao menos, a necessidade de sua vinculação predeterminada, pela aparência de um funcionamento perfeito da sociedade, a fim de alcançar o suposto bem-estar comum e, portanto, a adesão de todos.

Dentro deste panorama, há a necessidade de se refletir sobre conceitos equivocados de sociedade de risco e insegurança do cidadão, uma vez que há uma difusão na sensação de

⁶² Neste sentido, importante considerar que por anos a doutrina penal buscou um conceito de ação que pudesse ser definido em um momento prévio às valorações jurídico-penais e, desse modo, independente dos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A intenção era encontrar um primeiro elemento, que se aplicasse a qualquer noção de crime, ou seja, estivesse presente em todas as diferentes formas de manifestação do ilícito típico. Um elemento que, uma vez caracterizado em um momento pré-jurídico, teria potencialidade de servir como pedra angular de toda a construção teórica do crime, sem contudo, predeterminar essa estrutura. O que se pretendia, portanto, era um “supraconceito de ação”. (D’AVILLA, 2015, p. 201-201)

insegurança propagada pela mídia que parece estar relacionada com a sociedade do risco, porém, o que se verifica, em muitos casos, é uma tentativa de aumentar a repressão e a utilização do Direito Penal.

A utilização de um Direito Penal simbólico muitas vezes ganha carga de efetividade e acaba gerando a imposição de mais Direito Penal. Nesta seara pode ser verificado, ainda, uma criminalização cada vez maior dos poderosos, onde haveria uma busca de criminalizar sujeitos pertencentes às classes sociais mais elevadas, aumentando-se a pena dos delitos econômicos, mas, na prática, o que ocorre é o aumento das penas de delitos tradicionais, pois a sensação de insegurança ocorre massivamente relacionada a população vulnerável.

Essa difusão desmedida do Direito Penal tem relação direta com a experiência cotidiana do povo, que sem muita reflexão apoia novas medidas legislativas que tipificam novas condutas ou aumentam as penas das já existentes. De forma clara e precisa, a necessidade por um debate político-criminal da sociedade de risco se justifica, pois a generalização na sociedade moderna de novos riscos que podem afetar à coletividade e a difusão de um exagerado sentimento de insegurança, que necessariamente não guarda exclusiva correspondência com esses riscos, caracterizam esse novo conjunto de fatores que ativam demandas de intervenção estatal.

Independente dos diversos fatores que deram origem ao problema de efetividade do direito penal, isso levou a uma expansão dos mecanismos de repressão, e por consequência, a política criminal e sua função passou a ser interpretada conforme o clamor popular, que demanda cada vez mais direito penal, menos garantias processuais e longas penas de privação da liberdade.

Há que se compreender, quando se trata da ideia de sociedade de risco, a imperiosa diferenciação entre riscos inerentes ao desenvolvimento social e tecnológico (ambientais, químicos, atômicos...) e do impacto que isso causa no universo jurídico, ocasionando a geração de novos bens jurídicos, com o desenvolvimento do direito como fruto da transformação cultural e social, e de riscos psicológicos e ideológicos, geradores de concepções individualistas e preconceituosas.

Neste sentido, a segunda classe de riscos vem legitimando ações de prevenção e repressão, devidamente legitimadas por leis penais e processuais penais cada vez mais severas, buscar segregar da sociedade indivíduos que não se ajustem ao modelo de desenvolvimento capitalista, gerando uma espécie de direito penal do risco.

A transformação do direito penal pelos rumos da sociedade contemporânea não deveria gerar qualquer conflito com os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, contudo, ao se buscar a punição pautando a atuação do sistema penal sobre ideias de precaução e risco, tipos penais abertos, de perigo abstrato, que preveem hipóteses ao invés de descrever condutas, passam a dar margem a uma interpretação que impossibilita qualquer exercício previsibilidade por parte do indivíduo acerca do que pode ou não pode fazer, ocorre a inevitável mácula da segurança jurídica e o Estado de Direito.

O sentimento de insegurança pautado em tais critérios vem fundamentando a produção legislativa e a interpretação destas leis para que o sistema penal seja utilizado à frente dos demais ramos do direito, deixando de lado a lógica minimalista que deve nortear tanto o legislador, quando o aplicador da norma penal.

A lógica utilitarista, já mencionada anteriormente, na produção de leis penais pautadas no medo generalizado leva a manifesta injustiça. Já mencionava BECCARIA (2013, p. 134) sobre o problema deste raciocínio, que sacrifica direitos sob o pretexto de uma vantagem futura, incerta e frágil:

Fonte de erros e de injustiças são as falsas ideias de utilidade, elaboradas pelos legisladores. Falsa ideia de utilidade é a que antepõe os inconvenientes particulares ao inconveniente geral, ou seja, a que reprime sentimentos, ao invés de estimulá-los, e diz à lógica: sirva. Falsa ideia de utilidade é a que sacrifica mil vantagens reais a um inconveniente imaginário ou de poucas consequências. É a que tiraria o fogo dos homens, porque queima, e a água, porque afoga que só repara os males com a destruição.

A sociedade de risco, portanto, produz como consequência riscos ideológicos, acarretando na polarização de opiniões, sem que haja entendimento sobre temas relevantes como política, economia, criminalidade, políticas públicas e afins. A polarização esvazia o debate, fazendo sumir a gradação. Não permite pensar, mas apenas adjetiva quem está do lado oposto, jogando sobre o outro conceitos pejorativos. Passa a ser um franco ataque a ideia de reflexão e do raciocínio, qualificando, julgando, não produzindo qualquer tipo de entendimento. Não se escuta a opinião alheia, apenas se denigre, pelo simples fato de pensar diferente.

Num contexto sociológico atual, que prima pelo controle e sob as rédeas de princípios econômicos, o Direito Penal se expande, reverberando em políticas criminais e leis nem sempre constitucionais, carregadas de intenso utilitarismo. A criminologia fornece amostras de sua interessante virada pragmática, atendendo a uma nova realidade. Basta que se identifique sua função nos chamados Estados de bem-estar social, mormente durante o

período dos “anos dourados” da economia. A criminologia de tal período era fortemente marcada pela ideia de prevenção especial, a qual buscava promover uma hígida engenharia social e tinha como premissa básica a recuperação do criminoso, reintegrando-o socialmente.

Acreditava-se no poder de ingerência estatal e nas possibilidades da ciência em examinar a etiologia do delito e a melhor forma de intervenção social. O grande contributo veio da criminologia americana e seus influxos sociológicos.⁶³

Com efeito, a retórica da proteção ao interesse público tem conferido aparente legitimidade a um quadro escancarado de expansão penal, formando inclusive um consenso popular pelo alargamento e endurecimento penal que conduz até mesmo a aceitação de medidas que vão alcançar o processo penal e parte de suas garantias procedimentais.

SILVA-SANCHEZ (2001, p. 66-68), sobre o consenso popular na expansão penal, recorda que não se pode esquecer a figura dos “gestores atípicos da moral”, que atuam de forma utilitarista, postulando agora o engrandecimento do sistema penal, mas somente para proteger seus interesses. Nesse aspecto, resume:

A virada foi tal que aqueles que uma vez repudiaram o direito penal como o braço armado das classes poderosas contra os 'subalternos', agora exigem mais lei criminal contra as classes poderosas. Há, como já foi dito, um fenômeno de fascínio de várias organizações sociais pelo direito penal, fascínio que falta a todos os seus equivalentes funcionais⁶⁴.

Ademais disso, o “pacto popular de combate ao crime” é consubstanciado ainda pelo fenômeno da junção entre o público e o privado nessa empreitada beligerante. O poder estatal de resolução dos conflitos penais é repartido, retornando ao seu titular originário. O monopólio da jurisdição é relativizado. O controle passa por um processo de bifurcação: aumento das prisões privadas, surgimento de modalidades alternativas de resolução de

⁶³ Segundo FIGUEIREDO DIAS e ANDRADE (2013, p. 32), a criminologia americana e sociologia criminal seriam termos equivalentes, ante a índole sociológica da primeira. Os autores afirmam, na esteira da criminologia americana que o conceito de crime se liga a ideia de comportamento desviante, enquadrando-se como fato social comum. O crime, nessa perspectiva, seria uma maneira normal perseguida pelos indivíduos para se encaixar nas diretrizes sociais ou culturais existentes. Era esse o pensamento de Durkheim (1967, p. 90-95) quando antes analisou o crime como algo normal e necessário ao desenvolvimento da moral e do direito, vendo no criminoso um “agente regulador da vida social”. Os altos índices de criminalidade é que caracterizariam o estado de anormalidade. Nesse ponto, o referido estado de anormalidade deve ser captado pelos agentes estatais, criando leis e programas adequados para solucionar o problema social do avanço da criminalidade.

⁶⁴ Tradução livre a partir do trecho original: *El giro ha sido tal que quienes en su día repudiaban el Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las 'subalternas' ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales.*

conflitos, aumento da indústria de segurança privada, policiamento comunitário etc. (GARLAND, 2008, p. 54-56)

A criação de novos delitos, o aumento de penas e as restrições de garantias continuam. Com o apoio popular, a expansão segue a todo custo, rebaixando o saber criminológico.

Neste ponto, é de simples constatação a necessidade da adoção de novos parâmetros tanto para a dogmática penal, quanto para a política criminal, que tem na dificuldade do direito penal de implementar a importante efetividade de suas disposições normativas. A inclusão dos postulados político-criminais na dogmática apresenta-se como relevante instrumento de consolidação das normas ao caso concreto.

Os estudos elaborados por Claus Roxin e demais adeptos de sua teoria funcionalista evidenciam a política criminal em posição de relevante proeminência no direito penal, contribuindo de maneira direta na construção de um sistema dogmático através de sua estruturação das demais categorias do crime.

A organização do direito sob o enfoque da política criminal viabiliza que os dados empíricos, precipuamente os coletados pela criminologia, incorporem-se em elementos essenciais para a estrutura da teoria do delito, deixando de lado a concepção de conhecimentos ordenados, com validade geral, e possibilitando a sua abertura ao desenvolvimento da sociedade. Contudo, antes de adentrar nos detalhes do funcionalismo roxiniano, algumas considerações sobre o desenvolvimento da dogmática puramente positivista para um viés político criminal precisam ser feitas.

De acordo com a teoria de Franz v. Liszt⁶⁵, o Direito Penal seria a barreira intransponível da política criminal, estabelecendo uma relação de tensão que ainda existe na ciência. A afirmação caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica. Nesse caráter dúplice, tendências contrapostas se denotam, ou seja, à política criminal assinalava Liszt os métodos racionais, em sentido global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em

⁶⁵ Conforme pontuado por KINDHÄUSER, (2019, p. 26) à orientação científica positivista e natural de Liszt se opôs a Welzel em meados do século XX, com notável recepção, na teoria e na prática, de uma compreensão do ato punível marcada pela filosofia dos valores e pela antropologia. Como os hegelianos, Welzel novamente enfatizou o significado social do ato punível, mas o reduziu à atividade final humana individual. O crime foi entendido como conduta final, que teria sido evitável de acordo com a decisão de valor exigida do autor.

face da voracidade do Estado Leviatã. (LISZT *apud* ROXIN, 2012, p. 2-3)

O que se verifica, portanto, era a utilização de sistemas fechados (dedutivo-axiomático), meramente classificatórios. Contudo, direito penal é prático. Seu objeto é formalmente definido por sua sanção específica: designa a parte do sistema jurídico que regula os pressupostos e consequências das formas de comportamento ameaçadas de punição. Como disciplina científica, o direito penal formula, então, as condições sobre as quais é possível alcançar um conhecimento da matéria desenvolvida de forma metódica, sistematicamente ordenado, consolidado objetivamente, ensinável e racionalmente aprendido. (KINDHÄUSER, 2019, p. 16)

A política criminal, por sua vez, se presta a examinar criticamente o direito penal, estando preocupada com a lei que sirva aos seres humanos e aos seus interesses. De acordo com sua própria compreensão, a política criminal é, então, uma disciplina de análise comprometida com o direito vigente e, ao mesmo tempo, crítico dele. Para equilibrar essas tendências opostas, é necessário um rol de mecanismos metodológicos e conceituais adequados.

A tarefa prática da política criminal é mostrada em dois aspectos diferentes. Por um lado, a matéria jurídica a ser considerada se dá por meio de um processo institucionalizado, especialmente por meio de legislação. Por outro lado, após análise científica em consonância com a finalidade legislativa, a matéria jurídica deve ser racionalmente aplicável pela jurisprudência. Desse modo, a política criminal não trata apenas do conteúdo das normas e instituições penais, mas também do processo social de sua gênese, implementação e uso, que devem ser pensadas levando em consideração os fins a que se busca, ou seja, os seus fins político-criminais. Proporciona articulações e reencontros entre os poderes legislativo, executivo e judiciário e contribui para o aprimoramento da lei, bem como para o aprimoramento e adequação da própria *lege ferenda*.

Essa estreita margem em que a ciência do direito penal transita entre a política criminal de criação parlamentar, de um lado, e a jurisprudência, de outro, diz, certamente, pouco sobre sua utilidade, autocompreensão e sua criatividade no momento de sua realização. Certamente, a ciência do direito penal pode mostrar, também em espaços confinados, um enorme potencial de trabalho, justamente ao tornar efetiva a pretensão, por ela reivindicada, de alcançar seus resultados por meio da utilização de métodos científicos.

A cientificidade pode, por um lado, compensar as fragilidades institucionais e, por outro, sustentar reivindicações de existência e autonomia, sendo que a cientificidade tem

conotações positivas, contrasta sua própria posição com observações espontâneas, singulares e discricionárias, e permite, ao mesmo tempo, críticas, especialmente a posição rejeitada.

Teses opostas não seriam científicas e, portanto, ou careceriam de solidez ou eles seriam inadequados ou mesmo ilógicos. Nesse sentido, é necessário esclarecer quais são as condições de possibilidade sob as quais a ciência do direito penal, precisamente como disciplina científica, pode coexistir com a jurisprudência e a legislação em benefício mútuo.

Assim como a Faculdade de Teologia e Medicina, a Faculdade de Direito pertencia às três antigas faculdades que educavam para a prática e seu aperfeiçoamento. Assim, o direito penal é tradicionalmente entendido como uma disciplina prática, que não só tem por objetivo os pressupostos da aplicação, metodicamente controlável, das normas jurídicas, mas também é capaz e chamado a limitar e controlar as decisões legislativas. (KINDHÄUSER, 2011, p. 17)

A ciência do direito penal não pode viver sozinha em um mundo feito por ela mesma, ao invés disso, precisa comparecer perante o legislador como uma instância de controle. Para tanto, pode servir de norma, por um lado, princípios de direito constitucional e, de outro, princípios éticos sociais que sustentam, como fundamento, a instituição do direito penal. O papel da política criminal neste organograma de funções é fundamental, pois permite se estabelecer, com base nos direitos fundamentais, os limites e as balizas orientadoras de todo o funcionamento do sistema penal.

Neste ponto, importante trazer o conceito de Ciência Penal Total. O primeiro aspecto a ser detalhado, numa aproximação ao conceito mencionado, é que o elemento essencial ao direito penal, que é o crime, engloba ao mesmo tempo uma concepção de desvio a um padrão sociologicamente aceito como o correto. Os crimes, diante disso, precisariam ser contidos, sendo tal atribuição de controle do Estado, ou seja, um múnus público. Tal controle social do crime jamais será adequado se pautado exclusivamente na dogmática penal, sendo essencial a conjugação de outras áreas do conhecimento para que o controle preventivo do crime seja adequado.

No final do século XIX, von Liszt desenvolveu o conceito "ciência total do direito total", a qual conciliava três vertentes fundamentais para a realização da função de controle social do crime: o direito penal propriamente dito (sobre o qual se constrói a dogmática penal), a criminologia e a política criminal⁶⁶. FIGUEIREDO DIAS (1999, p. 48) trouxe

⁶⁶ “Ao reconhecer que a pena é um dos meios para o combate ao crime, colocado nas mãos do Estado, somos levados para além do nosso Direito hoje vigente. Aproximamo-nos da questão do fundamento jurídico e dos fins do poder punitivo estatal, bem como da origem e natureza do crime. A solução científica para estas

novamente à tona o conceito de “Ciência Conjunta do Direito Penal”, discorrendo sobre sua importância para a compreensão da questão criminal:

Política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autônomos, ligados, porém, em vista do integral processo da realização do Direito Penal, em uma unidade teleológico-funcional.

O direito penal engloba uma série de realidades normativas, as quais se relacionam e se conjugam na articulação com as orientações estratégicas e com o conhecimento empírico dos comportamentos desviantes. Tudo isso tem a finalidade de conformar axiomas, normas, regras e princípios que visem garantir as tarefas de proteção de bens jurídicos, de garantia e de segurança. A "ciência total do direito penal", portanto, não deve conceder primazias absolutas nem aceitar sujeições impostas, mas sim buscar uma conjugação de conhecimento que permita realizar aquela fundamental tarefa do Estado. Trata-se de uma meta-análise sobre fenômenos que estão vinculados a várias disciplinas, sem, contudo estar sob o domínio de alguma delas especificamente.

Atua, então, como administradora da norma, preservando a ideia da lei contra as deformações que porventura advenham do legislador e, assim, protegendo os cidadãos do risco de arbitrariedade e das penas inadequadas. Além disso, a ciência do direito penal, através da política criminal humanista, pode revisar criticamente se as decisões legislativas são compatíveis com fatos empíricos de natureza sociológica, psicológica e biológica. Mas a ciência do direito penal carece de ferramentas científicas para corrigir e avaliar as descobertas empíricas. (KINDHÄUSER, 2011, p. 18)

Nesse sentido, ela só tem a possibilidade de apropriar-se dos resultados das ciências empíricas vizinhas e de se referir a elas. Isto aplica-se, aliás, também às afirmações empíricas que ela faz em seu próprio campo, por exemplo, aquelas relativas aos pressupostos biológicos e psicológicos da incapacidade legal penal de culpa. Se eles não devem ser feitos sem suporte científico, então eles têm que ser suficientemente confirmados pelas ciências empíricas.

Neste ponto, conforme já manifestado, incide o grande risco da intrusão da política criminal atuarial, que busca substituir o conhecimento científico específico de outras áreas para implementar uma lógica atuarial desprovida de ética, pautada em pesquisas feitas por

questões é o objeto da Política Criminal, que se baseia na criminologia e na penologia. Política Criminal nos dá os critérios para a apreciação do direito vigente e nos revela qual é o Direito que deve nos reger. Porém, também nos ensina a entendê-lo à luz dos seus fins, e aplicá-lo conforme essas finalidades aos casos particulares.” (LISZT, 2003, p. 7).

amostragem que pautarão julgamentos de toda uma coletividade no que se refere a previsão de comportamentos perniciosos, resultando em um gerenciamento populacional de pessoas previamente selecionadas.

Toda a prática do direito penal deve estar comprometida com os valores éticos e jurídicos fundamentais, e amparados pelo postulado da justiça que devem ser observados e cumpridos. Deve responder à questão sobre qual o direito penal é, na atualidade, direito penal legítimo e, dessa forma, examinar se o respectivo direito penal vigente está de acordo com a estrutura normativa da sociedade. Para tanto, deve analisar a autocompreensão normativa da época e redirecionar os princípios norteadores das normas jurídicas penais e das regras de imputação aos fundamentos que as legitimam.

Também devido à sua orientação para a prática o direito penal deve ser questionado no que consiste o conteúdo genuinamente científico das suas contribuições para a política criminal e a aplicação do direito. O mero condicionamento dos fundamentos jurídicos para as decisões práticas é, como tal, tão anticientífico quanto a aplicação de normas técnicas por um artesão. (KINDHÄUSER, 2011, p. 20)

Da mesma forma, a formulação de demandas político – criminais e posições críticas perante o legislador não têm caráter científico imediato, o que significa dizer que a interpretação e crítica da legislação vigente, bem como os controles sobre sua aplicação, devem ser realizadas de forma específica que atenda à pretensão de cientificidade. Uma condição mínima é, neste contexto, que a política criminal possa desenvolver enunciados passíveis de generalização com vista à utilização prática dos seus resultados, quando da elaboração e aplicação do direito penal.

Devido à sua posição funcional, a ligação entre política criminal e dogmática penal, que fazem parte da ciência do direito penal, não pode ser caracterizada como algo homogêneo, ao contrário, abrange setores altamente diferenciados metodológica e epistemologicamente, que devem corresponder aos seus respectivos critérios científicos específicos, mesmo quando muitas vezes são fundamentalmente confundidos e concorrem na formação de teorias complexas. Neste sentido, importante destacar os quatro setores mencionados por KINDHÄUSER (2011, p. 20) para a caracterização desta heterogeneidade:

(1) Dogmática: Em primeiro lugar está a ciência do direito penal em sentido estrito, chamada dogmática do direito penal. Ele formula e estabelece as condições em que o respectivo direito penal em vigor pode ser utilizado de acordo com paradigmas reconhecidos. (2) Teoria jurídica: para trabalhar livre de contradições, logicamente impecável e conceitualmente exata, a dogmática jurídico – criminal deve conhecer em profundidade e prestar atenção aos resultados da teoria científica em geral, bem como da teoria jurídica em particular. Nessa medida, uma

metadogmática do direito penal apoiada na teoria do direito, no sentido de uma pesquisa lógico-analítica básica, também pertence à ciência do direito penal. Seu objetivo é, em particular, uma estrutura teórica do direito penal que analise a interação dos tipos de regras que constituem o direito penal. (3) Empirismo: A aplicação de regras legais requer a compreensão correta dos fatos naturais e sociais aos quais a lei está vinculada como uma ordem normativa e que ele considera dignos de conservação ou mudança. Este setor pode ser denominado investigação empírica de fatos jurídicos. (4) Filosofia: Finalmente, a pesquisa básica substancial pertence à ciência do direito penal, que lida em profundidade com os paradigmas e conceitos fundamentais que norteiam as teorias de aplicação do direito. Como pesquisa básica substantiva conta, especialmente, com a fixação do conteúdo dos conceitos de culpa e punição. Cada um desses quatro setores tem uma complexidade própria. E, por conseguinte, cada um deles, em virtude da sua genuína cientificidade, vincula em maior ou menor medida o legislador, por um lado, e a jurisprudência, por outro.⁶⁷

No final do século XIX, Binding separa rigorosamente a dogmática do direito positivo da tarefa crítica do direito penal ao assumir uma postura político – criminal, e permite para este último também considerações filosóficas sobre a racionalidade das regulamentações jurídicas. Ou seja, aqui a ciência do direito penal ainda está em busca de profundidade. (KINDHAUSER, 2011, p. 24)

O direito penal positivista exclui questões sociais e políticas em sua análise friamente dogmática. Esta oposição foi tomada por Liszt como um axioma, indicando que o direito penal só poderia ser compreendido como ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, por outro lado, que tem a tarefa de se preocupar das questões sociais e dos fins do direito penal, deveria ser compreendida fora do universo jurídico. (ROXIN, 2012, p. 12)

Neste pensamento, de segregar em campos separados a dogmática penal da política criminal, não permite a construção de uma teoria do delito além de um sistema classificatório

⁶⁷ Tradução livre a partir do trecho original: (1) *Dogmatica: En primer lugar se encuentra la ciencia del derecho penal en sentido estricto, la así denominada dogmática del derecho penal. Ella formula y fundamenta las condiciones bajo las cuales el respectivo derecho penal vigente puede ser utilizado conforme a paradigmas reconocidos.* (2) *Teoría jurídica: Para poder trabajar libre de contradicciones, lógicamente impecable y conceptualmente exacta la dogmática jurídico penal debe conocer a profundidad y prestar atención a los resultados de la teoría científica en general y de la teoría jurídica en especial. En esa medida también pertenece a la ciencia del derecho penal una metadogmática del derecho penal apoyada en la teoría jurídica en el sentido de una investigación básica lógico analítica. Su objetivo es, en particular, una estructura teórica del derecho penal que analice la interacción de los tipos de regla constitutivos del derecho penal).* (3) *Empirismo: La aplicación de reglas jurídicas exige la correcta comprensión de los hechos naturales y sociales a los que está atado el derecho como ordenamiento normativo y que él tiene por dignos de conservación o cambio. Este sector puede denominarse como investigación empírica de hechos jurídicos.* (4) *Filosofía: Por último pertenece a la ciencia del derecho penal la investigación básica sustancial, la cual se ocupa a profundidad de los paradigmas y conceptos fundamentales que orientan las teorías de la aplicación del derecho. Como investigación básica sustancial cuenta, especialmente, la fijación del contenido de los conceptos de culpabilidad y pena.*

que sempre levará em conta um conceito apenas genérico e abstrato de ação. O sistema fechado, dentro deste raciocínio concebido por Liszt, dificulta a comunicação do sistema jurídico-penal com a realidade social que deve ser considerada.

A partir do finalismo de Welzel, o significado social passa a ser importante em diferentes pontos da teoria do crime. Com efeito, ele não avaliava como injustos os comportamentos que formalmente se enquadravam na descrição de um determinado crime, caso fossem socialmente adequadas, ou seja, se fossem usuais e normais na vida social. Esta abordagem ganhou, a seguir, sob o nome de imputação objetiva, uma importância considerável. (KINDHÄUSER, 2019, p. 24)

Sem se aprofundar nas especificidades e possíveis incongruências de conceituação da teoria do finalismo, importante apenas destacar que todas as correntes de conceituação de ação anteriores se caracterizaram precisamente pela rejeição a esta teoria ontológica de ação, enquanto categoria pré-concebida e vinculada de todo o sistema penal, na proporção em que uma construção dogmática já anteriormente ligada a dados imutáveis, que seria o próprio conceito de ação, não oferece resultados adequados com a fundamentação do próprio sistema.

Roxin, através do funcionalismo penal, defende um sistema teleológico, ou seja, orientado para o cumprimento de finalidades político-criminais. A partir de então, cada categoria do delito deveria estar estritamente ligada à política criminal. Busca, desta feita, aproximar os conceitos de Direito Penal e Política Criminal, e não separá-los como concebido por Liszt. O reflexo disso é a aplicação prática do Direito Penal levando em consideração, por exemplo, princípios de lesividade e fragmentariedade, não apenas e tão somente uma análise dogmática fechada puramente técnico-jurídica.

Portanto, o caminho correto só pode deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza, previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista da proveniência lisztiana. Nas palavras de ROXIN (2012, p. 20):

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem-se uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Democrático de Direito.

A evolução da teoria do delito que passou a inserir a política criminal em sua essência pôde compreender novos elementos normativos, como as causas de justificação (antijuridicidade material), como a excludente de ilicitude quanto, no tocante a culpabilidade, de hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante). A orientação emprestada por esta incorporação de critérios político-criminais⁶⁸ permitiram o início da transformação do conceito dogmático fechado e isolado da realidade.

A partir disso, Roxin passa ressaltar a necessidade de se partir da premissa de que cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser desenvolvida e sistematizada a partir de uma fundamentação político-criminal. O postulado do princípio da legalidade, a regulação social através da ponderação de interesses em circunstâncias de conflito, e as exigências das teorias das finalidades da pena formam o fundamento político-criminal sobre todo o conceito estratificado de crime. (ROXIN, 2012, p. 31)

Cumprir destacar, primeiramente, que existem três linhas básicas funcionalistas em matéria penal. A primeira e já mencionada, concebida por Claus Roxin, é caracterizada por um funcionalismo moderado⁶⁹, relacionando de maneira indissociável a dogmática com a política criminal.

A segunda vertente funcionalista mais proeminente é denominada por funcionalismo limitado, proposta por Santiago Mir Puig, que tem em seu âmago a utilidade social e relaciona-se à ideia de Estado Social e Democrático de Direito, levando em conta principalmente os princípios garantistas consagrados nos direitos fundamentais, como legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e exclusiva proteção a bens jurídicos.

A terceira espécie de funcionalismo, denominada como radical⁷⁰, parte da teoria de Günther Jakobs, que tem inspiração nos ensinamentos de Niklas Luhmann em sua Teoria dos Sistemas (LUHMANN, 2011). Contudo, outras correntes funcionalistas existem,

⁶⁸ Ao analisar a contribuição desta evolução na teoria do delito, KINDHÄUSER (2019, P. 31) menciona que do ponto de vista da política criminal, os esforços da ciência do direito penal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial não foram em vão. Foi criado um Direito Penal Econômico e Ambiental específico. De maneira geral, o estado de necessidade foi sistematicamente incluído e as regras de erro foram revisadas. Assim, por exemplo, substituiu a lei criminal sexual moralizante foi substituída por uma lei criminal voltada para direitos legais específicos - por exemplo, a proteção da juventude e a autodeterminação sexual. Foi criado um Direito Penal Econômico e Ambiental específico. De maneira geral, o estado de necessidade foi sistematicamente incluído e as regras de erro foram revisadas.

⁶⁹ Desde 1970, Roxin salienta que se encontra empenhando esforços no sentido de desenvolver um sistema jurídico-penal 'teleológico-racional' ou 'funcional'. (ROXIN, 2002, p. 205)

⁷⁰ Segundo SCHÜNEMANN (2003, p. 58), ao comentar sobre a dicotomia entre a teoria funcionalista de Jakobs e Roxin, aponta que Jakobs apoia seu normativismo radical, um normativismo que deixa de lado a crítica anterior de Roxin ao finalismo, e com a qual Jakobs, já em 1983 no prólogo de seu volumoso manual na primeira edição, proclamava destruir o dogmático jurídico-penal ontologista mais radicalmente do que jamais havia feito.

podendo ser mencionadas o funcionalismo do controle social, que se pauta no garantismo de Ferrajoli, propondo uma vertente nova ao direito, que chama de “Direito de Intervenção”⁷¹. (HASSEMER, 2003, p. 144-157) Além disso, também deve ser mencionado o funcionalismo reducionista teorizado por Zaffaroni, que visa uma nova disposição dos elementos constitutivos da teoria do delito, especificamente no que se refere a tipicidade (ZAFFARONI, 2001, p. 272 e ss.).

Com base no referencial teórico necessário desta pesquisa, contudo, importante destacar que por relacionar-se essencialmente com a política criminal, a corrente funcionalista de Roxin é a que será trabalhada a partir de agora.

Roxin desenvolve um sistema penal valorativo, cujo marco primordial se encontra na vinculação de todos os elementos⁷² e categorias⁷³ da teoria do delito aos postulados e princípios da política-criminal, que serviriam de uma espécie de fundamentação para a interpretação da dogmática penal.

O pensamento sistemático meramente dedutivo, que busca, dentro deste mesmo sistema, resolver e encontrar soluções dentro de si mesmo, numa espécie de autopoiese, revela um grande problema. Roxin, a partir disso, a partir da aplicação do sistema penal, sujeita os casos empíricos à política criminal, que deve servir de base analítica. Diante disso, as valorações político-criminais, ao comporem a dogmática, apontam para o modelo de direito penal que deve ser empregado, não permitindo, assim, que todo o sistema penal opere sem levar em consideração a complexa realidade que o finalismo assume conhecer⁷⁴.

Em uma aplicação correta da dogmática jurídico-penal, os pontos de vista normativos e ontológicos não devem se excluir, mas sim complementarem um ao outro. O ponto de vista normativo decide quais estruturas da realidade são relevantes juridicamente, ao passo que o posterior desenvolvimento e concretização dos princípios normativos devem ser adotados em consideração aos detalhes da estrutura que aquela realidade que é declarada se mostra como fundamental ao caso concreto. (SCHÜNEMANN, 2003, p. 79)

⁷¹ Esse direito estaria situado, conforme HASSEMER (2003, p. 156) “entre o Direito Penal e o Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público.”

⁷² Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

⁷³ Aqui pode-se mencionar, a título de exemplo, o conceito de autoria e de participação.

⁷⁴ Neste sentido GRECO (2000, p. 8) destaca que o finalista pensa que a realidade é unívoca, e que basta conhece – la para resolver os problemas jurídicos , numa concepção naturalista do fato; o funcionalista, por outro lado, assume existirem diversas interpretações possíveis da realidade, o que permite dizer que a celeuma jurídica apenas se resolve por meio de ponderações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.

A vulnerabilidade de um sistema abstrato, que não leva em consideração tais pontos, não encontra-se apenas em sua posição defensiva contra a política criminal, mas sim no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, o que leva a segurança jurídica a se sobrepor sobre o próprio senso de justiça. A partir disso, ROXIN (2012, p. 86) aponta:

É sempre o fato global que deve ser considerado sob a perspectiva das diferentes categorias do delito. Daí decorre que nem todos os momentos da situação da conduta sejam igualmente importantes para a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade; por ex., é supérfluo observar uma ação justificada também sob o ponto de vista da responsabilidade pessoal. É, porém – e aí está a diferença essencial – errado considerar que qualquer circunstância, por ter importância para o tipo, já não pode mais significar nada para a culpabilidade.

Diante de todo esse cenário, Roxin aponta que o funcionalismo está inserto num quadro metodológico vasto, que qualifica como jurisprudência de valores. Explica que este método segundo o qual as construções jurídicas são conduzidas devem assim proceder por determinadas finalidades e valores, sendo este o desafio da jurisprudência, ou seja, compreender sobre quais se fundamenta o sistema penal. (ROXIN, 2002, p. 63).

Outro não pode ser o entendimento de que o cuidado pragmático a ser empenhado vem de encontro à excessiva abstração do finalismo, buscando conduzir a dogmática através das funções definidas pela política criminal a serem concretizadas pelo próprio direito penal, funcionalizando-o.

Ao se compreender, conforme o finalismo, que a política criminal não deve preencher o conteúdo do princípio da legalidade, conforme exposto na crítica de Roxin à Listz, que remete a considerações unicamente ontológicas, não questionando a valoração jurídico-penal, pela falta de comunicabilidade desta teoria que exclui do âmbito jurídico os preceitos concretos da vida real.

Ainda, a compreensão diversa à de que a política criminal não tem papel na essência dogmática e estaria fora do âmbito de análise jurídico-penal, ou seja, não assumi-la como componente constitutivo da estrutura de análise estratificada da teoria do delito, o resultado é que a pena a ser aplicada não estará dirigida a fins concretos. É a efetiva separação entre o sujeito empírico do sujeito transcendental. (SCHÜNEMANN, 2003, p. 62)

Sua função central consiste precisamente em legitimar a aplicação do mal cruel do castigo à pessoa afetada. É justamente isso que também aborda o aspecto mais convincente da teoria kantiana da punição, quando retrata que o agressor não pode ser usado apenas como meio para atingir outros fins, já que sua personalidade inata o protege contra isso.

A pessoa que tem esse direito à proteção é o indivíduo e não a pessoa, isto é, o homem real individual e não o portador de direitos abstratos, porque o mal da punição não se aplica o imaginado “homem médio”, abstrato, mas sim à alguém de carne e osso. Consequentemente, o afastamento da política criminal deste raciocínio substitui o indivíduo pela pessoa como mero portador de um papel no direito penal, destruindo sua legitimidade.

O finalismo se constrói como doutrina ontologista, que prejudica a questão valorando-a; o funcionalismo de Roxin, por outro lado, tem um viés teleológico, orientado à consecução de determinados valores oriundos de política criminal pautada em direitos fundamentais que são a base do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de proteger bens jurídicos eleitos como essenciais à coletividade.

Num primeiro momento, portanto, ao se analisar a função político criminal no que se refere ao princípio da legalidade (*nulum-crimen*), busca-se orientar o comportamento dos indivíduos para que não agridam bens jurídico essenciais protegidos pelo ordenamento jurídico. Ademais, a tensão entre o interesse da persecução e o da liberdade, pelo contrário, é inerente à política criminal, pois trata-se de uma harmonização do entendimento de que a própria função de desmotivação de determinadas condutas através da lei penal tem um cunho político criminal, ainda que possam existir reservas do uso da lei como método essencialmente preventivo de condutas pela desmotivação e ameaça de pena, conforme já exposto neste trabalho.

Com relação ao fato típico dentro do conceito funcionalista de Roxin, destacam-se aqui os delitos de ação e de dever, ou comissivos e omissivos. Nos omissivos ou de dever há esferas de vida já organizadas, cuja funcionalidade deve ser protegida pela norma penal. Já nos crimes por ação, o autor irrompe em esferas que deveria deixar intocadas, pela descrição comissiva da conduta proibida. (ROXIN, 2012, p. 35)

A esta situação, se é o não cumprimento de um dever originado a partir de um papel social que concebe específicos tipos penais, tanto faz que o comportamento seja comissivo ou omissivo⁷⁵. Onde o princípio da legalidade é preenchido por descrições de condutas (comissivas), surge o questionamento: como alguém pode, através de uma inação, agir no sentido de uma descrição típica? A resposta para essa indagação é que nos delitos de dever

⁷⁵ ROXIN (2012, p. 36-37) exemplifica a questão da seguinte forma: se o vigia que deseja ajudar o preso a libertar-se abre a porta da cela violando o seu dever por uma ação positiva, ou se em oposição às regras ele deixa de trancá-la, Não faz diferença alguma para o tipo do art. 346 do StGB. Da mesma forma, pouco importa se o advogado pratica seu patrocínio infiel através de manobras ativas ou de omissão de medidas necessárias.

ocultos, ou de ação impróprios⁷⁶, é indiferente para a realização do tipo penal, que o médico aplique uma dose exagerada de medicamento ou deixe de ministrar o mesmo que seria necessário, quando podia fazê-lo, causando a morte do paciente.

No exercício de papéis sociais independentes do direito penal, o significado de agir ou não agir é definido pelas relações sociais, e somente à partir disso se pode partir para a relação com o tipo penal. A estipulação dos deveres de cuidado apenas pode preencher o conteúdo dogmático através de uma compreensão social. O desafio da jurisprudência já mencionado refere-se a compreender estes desdobramentos sociais, que serão objeto de uma análise político-criminal do fato concreto.

No tocante a antijuridicidade, o funcionalismo de Roxin a analisa através das lentes das causas de justificação, que não se dissociam da função político-criminal que acaba por traçar os limites destas causas. As mutáveis relações sociais e seus costumes devem ser permanentemente analisadas para se considerar uma conduta antijurídica, bem como as alterações legislativas ocorridas em todo o ordenamento jurídico, não só nas matérias atinentes à questões criminais. Nas palavras de ROXIN (2012, p. 53), “o caso concreto que fixa o juízo sobre a utilidade ou lesividade, a ilicitude ou ilicitude de um comportamento.”

Especificamente no que se refere a legítima defesa, os princípios da autodefesa e do prevalectimento ao ordenamento jurídico fundamentam a regulamentação legal, ou seja, todos tem o direito de se defender contra quaisquer agressões proibidas para defender sua integridade. O mencionado prevalectimento da ordem jurídica, que se refere à ideia de que o direito não cede ou não precisa ceder diante do injusto, reprime a ponderação de bens, e que encontra sua limitação no princípio da proporcionalidade. (ROXIN, 2012, p. 54)

Contudo, importante frisar que este raciocínio não é válido para agressões causadas por culpa da vítima, pois nestes casos o agressor pode afastar danos de si, mas em virtude de sua co-responsabilidade não lhe será permitido tornar-se defensor dos interesses da ordem jurídica⁷⁷. (ROXIN, 2012, p. 60-61)

⁷⁶ Conforme explica BUSATO (2017, p. 275-276), trata-se de crime de ação, ou seja, de um crime cujo núcleo do tipo (verbo que descreve a ação) se dá através de uma omissão, ou seja, de um não fazer). O comportamento omissivo punível Não é descrito pelo tipo, pois a norma incriminadora prevê necessariamente um atuar positivo. Porém, de um ponto de vista essencialmente valorativo, a omissão é considerada portadora de um desvalor equivalente àquela. O dever de agir consiste na exigência de atuação no sentido de se evitar um resultado concreto.

⁷⁷ ROXIN (2012, p. 64) destaca, ainda, que não é possível, segundo o direito vigente, estender a punibilidade no campo da legítima defesa através de uma transposição do princípio da ponderação de bens também para esta causa de justificação, e menos ainda, se pode negar o princípio do prevalectimento da ordem jurídica, como se sempre existisse um dever de fugir, quando tal fosse possível. Ambas as soluções podem ser político-criminalmente plausíveis ou mesmo razoáveis, mas o desenvolvimento dos princípios político-criminais não pode liberar-se dos parâmetros do legislador. Neste ponto, vê-se a fundamental função do princípio da

A análise político-criminal, neste aspecto, é inerente às causas de justificação. A estruturação interna do direito posto só consegue fornecer medidas abstratas de comportamento, que precisam ser concretizadas com base nos valores do caso concreto, ou seja, para cada excludente de ilicitude deve ser demonstrada a fenomenologia das relações típicas. Assim surge um quadro estruturado das manifestações da vida, fornecendo um caminho a se seguir. (ROXIN, 2012, p. 61)

Por fim, no que se refere a culpabilidade, considerações essenciais devem ser feitas. O direito penal pauta-se em uma fundação normativa, essencialmente. Contudo, isso não significa dizer que há uma afronta às garantias individuais, pois a política criminal e suas valorações vinculam-se à própria função do direito penal, que se norteará pela dignidade humana. O funcionalismo moderado de Roxin, da mesma forma, encontra-se limitado pela culpabilidade.

Dito isso, pode-se afirmar que a culpabilidade deve ser o limite do *jus puniendi*, bem como às funções do direito penal. A culpabilidade atua como baliza às demandas de prevenção geral negativa, impedindo que a pena supere aquela realmente aplicável legitimamente ao autor de determinada conduta. O obstáculo intransponível político-criminal aqui se encontra, para que não seja possível a imposição da pena para meramente servir de exemplo aos demais, no mais puto aspecto retributivo e populista.

A análise da reprovabilidade a ser compreendida não pode apenas levar em consideração as condições pessoais⁷⁸, mas sim todo o contexto social e fático que envolve o

legalidade nas causas de justificação, contudo, o limite da interpretação, dado o sentido literal, não tem papel decisivo nas causas de justificação.

⁷⁸ Os artigos 59 a 65 do Código Penal brasileiro fornecem critérios legais para se determinar o grau de reprovação do agente. O artigo 59 traz as circunstâncias judiciais que servirão para a fixação da pena base. Consiste nos seguintes parâmetros: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências do crime, comportamento da vítima. O artigo 61 e 62 descrevem as circunstâncias agravantes. São elas: reincidência; cometimento do crime por motivo torpe, fútil, para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; cometimento de crime à traição, emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; contra criança, velho, enfermo, mulher grávida; quando o ofendido estava sob proteção imediata de autoridade; em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; em estado de embriaguez preordenada; em relação ao agente que promove, organiza ou dirige a atividade dos demais agentes, coage ou induz outrem à execução material do crime, instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; em relação àquele que executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. E por fim, o artigo 65 traz a relação das circunstâncias que atenuam a pena: ser o agente menor de vinte um ano, da data do fato, ou maior de setenta anos, da data da sentença; desconhecimento da lei; ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; ter o agente procurado por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as

caso concreto. Tudo o que será examinado sob a perspectiva da culpabilidade tem relação com o merecimento da pena. Conforme ROXIN (2012, p. 68) se alguém, por qualquer razão, não podia evitar o injusto típico por ele concretizado, a punição deverá ser excluída, uma vez que não há retribuição frente a uma culpabilidade inexistente.

Contudo, a exclusão da culpabilidade não pode ocorrer porque o magistrado, ao analisar determinada situação, decidiu negar por si só o merecimento da pena. A análise deverá ser feita a partir das regras legais de exclusão de culpabilidade, partindo do que as fundamenta. O dever do intérprete é limitado a tomar as considerações legislativas dos fins da pena como parâmetro orientador da descoberta do direito, e na utilização concretizadora das normas legais, bem como no desenvolvimento cuidadoso da dogmática da culpabilidade pelos espaços deixados em aberto na lei. (ROXIN, 2012, p. 95-96)

Nas situações de força maior formuladas pela lei como causas de exclusão de culpabilidade, é reconhecido que a possibilidade de agir de outra maneira não deixa de existir⁷⁹. Cada uma das muitas guerras demonstrou que o ser humano é capaz de suportar perigos de vida, quando preciso for. Se apesar disso o legislador dispensa de sanção as ações praticadas quando existente um sério perigo para a integridade física, tal se dá porque a irrepetibilidade de tais situações se torna desnecessária a prevenção, tanto geral quanto especial, e a diminuta culpabilidade, por si só, não consegue justificar a pena.

Uma ordem jurídica sem justiça social não pode fundar um Estado de Direito. O cerne do funcionalismo é, portanto, necessariamente pautado por uma dimensão humanitária, que concentra seu foco na eficiência dos meios. Não se admite que fique o jurista preso a formalidades ou conceituações lógico reais se estas conceituações importarem na derrocada de seus fins.

Portanto, o funcionalismo é permeado por uma racionalidade material. Esta racionalidade atenta para o conteúdo, não permitindo uma disparidade surreal entre as proposições da deontologia e da ontologia. Nessa medida não está o funcionalismo

consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; ter cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior ou sob influência de violenta emoção; ter cometido o crime após injusta provocação injusto da vítima; ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade a autoria do crime; ter o agente cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou; outras circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, embora não previstas expressamente em lei.

⁷⁹ ROXIN (2012, p. 70) traz alguns exemplos de como esta análise deve ser feita, no que se refere à culpabilidade: “Exatamente o fato de que profissões com dever de enfrentar perigos se subordinem a outras medidas de exculpação já comprova que pontos de vista preventivos podem decidir sobre a necessidade de pena, ainda quando seja idêntico o grau de culpabilidade”

totalmente divorciado das estruturas lógico reais, apenas que não centraliza sua estrutura teórica sobre elas, mas lhes atribui o papel de limitador racional às proposições normativas.

Dentro da perspectiva, podemos concluir que o direito penal assume uma função finalisticamente instrumentalizada, mas com conteúdo axiológico pautado na dignidade da pessoa humana. Toda e qualquer função atribuída ao direito está intrinsecamente comprometida com a proteção da dignidade da pessoa humana, e seu conteúdo político criminal.

3.3 Política Criminal e Bem Jurídico

O Direito não pode ser equiparado a uma ciência exata, e em razão disso um sem número de problemas concernentes a interpretação das normas e a aplicação destas é constantemente observado. A lei trata das questões de maneira paradigmática, em geral de forma abstrata, pois não é possível que o ordenamento positivado preencha todas as hipóteses que a realidade multiforme demanda, em tempo bastante exíguo.

Partindo deste pressuposto, não existe maneira do legislador trazer soluções indiscutíveis às situações que serão, futuramente, demandadas ao Poder Judiciário, sendo a lei objeto constante de interpretação. A doutrina, por sua vez, alimenta divergências e correntes de pensamento no tocante a tais interpretações, e a jurisprudência se filia a essa ou aquela doutrina, produzindo assim as decisões que resultarão na resolução dos conflitos de interesses existentes na sociedade.

A partir da Revolução Francesa houve a alteração do referencial absolutista de poder para o Estado de Direito Constitucional, que passou a ter como objetivo a limitação do poder, por meio de controle e divisão. A relação entre Estado e indivíduo foi substancialmente alterada, observando-se a partir deste marco revolucionário a preservação dos direitos do cidadão. (FELDENS, 2012, p. 22)

Entretanto, a limitação do poder absoluto verificou-se, por exemplo, antes da Revolução Francesa na Inglaterra do século XVII, através do *Bill of Rights*, no ano de 1.689, como também pode ser referenciada a Revolução Americana, sedimentada com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1.776. Surge, à partir de então, um Estado com poder despersonalizado, visando garantir a segurança jurídica com o fortalecimento de direitos individuais, com a consagração de que a liberdade dos indivíduos deve ser ilimitada,

sendo a intervenção do Estado nesta liberdade, controlada através de limites institucionais. (FELDENS, 2012, p. 23)

Neste sentido, é relevante a caracterização do Estado de Direito à partir destes marcos históricos mencionados, sendo aquele que garante direitos individuais, legalidade e igualdade por meio da tripartição de poderes. Tal repartição busca a concretização de um sistema de freios e contrapesos, que impede o arbítrio no exercício deste poder não permitindo que o mesmo ente que produz a lei, a execute e se autofiscalize, pois resultaria na absoluta ausência de limites para a contenção de arbítrios contra as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos.

Para MARX (1993, p. 96), o Estado é eminentemente classista, o que significa dizer que apenas representa os interesses de uma determinada classe social, que para o marxismo é a burguesia. A estrutura social, neste sentido, é o que origina a estrutura do Estado, e não o inverso, de acordo com o que foi estabelecido conceitualmente pelos contratualistas.

A função do Estado, segundo a teoria de Marx, é proteger essencialmente os interesses das classes dominantes através de apropriados instrumentos de regulação – sistema jurídico e estrutura de monopólio da violência, representada pelo poder policial e militar (MARX, 1993, p.98).

Tais formas de controle social, institucionalizadas pelo Estado através da influência de uma classe mais próxima aos centros de poder, para Marx, é fundamental no sentido de se estabelecer quais os tipos penais e demais controles sociais serão implementados para conter uma determinada parcela da população à margem do processo decisório e da produção legislativa.

O Estado, para DURKHEIM (2002, p. 96), tem a função de ser um organizador da vida social, sendo independente dela, cujo propósito é fortalecer ao mesmo tempo, a consciência coletiva, e a assegurar a individuação mais completa que o estado social permita. Também afirma que às vezes mesmo contra os grupos sociais aos quais ele vê-se ligado, deve promover e proteger o indivíduo. A ação e a função social que o define possui fundamentos na moral, o que significa mencionar que o referencial é o conjunto de regras e condutas juridicamente estabelecidas. (OLIVEIRA, 2010, p. 132)

Por fim, DURKHEIM (2002, p. 85) entende que toda sociedade possui um caráter despótico, e que o controle deste despotismo deve ser feito por algo exterior a ela, que no caso, é o Estado com a função de assegurar direitos individuais consagrados. O entendimento

da concepção de Estado, portanto, perpassa pela doutrina do Direito, não havendo como dissociar as duas situações⁸⁰.

A expressão Estado Democrático de Direito remete, por sua vez, a um governo legitimado através de um sufrágio universal, com assembleia representativa, pluripartidarismo e debate político livre. Para além disso, ainda, a democracia que qualifica o Estado de Direito demanda o respeito aos princípios fundamentais como o império da Lei, respeito a garantias fundamentais e legalidade dos atos da Administração Pública. (FELDENS, 2012, p. 23)

Importante esclarecer, neste momento, o significado da expressão “Estado Democrático de Direito” utilizada pelo art. 1º da Constituição. Não se trata, aqui, de assumir a difícil tarefa de especificar com precisão as características do conceito de Estado de forma tão designada. No entanto, é necessário desvendar o sentido geral da fórmula contemplada em sua totalidade e em seus três componentes. Com ela, a Constituição usa uma terminologia amplamente consagrada, que aponta para uma concepção sintética do Estado, produto da união dos princípios do Estado liberal e do Estado social.

Como toda síntese, a imagem resultante do Estado supõe uma superação de seus componentes básicos considerados isoladamente, o que permite agregar a terceira característica da fórmula constitucional: a democracia. A importância respectiva atribuída a cada um dos três componentes mencionados dependerá, em grande medida, da visão política específica em que se baseia. Aqui, porém, importa apenas destacar o ponto de concordância em que devem convergir as interpretações possíveis do "estado democrático de direito": trata-se de um modelo de Estado que procura unir, ultrapassando os modelos de Estado liberal e Estado Social.

Do Estado liberal adota, sem dúvida, a ideia de Estado de direito, ou seja, do Estado regido pela lei emanada da comunidade geral, expressa pelos representantes do povo, em que a soberania nacional reside em contraposição ao Estado absoluto naquele que o direito está nas mãos de um ou mais indivíduos⁸¹. Assim, está expresso no art. 5º da Constituição

⁸⁰ Neste sentido, JELLINEK (1970, p. 325): É, portanto, impossível um conhecimento pleno do Estado, sem por sua vez ter conhecimento de seu direito. Não seria científico não considerar o Estado senão do ponto de vista do Direito e explicar a ciência do Estado como disciplina exclusivamente jurídica. Tradução livre a partir do trecho original: *Es, pues, imposible un conocimiento pleno del Estado, sin que a su vez haya un conocimiento de su derecho. Sería anticientífico no considerar al Estado sino desde el punto de vista del Derecho, y explicar la ciencia del Estado como una disciplina exclusivamente jurídica.*

⁸¹ Neste sentido, MIR PUIG (1982, p. 70): “Na verdade, porém, deve-se notar que o tampouco Estado de direito escapa à circunstância de que o direito é obra dos homens, que o criaram e, portanto, não podem estar sujeitos a ele: os representantes do povo também são homens. A rigor, então, a diferença entre o Estado absoluto e o

que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Esse modelo de Estado contribui para o disposto no artigo 1º, de que o exercício dos poderes públicos respeite certas garantias formais, certos limites que garantam a salvaguarda das esferas de liberdade formalmente reconhecidas aos cidadãos. O Estado Liberal responde à preocupação de defender a sociedade do Estado, que tenta realizar por meio da técnica formal da divisão de poderes e do princípio da legalidade. (MIR PUIG, 1982, p. 67)

O Estado Social, por outro lado, é uma tentativa de quebrar as barreiras que separavam o Estado e a sociedade no Estado Liberal. Se o princípio que governava a função do Estado Liberal era a limitação da ação do Estado, o Estado Social então se tornava o motor ativo da vida social. Se o Estado Liberal pretendeu reduzir-se a garantir garantias jurídicas e, portanto, meramente formais, o Estado Social é chamado a modificar as relações sociais efetivas. Do Estado-árbitro imparcial ao Estado-guardião preocupado sobretudo em não interferir no jogo social, passa progressivamente ao Estado intervencionista, caracterizado como *Welfare State*. (MIR PUIG, 1982, p. 68)

Historicamente, os estados liberal e social estão em uma relação dialética entre teses e antíteses. A substituição gradual do Estado liberal pelo intervencionista representou um relaxamento progressivo e um distanciamento das garantias liberais, que acabam sendo vistos como preconceitos burgueses puramente formais, contra os quais a ação do Estado não tem que retroceder. Assim, atingem-se os totalitarismos de esquerda ou de direita, que vão semeando o panorama político entre as duas guerras mundiais. (MIR PUIG, 1982, p. 70)

Isso não significa, entretanto, que o estado liberal e o estado social não possam convergir em uma síntese, pois o estado intervencionista não implica necessariamente uma concepção autoritária. A única coisa essencial para isso é a assunção de uma função que possa ser posta a serviço não só de uma minoria ou de um conjunto social discutível, mas

Estado de direito não é que, no primeiro, a lei dependa do poder e, no segundo, o poder dependa da lei, já que neste último a lei depende também do poder (Legislativo). A diferença é que no Estado de direito os representantes do povo (expressão da vontade geral) estabelecem o direito que define o quadro máximo dentro do qual os outros poderes podem se mover (expressão de vontades particulares).” Tradução livre a partir do texto original: *En puridad, sin embargo, debe notarse que tampoco el Estado de derecho escapa a la circunstancia de que el derecho es en él obra de hombres, que lo crean y por tanto no pueden hallarse sometidos al mismo: los representantes del pueblo también son hombres. En rigor, pues, la diferencia entre el Estado absoluto y el de derecho no es que en el primero el derecho dependa del poder y en el segundo el poder dependa del derecho, puesto que también en este el derecho depende del poder (legislativo). La diferencia es que en el Estado de derecho los representantes del pueblo (expresión de la voluntad general) establecen el derecho que traza el marco máximo dentro del cual pueden moverse los demás poderes (expresión de voluntades particulares).*

também do progresso efetivo de cada cidadão. Desta forma, não será contraditório com aquele Estado social impor os limites do Estado de Direito, também à serviço do cidadão, o que poderá impedir o desenvolvimento da tendência do Estado social ao intervencionismo autoritário, que serviria aos interesses - também reais - do indivíduo.

Mas a fórmula "Estado Democrático de Direito" supõe não apenas a tentativa de submeter as ações do Estado social - que ele não quer renunciar - aos limites formais do Estado de Direito, mas também sua orientação material para o real, que é a democracia. Pretende-se, assim, abarcar uma forma de Estado social - isto é, que participe efetivamente da vida social - ao serviço de todos os cidadãos.

Esse Estado deve criar condições sociais reais que favoreçam a vida do indivíduo, contudo, para garantir o controle pelo próprio cidadão dessas condições deve ser também um Estado Democrático de Direito. O caráter democrático deste Estado parece estar ligado à síntese do Estado social e do direito, e expressa tanto a necessidade de liberdade "real" - opondo-se ao "Estado Social" direcionando sua intervenção apenas em benefício de certos grupos - como "formais" - fechando o caminho para a possibilidade de um "estado de direito" não controlado por todas as pessoas - para os cidadãos.

Nesta concepção democrática de Estado, o cidadão é o centro, surgindo em primeiro plano; o princípio da dignidade da pessoa humana vem marcar uma real limitação do direito positivo e servindo de norte para a produção e aplicação da norma jurídica.

Em um Estado Democrático de Direito, que busca limitar o poder punitivo e proteger as liberdades dos cidadãos, mister se faz analisar os “filtros” existentes para a criação de novos tipos penais. O conceito de bem jurídico, neste sentido, se mantém apesar de possíveis críticas como ponto de partida para a comprovação da legitimidade das normas penais. (WOHLERS, 2016, p. 395)

O conteúdo material da conduta típica pode ser pautado na lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos penalmente relevantes, dentro de uma aceção do que é mais relevante para a sociedade. Tal significado permite mencionar que nem todo bem jurídico é protegido pela norma penal, mas apenas e tão somente aqueles que os demais ramos do Direito não são suficientes para tutelar, numa relação fragmentária e subsidiária do Direito Penal frente a outros ramos do Direito. Diante disso, a primeira circunstância que se mostra relevante seria a definição de qual bem jurídico é protegido pela norma penal, e se este bem jurídico é individual ou coletivo e difuso.

Essa função limitadora ao *jus puniendi* atua em consonância com diversos princípios fundamentais de contenção à atuação do Estado em matéria penal, buscando uma intervenção mínima na esfera de liberdade dos indivíduos, o que deslegitima o exercício absoluto da potestade punitiva. (BUSATO, 2007, p. 121)

Para ROXIN (1997, p. 55), adepto de um referencial constitucional da concepção de bem jurídico, a Constituição é o documento responsável pela orientação e restrição prévia à eleição de bens jurídicos.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal possui função de proteção dos bens jurídicos com a correspondente punição à eventuais violações, bem como a garantia por parte do poder público da existência digna do cidadão, com o objetivo final de manutenção da paz social (ROXIN, 1997, p. 55/56)

Em razão destas limitações ao *jus puniendi*, levando-se em conta a proteção da dignidade da pessoa humana, o Direito Penal apenas está autorizado a interferir no direito fundamental liberdade quando houver lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico.

Binding foi o precursor ao conceituar, em 1.896, a fragmentariedade do Direito Penal ao antever que esse ramo do Direito não se resume a um complexo exaustivo de normas de tutela a bens jurídicos, mas sim perfaz um sistema de ilícitos provenientes da necessidade de criminalização destas ilegalidades, por ser esse o meio fundamental de proteção jurídica. (LUIZI, 2003, p. 56)

Nesta concepção fragmentária do Direito Penal, MUÑOZ CONDE (2002, p. 80) propõe uma forma de caracterização do princípio na legislação penal baseado em três premissas: a primeira, na proteção do bem jurídico somente contra agressões graves (exigindo uma conduta dolosa e excluindo a punibilidade da conduta imprudente em alguns casos); a segunda, ao tipificar apenas uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se determina como ilícito; e por fim, a terceira premissa ao não punir condutas unicamente imorais.

ROXIN (1997, p. 63) afirma também que a proteção de valores exclusivamente morais, religiosos ou ideológicos, cuja agressão não tenha repercussão social relevante não deve fazer parte dos postulados do Estado Democrático de Direito. A imoralidade ou reprovabilidade ética de uma conduta não deve legitimar a resposta penal, nos casos em que a harmonia social não seja abalada.

A Constituição Federal, pedra fundamental do sistema penal, apresenta de maneira expressa e vinculante os mais relevantes valores sociais, os quais são caracterizados pela

dignidade penal e, desta forma, dignos a receberem proteção do Direito Penal. A atividade legislativa estaria teoricamente vinculada às determinações constitucionais relativas à proteção penal, tendo o legislador a tarefa de mover os valores indicados pelo texto da Lei maior como bens jurídico-penais para os tipos incriminadores.

Contudo, o entendimento majoritário no tocante à escolha dos bens jurídicos que contém dignidade penal não mais se orienta pela concepção de que a Constituição é a exclusiva fonte de opção dos valores a serem tutelados pelo Direito Penal. Atualmente busca-se conferir à norma constitucional uma função orientadora desta atividade, a possibilitar que bens jurídicos não expressamente consagrados na literalidade da norma sejam promovidos à posição de bens jurídico-penais, desde que não compreendam valores com ela inconciliáveis. (GOMES, 2009, p. 266)

Ao tipificar normas penais, esfera que age diretamente de maneira violenta na liberdade do cidadão, o Estado aplica de forma violenta um controle social pautado em valores pré-constituídos na sociedade, que elegeu determinados bens jurídicos a serem protegidos e os tutela, dependendo da intensidade da agressão, por meio da força⁸².

Desta forma, a concepção de bem jurídico e a criação de normas penais que tutelem tais bens através de atos violentos devem ser analisados com base no filtro constitucional existente, sem olvidar os referenciais hermenêuticos históricos, políticos e sociológicos⁸³, em conjunto com os marcos limitadores principiológicos do direito de punir que devem ser observados, para não incidir na ilegalidade de uma expansão desmedida do Direito Penal para além das barreiras de contenção previstas na própria Constituição Federal.

O ordenamento jurídico brasileiro, por ter o seu funcionamento de maneira unitária, ou seja, de modo a relacionar os ramos do direito entre si, possui em todo seu regramento atuação dos princípios fundamentais previstos na vigente Constituição da República.

⁸² Em razão disso, a violência a ser aplicada pelo Estado deve ser analisada sob o prisma do Direito, e tal análise é complexa. Neste sentido pertinente a lição de BENJAMIN (2011, p. 125): O sentido entre a violência conforme ao direito e a não conforme ao direito não está ao alcance da mão. Deve-se evitar resolutamente o mal entendido do direito natural, segundo o qual este sentido consiste na diferenciação entre uma violência para fins justos e para fins injustos. Mais do que isso, já foi aludido que o direito positivo exige de qualquer violência um atestado de identidade quanto a sua origem histórica, de que depende, sob determinadas condições, sua conformidade ao direito, sua sanção.

⁸³ Neste sentido, JELLINEK (1970, p. 325): E é ainda menos científica uma doutrina do Estado em que se esquecem de tratar o elemento jurídico dela; essa doutrina poderia tentar cobrir a totalidade das primeiras, valendo-se de métodos históricos, políticos e sociológicos. Tradução livre a partir do trecho original: *Y aun es menos científica una doctrina del Estado en que se olvide tratar el elemento jurídico de mismo; aquella doctrina podría intentar abarcar la totalidad de aquél, valiéndose de los métodos histórico, político y sociológico.*

Neste sentido, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo que determina a incidência pela qual a sanção administrativa ocorrerá. O que acarreta a sanção é o ato infrator administrativo, o qual é apurado em um processo administrativo. Desta forma, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador possui seu escopo nas regras vigentes sobre a infração, a sanção administrativa e o processo de investigação.

As referidas regras e princípios incidentes ao Direito Administrativo Sancionador, bem como a qualquer outro ramo do Direito existente, dentro do ordenamento jurídico pátrio, emanam diretamente da Constituição Federal, em especial no seu artigo 5º, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos aos quais incidem por toda a legislação. O inciso II regulamenta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja de acordo com o que estabelece o princípio da legalidade. O inciso XL diz que a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu, portanto define exatamente o princípio da irretroatividade. O inciso XLV estabelece a pessoalidade da sanção, determinando que nenhuma pena ultrapasse a pessoa do condenado. Já o inciso XLVI exige que a pena seja individualizada. O inciso LIII diz que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente, trazendo a baila o princípio do juiz natural. O devido processo legal, contraditório e ampla defesa estão expostos nos incisos LIV e LV. O princípio da presunção de inocência está inserido no inciso LVII que estabelece que ninguém será culpado até que exista o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Muitos termos aqui balizados são trazidos do campo do Direito Penal, ou seja “crime, pena, lei penal”, mas isto não significa que não possam ser utilizados com propriedade pelo Direito Administrativo Sancionador, ou seja, existe unidade do *jus puniendi* do Estado. (MELO, 2007, p. 104).

O Direito Administrativo Sancionador utiliza como base teórica os princípios e elementos do Direito Penal que lhe são úteis, para que sejam assegurados os valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que foram primordialmente estabelecidos neste campo, apesar de não ser exclusividade do Direito Penal. Faz parte de um sistema único de forma de punição do Estado, seja no campo do Direito Administrativo Sancionador, seja no próprio Direito Penal.

Neste sentido pode-se afirmar que não há uma sanção, seja ela penal, administrativa ou civil, por exemplo, que não venha a atingir o homem, sendo ele o próprio fim do direito. Qualquer ramo do Direito, portanto, visa a preservação do homem e de seu legado.

No tocante as sanções aplicadas a pessoas jurídicas, da mesma forma se buscará atingir quem a formou, ainda que sejam relativas as penas única e exclusivamente pecuniárias sem a responsabilização direta dos sócios/acionistas/responsáveis. Em virtude disso, o tipo de sanção deve agir para promover o bem estar social e o próprio apenado, e não apenas buscar a retribuição como prevenção geral.

Caso o raciocínio não fosse este, não se poderia tratar com isonomia o Direito Público do Direito Privado, pois neste, cabe na figura de alguns de seus institutos, funções como a pedagógica, econômica e a junção destas duas que seria a função social. Se o Direito Privado, que trata de assuntos, em regra, particulares, sofre intervenção do Estado por meio do dirigismo estatal, como não o Direito Público, leia-se Direito Penal, não sofrer uma maior categorização para fazer com que funcione com melhores padrões sociais, tanto coletivo como individuais? (VIEIRA, 2014)

A consideração da unidade do *jus puniendi* do Estado traz como consequência a aplicação de garantias em comum aos diversos ramos do direito que estipulem sanções, contudo, tal interpretação deve ser feita com matizes. As regras de Direito Penal e de Direito Administrativo Sancionador, embora devam pautar-se nas mesmas normas fundamentais, precisam ser aplicadas de maneiras distintas, ou com “matizes”.

Isso significa que apesar de utilizados os mesmos princípios norteadores, a norma punitiva não atua de forma igualitária no campo Penal e Administrativo, porém, apesar de não ter o mesmo alcance no Direito Administrativo Sancionador, isso não significa que a unidade do *jus puniendi* fique prejudicada.

Esta unidade de punição do Estado, por derivar da Constituição, não pode acatar supressão e deve ser respeitada, sendo necessária uma vigilância permanente pois a vocação do Direito Administrativo é de buscar equilíbrio entre os interesses coletivos e as garantias individuais, e é de interesse coletivo que as garantias individuais sejam respeitadas.

Não se pode sequer abarcar interesse público se não houver respeito ao texto legal, pois tudo que estiver à margem da lei ou contra ela torna-se inconcebível.

Assim como não se pode engessar a plena atividade sancionadora do Estado, dando importância mais do que necessária as garantias, não se pode subestimar estas mesmas garantias em benefício de valores supostamente mais elevados.

Os ordenamentos jurídicos existentes em diversos países vêm sofrendo alterações no tocante a administrativização do Direito Penal, aproximando o ramo jurídico-penal do ramo

jurídico-administrativo, face a falência por vezes verificada na atuação do Estado em fazer cumprir as normas meramente administrativas.

A produção do risco impulsionada pelo desenvolvimento social e produção de novas tecnologias resulta em uma expansão de um direito punitivo do risco, ambiente fértil à proliferação de delitos econômicos, bem como novas formas de corrupção.

A existência de bens supraindividuais, tais como sistema financeiro e ambiental, por exemplo, levam a criação de novas legislações que buscam coibir práticas de agressão à tais valores tutelados pelo Estado. (CALLEGARI, 2003, p. 21)

Isso significa dizer que em todas as vezes que ocorrem diferenças qualitativas entre as normas administrativas e penais tal diferença consubstancia-se na quantidade de injusto existente entre estas duas modalidades normativas. Ainda para SILVA SANCHEZ, a distinção deve ocorrer pela tarefa que determinada norma possui ou deve possuir.

Neste sentido a administrativização do Direito Penal pode ser conceituada através de duas características, que são: norma administrativa com caráter penal (falta de conteúdo de injusto); e norma penal servir como apoio ao Direito Administrativo, ou seja, desobediências que não lesam os bens jurídicos protegidos de forma tão grave, mas que passam a ser criminalizadas pelo Estado. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 150)

SILVA SANCHEZ (2013, p. 147/148) manifesta seu posicionamento acerca do Direito Penal na esfera do Direito Ambiental, que em alguns casos mais atua na gestão do problema do que na repressão criminal:

Nada obstante, é temerário situar o Direito Penal na vanguarda da “gestão” do problema ecológico em sua globalidade. Isso, ainda que seja reiterada por alguns por alguns a necessária contextualização do meio ambiente, isto é, a ideia de que o meio ambiente não merece proteção penal enquanto tal, mas somente enquanto condição necessária para o desenvolvimento da vida humana. Pois, afinal, se tornou majoritária a tese de que neste, como outros bens supraindividuais, a referência aos interesses individuais que se veem contextualizados por aqueles é mera *ratio legis*, não sujeito a comprovação quando aplicado o tipo ao caso concreto. Em outras palavras, o protegido é simplesmente o contexto, com o que se assenta progressivamente a tendência de provocar a intervenção do Direito Penal tão logo seja afetado certo ecossistema em termos que superam os *standards* administrativos estabelecidos.

A expansão do Direito Penal não pode ocorrer sob o pretexto de ineficiência na aplicação de outros ramos do Direito para a tutela de bens jurídicos, sob pena de se desequilibrar a garantia dos bens supraindividuais e os direitos fundamentais individuais dos cidadãos, que passarão a conviver com um regras penais em evidente descompasso com princípios limitadores do direito de punir.

Importante destacar dois estudos recentes e provenientes da doutrina alemã, que abarcam muito bem a importância e o atual funcionamento do conceito de bem jurídico. Tais estudos foram traduzidos para o português com os seguintes títulos: “Sobre o recente debate em torno do bem jurídico”⁸⁴ e “O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque”⁸⁵, ambos produzidos por Roxin nos anos de 2010 e 2012, respectivamente, os quais sintetizam com lucidez a ideia do bem jurídico enquanto instrumento legítimo e capaz de limitar racionalmente a atividade legislativa.

A discussão em torno do bem jurídico acentuou-se com o ocaso da Segunda Guerra Mundial, trazendo o legislador para o debate. Coincidência ou não, é nesse mesmo período que surgem as sociedades de controle e o uso acentuado dos crimes de perigo abstrato. O Direito Penal mundial passava a ser fortemente influenciado por um sopro de pensamentos políticos que clamavam pela reafirmação das garantias fundamentais do cidadão (tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1.948), tão espezinhadas ao longo das Grandes Guerras.

Por sua vez, a economia crescia impulsionada pela descoberta de novos riscos, gerando um horizonte de insegurança e apreensão. O legislador recebia àquela época a difícil missão de conciliar o desenvolvimento econômico, a segurança social e a manutenção das garantias e direitos fundamentais. Esse complexo quadro social, formador de uma visível tensão entre o político e o jurídico, despertou a necessidade de reativar a discussão sobre o bem jurídico ante a produção legislativa. Reafirmação, rejeição ou uma terceira via para o bem jurídico penal?

Embora não tenha surgido como elemento construtivo da atividade legislativa, e ainda hoje seja predominante o pensamento pelo qual o bem jurídico tem sua finalidade proveniente da lei, tratando-se de um conceito normativo, dita concepção começa a mudar com a incorporação de toda carga axiológica inserida em diversos textos constitucionais, resultante do período posterior à Segunda Guerra (ROXIN, 2014b, p. 45).

Esse foi o marco temporal no qual as condições deixaram de ser apenas documentos portadores de simples orientações políticas e sem normatividade, sendo içadas para o topo da pirâmide jurídica, com reconhecida força normativa. HESSE (1991, p. 19-25) exalta a força normativa da Constituição, a qual deve atuar pautada no princípio da necessidade, encontrando o “germe material de sua força vital”, reconhecendo situações reais do presente

⁸⁴ O título original é “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, com tradução de Luiz Greco.

⁸⁵ O título original é “Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand”, com tradução de Alaor Leite.

para poder modular o futuro. Outrossim, Hesse realça que a força normativa da Constituição ganha concretização através da “vontade de Constituição”, que seria a realização prática das imposições embutidas no texto constitucional pelos agentes legitimados. Assim, o referido autor contesta a ideia de LASSALE (2003, p. 35 e ss.), para quem a Constituição seria apenas uma “folha de papel”, resultante “[...] dos fatores reais de poder que regem um país”.

A formação de um novo e atual estado constitucional repercutiu substancialmente na criação de tipos penais. Neste sentido, PALMA (2004, p. 273) assevera:

O Direito Penal tem, com efeito, uma inevitável âncora constitucional, na medida em que suas sanções são restrições fortíssimas dos direitos fundamentais e, por isso, têm de ser justificadas pela defesa necessária, adequada e proporcional de bens fundamentais”.

Apesar disso, ROXIN (2014a, p. 91-94) lembra que parte da doutrina nega a possibilidade de invalidar um tipo penal por não proteger bem jurídico. O autor traz a prática de atos sexuais em público (§ 183a StGB) como exemplo de crime sem violação de bem jurídico, concluindo que seria mais adequado estabelecer uma punição na seara administrativa para tal hipótese. Conclui que a utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional para invalidação de certos tipos penais é um caminho viável, merecendo maior estudo e aprofundamento.

Por isso, conforme mencionado, as definições em torno do bem jurídico não podem ter hoje outro caminho senão aquele da compatibilidade constitucional. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador deve estar fundamentado em diretrizes constitucionais, as quais fornecem um norte a ser seguido na construção de tipos penais, que serão verdadeiros postulados político-criminais. SCHÜNEMANN (2013, p. 44) sustenta que o bem jurídico funciona como uma “diretriz normativa”, envolvendo, porém, conteúdo extraídos da filosofia. Acrescenta a isso, ainda, o fato de que o legislador deverá respeitar princípios constitucionais, materiais e processuais ao elaborar tipos penais, tratando-se, num sentido mais amplo, de atender ao devido processo legal. Não há espaço, por exemplo, para criação de delitos que prescindam da demonstração da ofensividade ou mesmo que invertam o ônus de produção probatória, afetando o princípio universal da presunção constitucional de inocência.

A partir desta linha de raciocínio, é possível afirmar que o legislador tem legitimidade para eleger a maneira pela qual irá regular a proteção de bens em situação de perigo, incluindo os crimes de perigo abstrato, contanto que deixe evidente qual o bem jurídico a ser protegido. Entretanto, partindo da premissa pela qual o legislador penal não pode construir

um quadro ilimitado de expansão, transgredindo princípios e garantias constitucionais, inclusive, criminalizando ao sabor das concepções morais, deixando a margem de legalidade o direito das minorias⁸⁶.

O bem jurídico tem a função de servir justamente como instrumento limitativo, orientando eventual declaração de inconstitucionalidade ou mesmo guiando a atividade de complementação judicial dos tipos penais. Portanto, pode-se afirmar que o conceito de bem jurídico deve ser observado sob a ótica da política criminal, uma vez ser a partir desse viés que a dogmática é melhor construída, com possibilidade de limitações reais e racionais ao poder legislativo incriminador.

A visceral ligação entre bem jurídico penal, direitos fundamentais e política criminal reforça a conexão entre espaços jurídicos (penal e constitucional) a serem harmonicamente respeitados pelo legislador, o qual não poderá banalizar a criminalização de condutas, sob pena de inconstitucionalidade. O conceito de bem jurídico de ROXIN (2014b, 47) parece ser o mais adequado, ao definir que “bens jurídicos seriam dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para realização dos seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema penal baseado nessas finalidades”⁸⁷.

Nesse contexto, o melhor caminho a seguir é adotar uma teoria do bem jurídico com amparo político-criminal constitucional, pois somente dessa maneira ter-se-á um *standard* normativo qualificado para conter a expansão penal pela via de um conceito crítico ao legislador.⁸⁸ Essa concepção constitucional do bem jurídico seria uma consequência até mesmo natural e resultante do fenômeno de constitucionalização do direito.

Entretanto, um problema principal surge dessa premissa: a grande abertura principiológica das constituições pós-Segunda Guerra Mundial, que tem produzido um grau indesejado de imprecisão para o bem jurídico penal. Tal fato resta bem desenhado pelo reconhecimento legislativo de pretensos bens jurídicos coletivos no horizonte da expansão penal, criados com o propósito de legitimar determinados tipos penais que não são mais do

⁸⁶ SCHÜNEMANN (2013, p. 54) e ROXIN (2014a, p. 88) acrescentam sobre esse ponto que o propósito liberal sobre a ideia de bem jurídico é justamente evitar que a maioria imponha em detrimento da minoria a criminalização de condutas fundamentadas em questões políticas, religiosas ou sexuais, lembrando, ainda, quão manipulável é a opinião pública em matéria legislativa.

⁸⁷ Não muito diferente, GRECO (2011, p. 89) entende que bens jurídicos seriam “dados fundamentais para realização pessoal dos indivíduos ou para subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”. Para nós, dentre tais conceitos, dois elementos são essenciais: i) proteção de bens jurídicos fundamentais aos indivíduos; e ii) previstos numa constituição.

⁸⁸ ROXIN (2014a, p. 91-93) recorda que os antigos delitos contra moralidade (*Sittlichkeitsdelikte*) foram reduzidos pelo legislador alemão, através das reformas de 1969 e 1973, adotando-se de uma concepção crítica do bem jurídico como resultado de sua função político-criminal. O autor segue afirmando que a ideia de apoiar constitucionalmente a teoria crítica ao legislador pode hoje ser considerada como majoritária.

que a soma de várias condutas individuais e ilícitas a determinados bens jurídicos concretos⁸⁹. Persiste, assim, a dupla necessidade de descobrir quais são os bens jurídicos portadores de dignidade penal e ainda aqueles que podem verdadeiramente ser qualificados como bens coletivos.

Adotando, então, a teoria dualista do bem jurídico de bens individuais como de bens coletivos⁹⁰, e sem perder de vista que o conceito material de crime não pode violar postulados constitucionais, identifica-se um caminho que parece propício a estabelecer critérios capazes de guiar as atividades legislativa e judicial, tendo como bússola a concepção político-criminal de bem jurídico, a saber: i) tipos arbitrários, calcados em razões ideológicas e transgressores de direitos fundamentais, não amparam bens jurídicos; ii) imoralidades não ofendem bens jurídicos; iii) lesão à própria dignidade não agride qualquer bem jurídico; iv) a proteção de sentimentos somente se caracteriza como bem jurídico em casos de ameaças reais; v) a permissão, o apoio e a própria autolesão, caso sejam realizados de forma consciente, não lesionam bens jurídicos; vi) tipos penais simbólicos não protegem bens jurídicos; vii) tabus não podem ser reconhecidos como bens jurídicos; e viii) objetos dotados de abstração e impalpabilidade⁹¹ não podem ser qualificados como bens jurídicos.

Essas balizas ainda podem ser acrescentadas por mais uma, atrelada ao pensamento doutrinário alemão (Roxin, Schünemann, Hefendehl e Amelung) que defende a

⁸⁹ GRECO (2011, p. 82-83) chega a questionar-se sobre a possibilidade de limitação dos poderes legislativos diante de constituições extremamente abertas e analíticas, como é o caso da brasileira, onde seria legítima até mesmo a criminalização do homossexualismo com a finalidade de proteger a família e a moralidade (artigos 226 e 221, inc. IV, ambos, respectivamente, da Constituição Federal Brasileira). O autor, todavia, conclui que a limitação é possível sim, exemplificando que a própria criminalização do homossexualismo deverá ruir ante direitos fundamentais como liberdade de privacidade, os quais prevaleceriam sobre a família e a moralidade.

⁹⁰ Conforme GRECO (2011, p. 86), a teoria monista-pessoal do bem jurídico não reconhece somente a coletividade como objeto de proteção penal, exigindo uma referência individual. Entretanto, é praticamente pacífica a existência de bens que nem sempre permitem a individualização, como o meio ambiente, por exemplo. Ainda teria a teoria monista-estatal que reconhecer o bem jurídico enquanto interesse estatal. Contudo, essa teoria perdeu sustentação pela sua natureza autoritária.

⁹¹ ROXIN (2014b, p. 49) adverte a impossibilidade de reconhecer como bens jurídicos objetos abstratos e impalpáveis, tais como “a paz pública”, bem como aqueles que se revestem de conceitos gerais, como “a saúde pública”. GRECO (2011, p. 88) sedimenta o entendimento de Roxin, expressando sua insatisfação quanto aos conceitos como “ordem pública”, “segurança pública”, “incolumidade pública”, “confiança” e tudo mais que possa ser extraído de conceitos ideais em detrimento de conceitos concretos, donde conclui que o melhor é o referencial ao bem jurídico enquanto realidade. Greco finaliza seu pensamento explicando que não se trata somente de uma realidade empírica, pois a honra seria um exemplo de bem jurídico real, embora não seja verificável empiricamente. FIGUEIREDO DIAS (2009, p. 483-484) anota, nesse contexto, que as alterações promovidas pelo legislador português na Revisão do Código Penal de 1.995 terminaram por excluir o termo “saúde” dos crimes de perigo comum, e que “[...] o desaparecimento da saúde pública como referencial axiológico de caráter coletivo, denota a pretensão do legislador de deslocar a questão da natureza comum do crime para o plano do perigo concreto e dos bens jurídicos (pluri) individuais por ele atingidos, exigindo uma maior conexão entre aquela natureza comum e o problema da concretização do perigo”.

desconstrução dos falsos bens coletivos, reconhecendo-os, por meio da interpretação, como crimes de perigo abstrato que protegem bens jurídicos individuais. (GRECO, 2011, p. 95)

Argumenta a referenciada doutrina alemã, segundo GRECO (2011, p. 95 e ss.) que um bem verdadeiramente coletivo deve ser marcado pela sua natureza não distributiva, ou seja, quando ele é gozado de maneira indivisível entre os indivíduos: vida e propriedade são gozadas individualmente, mas o meio ambiente ou a probidade da administração pública são aproveitados concomitantemente por todos; a saúde pública, nesse contexto explicativo, seria um falso bem coletivo, eis que seria apenas a soma de várias integridades físicas isoladamente. Em resumo, quanto aos reais bens coletivos, a técnica legislativa mais adequada de proteção seria aquela que não pressupõe simultâneas lesões a bens individuais.

Neste compasso, para contextualizar a exposição do que foi mencionado neste momento, é importante destacar as teorias e propostas legislativas⁹² no tocante ao enriquecimento ilícito, e a pretensão de sua criminalização nos casos em que o Estado não identifica a origem criminosa dos rendimentos auferidos pelo cidadão.

O ordenamento jurídico constitui um sistema unitário, que apenas é dividido para fins didáticos, uma vez que as várias normas existentes possuem em sua característica

⁹²; PL 21/2011; PL 315/2015; PL 1492/2015; PL 2025/2015; PL2811/2015; PL 3294/2015; PL 3389/2015; PL 3925/2015; PL 3989/2015; PL 7146/2017; PL 8151/2017; PL 9594/2018; PL 10171/2018; PL 82/2019; PL 493/2019, todos apensados ao PL 5363/2005, que tem como justificativa: O aperfeiçoamento das normas penais nacionais, compatibilizando-as com as normas programáticas Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção permitem o efetiva compreensão deste fenômeno contemporâneo. Nosso código penal é silente sobre a matéria. É a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que ao definir os atos de improbidade administrativa, praticados por qualquer agente público, contempla, basicamente, três categorias de atos de improbidade administrativa: 1) – atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; 2) – atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; 3) – atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (arts. 9º, 10 e 11). Estabelece as seguintes penas no art. 12: 1) – perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; 2) – ressarcimento integral do dano causado; 3) – perda da função pública; 4) – suspensão dos direitos proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios, incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário" (Marcelo Figueiredo Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 13). A citada lei destaca os aspectos do "enriquecimento ilícito", o artigo 1º enuncia que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei. Ao que se vê, a lei 8429/92, pela sua natureza administrativa e civil, não traduz a conduta típica na sua essência normativa e além do mais, não teria o condão de imprimir reprimenda no âmbito penal. Por outro lado a Convenção Interamericana Contra a corrupção estabelece que funcionário público, do governo ou servidor, é qualquer empregado selecionado, nomeado ou eleito para exercer atividade em nome do Estado em qualquer nível hierárquico. No Brasil, a definição de funcionário público no artigo 327 do Código Penal aplica-se apenas "a quem exerce cargo, emprego ou função pública", deixando de lado os exercentes de mandato eletivo. Necessário se faz a ampliação do conceito para melhor incidências das normas punitivas. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=311439&filename=Tramitacao-PL+5363/2005, acesso em 30.01.2021

constante interação entre si. Trata-se de um conceito relacional, o que significa afastar o conceito ontológico da norma dentro de um sistema jurídico.

Esta unidade do ordenamento jurídico, muito embora seja reconhecida sua extrema complexidade, é verificada pela razão de que todas as normas possuem um nascedouro único, à partir de uma regra matriz, conforme ensinamento de BOBBIO (1989, p. 48/49):

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos a atenção até agora, não exclui sua unidade. Não poderíamos falar em ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário. Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen.

Este conceito relacional da norma remete à sua própria condição de validade, uma vez que para que seja considerada válida, deve-se analisar qual a norma anterior lhe conferiu validade. (FERRAZ JR, 2000, p. 106)

Tendo em vista a necessidade de considerar a ciência jurídica como um todo, e de observar todos os ramos do direito relacionados ao tema, é inevitável a incidência das normas constitucionais incidindo sobre o Direito Civil tradicional, o que consequentemente trouxe a tona novos princípios passíveis de aplicação nas relações obrigacionais, sendo assim, a interpretação das normas contidas no Código Civil não devem se limitar apenas a este diploma, muito pelo contrário, deve-se buscar sua adequação às demais normas jurídicas do ordenamento, principalmente a Constituição Federal. Essa atenção especial à norma constitucional é consequência da proteção aos direitos humanos e individuais que tal diploma tem como conteúdo, tornando-se uma ampla fonte de direitos e garantias fundamentais para a organização do Estado.

Com tal incidência das normas constitucionais no campo das obrigações, princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da liberdade, da justiça social e da solidariedade, determinaram uma alteração estrutural nas relações jurídicas, criando novos valores a serem seguidos. Consequentemente, surgiram novos deveres para as relações obrigacionais, considerados secundários em relação à obrigação propriamente criada na relação jurídica, quais sejam a boa-fé no prisma da justiça social e na solidariedade, o que sustenta o chamado princípio da função social do contrato.

Como consequência disto, fica descabido ao ordenamento jurídico brasileiro, a admissão do enriquecimento indevido, que acarretaria na autorização de relações jurídicas maculadas pela disparidade entre as partes, transferências de bens sem a obrigação de uma

contraprestação, ou seja, movimentação de riquezas e recursos, acréscimo patrimonial sem uma causa que justifique.

O veto ao enriquecimento sem causa é sustentado pela Constituição Federal, através de seus princípios e garantias, mesmo que o diploma constitucional não trate de forma expressa sobre tal tema, pois tal disposição é resguardada a esfera infraconstitucional, no caso o Código Civil é quem possui a competência para dispor expressamente sobre normas expressas para vedação do enriquecimento injustificado, logicamente não conflitando com o texto constitucional.

O Código Civil enuncia no seu título VII (Atos Unilaterais), capítulo IV (Negócios Unilaterais), suas disposições sobre o Enriquecimento Sem Causa, a saber:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido

Aqui é fundamental o esclarecimento de que o enriquecimento sem causa, ainda que gere prejuízo a outrem e não perpassa a esfera do ilícito civil, não deve ser confundido com o enriquecimento ilícito, que é aquele advindo de conduta criminosa, portanto vedada pela Lei, conforme preceitua o artigo 91 do Código Penal⁹³.

Dentro dos efeitos secundários extrapenais genéricos verificados na alínea b) acima transcrita, a lei penal prevê expressamente uma modalidade especial de confisco, promovido pelo Estado, com o propósito duplo de coibir a profusão de instrumentos inidôneos à prática de infrações penais e de impedir o locupletamento patrimonial ilícito originado em atividade criminosa, quando esta é devidamente reconhecida em sentença penal condenatória.

Não obstante a expressa previsão legal do Código Penal com relação à perda dos bens e valores advindos de prática criminosa reconhecida, a Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 7º, I, também determinou de maneira redundante que os valores advindos do crime de lavagem de dinheiro devem ser confiscados em favor da União.

⁹³ Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; a) Dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) Do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso

O desvalor entre as condutas de enriquecimento sem causa ou de forma ilícita dentro do Direito Civil, e o enriquecimento ilícito oriundo de atividade criminosa é nítido, contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro a tipificação penal da segunda possibilidade, uma vez que, até então, esta condição deverá ser uma consequência lógica do crime que visa o locupletamento ilícito, sendo discutível, nesta seara, em caso de punição com pena privativa de liberdade o enriquecimento ilícito criminal devidamente reconhecido pelo Poder Judiciário, uma possibilidade de *bis in idem* na aplicação da sanção, o que resultaria em flagrante inconstitucionalidade.

Muito embora tal circunstância, destaca-se o artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, passando a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006:

Artigo 20

Enriquecimento ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

A norma acima pode referenciar, claramente, a interferência da globalização no Direito Penal, representada pela sociedade de risco que tem gerado uma hipertrofia de normas incriminadoras, com o surgimento de novos bens jurídico-penais, novas condutas descritas em leis penais esparsas na ânsia de abarcar todo e qualquer comportamento que venha, até mesmo, a colocar em perigo – crime sem dano – aquilo que se busca tutelar. (SILVA, 2010, p. 38)

Muito embora o artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção aponte a necessidade de tipificação penal da conduta de enriquecimento ilícito, o faz através de uma mera sugestão e que a proposta deve se sujeitar à soberania constitucional e aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico de cada Estado. Uma vez já existir no Brasil diversas regras que disciplinam a questão neste assunto, bem como pela clareza do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que versa sobre a presunção de inocência, a recomendação não pode ser adotada na seara penal.

Caso não haja comprovação da origem do dinheiro percebido, a discussão se acirra uma vez que o bem jurídico protegido, quando não identificada a ilicitude que deu origem ao patrimônio não explicado, encontra barreiras à aplicação da norma penal. Neste sentido,

configurar-se-ia a criminalização desta conduta em um crime de mera suspeita⁹⁴, ou seja, uma figura penal que tem por função auxiliar processualmente a punição por um fato mais grave.

Isso remete à problemática mácula da presunção de inocência, uma vez que a acusação, mediante a alegação de que os valores declarados são incompatíveis com os recebimentos lícitos, passará ao acusado o ônus de demonstrar qual o outro meio lícito existente para justificar o patrimônio. Caso não o faça, será condenado, o que significa dizer que, em relação à comprovação de outro meio ilícito, inverte-se o ônus da prova, maculando inclusive o direito constitucional de permanecer em silêncio, sem que isso lhe cause prejuízo do trâmite processual.

No caso específico do enriquecimento sem causa, em que o servidor público não explica a origem dos rendimentos/patrimônio conquistado, a Lei nº 8.429/1992, em seu artigo 9º, VII⁹⁵, configura ilícito de improbidade administrativa, tendo como pena o perdimento de tais valores e outras sanções administrativas.

No ordenamento jurídico, portanto, já há previsão legal para punir com rigor adequado tais condutas, sem necessidade de expandir o Direito Penal. Na busca de uma análise escorreita e coerente dos atos normativos produzidos por parte do Estado, as linhas de pensamento que diferenciam os ilícitos por seu conteúdo prestam importante contribuição com vista a inibir eventuais excessos do Poder Público. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p.164).

Não se pode conceber a repressão penal dos reflexos de condutas já puníveis pela norma penal, tampouco a repressão na esfera criminal de aumento patrimonial sem que se tenha ideia de qual bem jurídico foi vilipendiado para movimentar a persecução punitiva.

⁹⁴ Conforme CAIERO (2013, p. 471), crime de suspeita é aquele “cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciam o patrimônio incongruente”.

⁹⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

A penalização de determinado comportamento demanda a avaliação sobre a possível efetividade de outras formas de inibição da conduta, menos graves e invasivas do que a repressão penal. O princípio da subsidiariedade não pode ser renegado e lido apenas como um mandamento sem efetividade, mas sim indica o direito penal como *ultima ratio* a controlar determinados atos, diante de seus evidentes efeitos colaterais pessoais e sociais.

Em razão de vigorar atualmente uma sociedade capitalista e globalizada, regras que buscam coibir práticas delituosas que desequilibrem o mercado estão sendo desenvolvidas e padronizadas, na medida do possível, para que o capital possa circular livremente sem qualquer tipo de insegurança jurídica ou surpresas que não as já inerentes ao próprio capitalismo.

Os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como as legislações internas relativas ao combate a delitos econômicos, além de buscarem coibir atos de corrupção – por serem estes moral e eticamente reprováveis –, têm em sua finalidade proteger o mercado contra a concorrência desleal, que tanto atinge empresários idôneos, propulsores da geração de riquezas e de empregos, fatores essenciais ao desenvolvimento econômico e social de qualquer nação.

Diante disso, implica em considerar que a harmonização do sistema sancionatório, no quadro do espaço territorial de países unidos por uma eficaz integração regional ou global, é uma forma de garantir aos povos a concretização de uma justiça proba e uniformizada.

A criação de figuras penais de direito material para a compensação de dificuldades processuais deve ser vista com reservas, na medida em que as garantias probatórias derivadas do sistema acusatório são severamente mitigadas. A legitimidade da figura penal sob a forma de crime de suspeita não se sustenta, caso não se demonstre a insuficiência da norma sancionadora equivalente da lei de improbidade administrativa ou de institutos extrapenais (ou acessórios à aplicação de penalidade) como o confisco. A dificuldade de comprovação do ilícito anterior não pode ser causa de justificação para se mitigar garantias constitucionais do acusado, tampouco para afastar a subsidiariedade do direito penal, expandindo-o de maneira desarrazoada.

Ao Estado, portanto, caberá aplicar a legislação existente. Todas as concessões possíveis que podem ser realizadas estão no corpo das mencionadas normas, e fora disso, é vedada a celebração de acordos no sentido de não se aplicar as sanções correspondentes, em sede administrativa ou penal. O mais importante é ter em conta que em sendo o *jus puniendi* estatal um poder indivisível, devem ser respeitadas as garantias constitucionais vinculadas à

esta circunstância com relação às pessoas investigadas, julgadas e condenadas, sejam elas físicas ou jurídicas.

A orientação político-criminal pautada na Constituição jamais pode ser relegada a segundo plano, sob pena de se conceber proteções penais a bens jurídicos de maneira a ferir a subsidiariedade do Direito Penal, conduzindo a um quadro de expansão que, por fim, acarreta em violência como fim, em afronta aos rol de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário.

CAPÍTULO 4 – POLÍTICA CRIMINAL E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ENVOLVENDO TIPOS PENAIIS ABERTOS E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

4.1. A lógica da expansão em crimes econômicos – a criminalização do inadimplente tributário de ICMS mediante tipos penais abertos

O Brasil vive às voltas com problemas de arrecadação tributária, buscando, ao longo do tempo, modernizar e implementar mecanismos mais efetivos de fiscalização e combate à sonegação fiscal.

A partir deste panorama, o Estado passou a criar tipos penais com a finalidade de impelir o contribuinte a honrar com suas obrigações perante o Fisco, possibilitando, inclusive, a extinção da punibilidade pelo pagamento, mesmo após recebimento da denúncia, benesse não verificada em outros delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Tampouco admite, nestes crimes fiscais, a prática da conduta culposa, sendo que a Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, apenas reconhece a conduta culposa em alguns delitos contra as relações de consumo.

O presente trabalho visa analisar, a partir desta ótica interpretativa e de política criminal que vem sendo adotada ao longo do tempo pelo poder público, como o delito previsto no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, que trata da apropriação indébita tributária, vem sendo analisada pelo Poder Judiciário, especificamente no que se refere ao ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Recentemente, foi julgado, no plenário do Supremo Tribunal Federal, um Recurso em Habeas Corpus de nº 163.334, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que se definiu, por maioria, ao contrário do que vinha sendo entendido pelo Superior Tribunal de Justiça (que recentemente mudou de entendimento), que o comerciante que destaca o ICMS do preço final pago pelo consumidor e não o recolhe ao Fisco, mesmo declarando o débito, comete crime de apropriação indébita tributária.

No caso, o encargo financeiro foi repassado ao adquirente definitivo da mercadoria ou serviço prestado, sem que este fosse considerado o sujeito passivo da relação tributária principal, permanecendo o comerciante como contribuinte de direito nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional.

Diante disso, alguns questionamentos passaram a ser feitos, especificamente com relação a forma pela qual os argumentos decisórios foram explicitados, bem como pelas controvérsias dogmáticas e até mesmo de competência do Poder Judiciário para alargar o conteúdo da norma penal, que se registraram no julgamento realizado pelo Pretório Excelso.

O dispositivo legal em análise equiparou a conduta do contribuinte, que cobrou ou descontou de terceiro (consumidor final), valores de ICMS, porém não recolheu aos cofres públicos, ao crime de apropriação indébita previsto no artigo 168 do Código Penal⁹⁶.

Antes de adentrar nos detalhes sensíveis que envolvem o reconhecimento ou não de tal conduta como delito de apropriação indevida, importante aferir, analiticamente, sua estrutura típica, para que, posteriormente, seja realizada a verificação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RHC 163.334.

Não havia distinção entre furto e apropriação indébita no direito romano. A partir da Idade Média, o fato passou a ser considerado como furto impróprio, com pena mais branda do que a cominada ao denominado furto próprio. A configuração da apropriação indébita como crime autônomo se deveu ao Código Penal francês, de 1791, com o nome de “abuso de confiança”, o que também fora adotado no código napoleônico (1808) e, por influência deste, nos códigos português e suíço. (FRAGOSO, 1986, p. 353-354)

O bem jurídico tutelado, nestes dois tipos penais, por tratarem de apropriação, é o patrimônio alheio. No caso do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, especificamente, protege-se o sistema de arrecadação fiscal, bem como a saúde financeira dos Estados para fazer frente aos gastos públicos essenciais à vida em sociedade.

Como tipo objetivo, consiste em apropriar-se de coisa alheia móvel, de que o agente tem a posse ou a detenção de maneira, originalmente, lícita. Esta posse deve ser, por consequência, em nome alheio, de uma terceira pessoa, devendo haver uma relação de domínio sobre o bem, ao ponto de poder dele dispor em momento posterior.

Para a verificação da materialidade, há que se constatar a realização do verbo, por parte do sujeito ativo, de apropriar-se do bem móvel, no todo ou em parte, ou seja, assenhorear-se, fazê-lo próprio, algo que não era ou que não passa a ser de sua propriedade de maneira legítima. Neste sentido, é “indispensável fato exterior que constitua ato de domínio e revele o propósito de apropriar-se, invertendo o título da posse e incorporando-a ao seu patrimônio”. (FRAGOSO, 1986, p. 357-358)

⁹⁶ Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção”.

Isso significa dizer que o bem não era, originalmente, do agente, mas que este recebeu a posse de maneira lícita, sem que houvesse, até então, a vontade de assenhoreamento. O tipo subjetivo dolo de apropriação ocorre no momento subsequente à conduta de conquista da posse do bem, pois caso o dolo fosse no antecedente, outras figuras típicas patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa poderiam, conforme o caso, ser verificadas, como o furto ou o estelionato, por exemplo.

Tratam-se, portanto, tanto o crime previsto no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, quanto o previsto no artigo 168 do Código Penal, de apropriações indébitas, com propriedades e requisitos similares, que apenas diferem quanto ao objeto no primeiro caso, que especialmente define a apropriação de tributos recebidos e descontados por terceiro que não seja o sujeito passivo que ocasionou o fato gerador da obrigação tributária principal.

O pressuposto do crime de apropriação indébita, deste modo, é a anterior posse lícita do bem alheio, do qual o agente se apropria indevidamente, havendo alteração no título da posse, uma vez que o novo possuidor passa a agir como se dono fosse da coisa alheia. É fundamental a existência do elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria. (BITENCOURT, 2014, p. 104-105)

No caso do ICMS, as elementares do tipo com relação ao delito do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 são os termos “descontado ou cobrado”, o que diz respeito a antijuridicidade. Contudo, o que se verifica, e a grande discussão sobre o tema versa sobre a natureza do desconto ou da cobrança deste tributo específico, uma vez que, contabilmente, os valores costumeiramente são anotados como patrimônio do comerciante, que, após declarar a quantia em seus registros financeiros, deixa de recolhê-la ao Fisco no prazo legal.

O enquadramento deste registro contábil, no tocante ao imposto destacado na nota fiscal de venda ao consumidor final é fundamental para que se verifique se o tipo penal de apropriação encontra-se presente ou não, uma vez que o dolo de apropriação deve inferir-se de bem de terceira pessoa, que se detém a posse recebida legitimamente.

O tipo subjetivo, portanto, é o dolo de apropriação, em proveito próprio ou alheio, tendo a capacidade contributiva constatada no caso concreto. O dolo é subsequente, como dito, ao transformar a natureza da posse legítima em ilegítima, sendo relevante destacar que a vontade dirigida não seria posterior a ação como um todo, mas apenas no momento em que, já de posse do bem, o agente decide apropriar-se dele.

Para que se permita aferir detalhadamente toda a problemática envolvendo o delito em análise, fundamental se faz a verificação da decisão proferida no RHC 163334, julgado

pelo Supremo Tribunal Federal, para, após, proceder-se o estudo dogmático acerca das sensíveis questões que circundam a matéria.

Na data de 18/12/2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou um Recurso em Habeas Corpus (RHC 166334), interposto pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e benefício de Vanderléia Silva Ribeiro Schumacher e Robson Shumacher, visando restabelecer a sentença penal absolutória que os absolveu do delito descrito no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

Na oportunidade, o RHC de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso foi entendido, por maioria de votos, pelo desprovimento, fixando a tese de que o não recolhimento do tributo de ICMS embutido no valor da mercadoria ou serviço do consumidor final, por parte do comerciante, configura crime de apropriação indébita tributária, ainda que devidamente declarado em guia própria ou em livros fiscais.

O entendimento da maioria do Pretório Excelso foi de que o empresário (responsável direto pelo recolhimento), ao embutir no preço do produto ou serviço prestado o valor do ICMS e destacá-lo nos registros fiscais, passa a dispor de valor de tributo integrante da esfera jurídica de terceiro.

O ministro asseverou que a quantia do ICMS cobrada nas sucessivas operações não integra o patrimônio do comerciante, que seria um mero depositário desse numerário. No mesmo sentido já se manifestou o próprio Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706, de relatoria da Min. Carmem Lúcia, tendo sido inclusive conferido repercussão geral⁹⁷. Neste *decisum*, especificamente, foi definido que o ICMS não integra o patrimônio do sujeito passivo e, em razão disso, não compõe a base de cálculo do PIS e COFINS. (STF, 2019)

A partir deste entendimento, foi decidido que a conduta não equivale a mero inadimplemento tributário, e sim à apropriação indébita tributária, uma vez que o desvalor da ação está em tomar para si numerário que, em tese, não lhe pertence.

Utilizando um argumento político criminal, o Ministro Relator indicou que dentre as motivações da decisão estava o entendimento de que com a arrecadação de tributos, são financiadas as políticas públicas de desenvolvimento do país, buscando assegurar os direitos fundamentais previstos da Constituição da República. O ICMS, segundo manifestou em sua explicação, seria o imposto mais sonegado pelos contribuintes, bem como é a principal fonte de receita dos Estados. (STF, 2019)

⁹⁷ Tema 69 – O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e COFINS.

Em razão disso, o impacto pelo inadimplemento deve ser combatido, e ao se considerar crime a apropriação indébita tributária, o impacto sobre a arrecadação dos Estados será bastante significativo. O desequilíbrio competitivo, segundo o Ministro, também é relevante e merece guarida no direito penal. Empresas que habitualmente deixam de recolher o tributo dispõe de vantagens concorrenciais em relação aos comerciantes que agem conforme a lei. (STF, 2019)

Mencionou ainda, em seu voto, que a divergência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça considerando atípica a conduta de não recolher o ICMS destacado no preço pago pelo consumidor final acarretou na declaração de valores sem recolhimento, para que assim houvesse a descaracterização do enquadramento do crime de sonegação fiscal para o delito de apropriação indébita. (STF, 2019)

Segundo o voto vogal do Min. Edson Fachin, que acompanhou o Relator na maioria, “o valor do tributo cobrado a título de ICMS não integra o patrimônio do contribuinte. Ao revés, o contribuinte age com contornos semelhantes aos de um depositário.” (STF, 2019)

Em voto divergente, o Min. Gilmar Mendes mencionou a impossibilidade de se considerar que o valor suportado economicamente pelo consumidor final possa ser compreendido como alheio ao patrimônio do sujeito passivo da relação tributária principal, o que descaracteriza o ilícito de apropriação. O valor do ICMS que o comerciante deve pagar é embutido no preço final da mercadoria ou serviço, assim como está embutido o salário dos empregados, o aluguel do estabelecimento comercial, e demais despesas operacionais. (STF, 2019)

Diante do julgamento que criminaliza a conduta do comerciante nestes termos, denota-se que algumas imprecisões conceituais foram cometidas, o que demanda uma análise mais detida dos pontos sensíveis, uma vez que esta decisão rompe com uma jurisprudência até então consolidada do Superior Tribunal de Justiça, conforme o próprio Min. Relator destacou. (STF, 2019)

A declaração dos débitos tributários por parte do empresário, até então, não ensejava crime pelo inadimplemento, por expressa vedação constitucional. O empresário que possui um parecer ou uma consultoria jurídica que o oriente desta forma, por exemplo, parece poder elidir totalmente a configuração do dolo.

Outra situação bastante complexa diz respeito a figura do chamado devedor contumaz, que foi mencionado pelo julgamento para que seja uma espécie de pré-requisito

para o perfazimento do tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, uma vez que se utilizaria do inadimplemento para obter vantagens no mercado concorrencial.

Conforme manifestado no voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, há que se separar o mero inadimplente do devedor contumaz. Tal assertiva determina, sem qualquer critério objetivo do que configura um contribuinte como devedor contumaz, um ativismo judicial que inclui uma elementar no tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, desprovida de qualquer significado concreto ou de autorização legislativa para tanto.

Se instituiu, portanto, por interpretação judicial, um elemento de norma penal em branco, em que o complemento apenas seria possível normativamente, mas que pelas circunstâncias acarretará, possivelmente, em interpretações totalmente diversas, de acordo com o juízo de valor de cada magistrado. O que se tem, atualmente, é que alguns Estados em suas normas estaduais, delimitam o que vem a ser um devedor contumaz, porém, com disparidades relevantes entre eles.

Apenas a título de exemplo, o Estado do Paraná, no Decreto nº 6.080/2012, em seu artigo 653, parágrafo 1º, I e II, estabelece o não pagamento de oito meses consecutivos ou não, nos doze meses do período considerado, bem como trinta por cento do patrimônio líquido, apurado em seu último balanço patrimonial ou trinta por cento do faturamento anual declarado em GIA/ICMS ou EFD para o devido enquadramento do contribuinte como devedor contumaz⁹⁸.

Já no Estado de São Paulo, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.320/2018, em seu artigo 19, I e II, os devedores contumazes serão aqueles que possuírem débitos de ICMS declarados e não pagos relativamente a seis períodos de apuração, consecutivos ou não, nos doze meses anteriores, bem como os que possuírem débitos de ICMS inscritos em dívida ativa que totalizem valor superior a quarenta mil Unidades Fiscais do Estado de São

⁹⁸CAPÍTULO III

DO REGIME ESPECIAL DE CONTROLE, DE FISCALIZAÇÃO E DE PAGAMENTO APLICÁVEL AOS CONTRIBUINTES CONSIDERADOS DEVEDORES CONTUMAZES

Art. 653. A CRE poderá determinar regime especial de controle, de fiscalização e de pagamento, aos contribuintes considerados devedores contumazes, visando o cumprimento de suas obrigações, nos termos deste Capítulo (art. 52 da Lei n. 11.580/1996). § 1.º Considera-se devedor contumaz o contribuinte que, alternativamente: I - considerando cada estabelecimento, deixar de recolher o ICMS declarado em Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA/ICMS, Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária - GIA-ST ou apurado por meio da EFD - Escrituração Fiscal Digital, no todo ou em parte, relativo a oito períodos de apuração do imposto, consecutivos ou não, nos doze meses do período considerado; II - considerando todos os estabelecimentos da empresa sediados neste Estado, tiver créditos tributários inscritos em dívida ativa no Estado em valor superior a: a) trinta por cento do patrimônio líquido, apurado no seu último balanço patrimonial; ou b) trinta por cento do faturamento anual declarado em GIA/ICMS ou EFD

Paulo – UFESPs, e correspondam a mais de trinta por cento de seu patrimônio líquido, ou a mais de vinte e cinco por cento do valor das operações de saídas e prestações de serviços realizadas nos doze meses anteriores⁹⁹.

Por sua vez, o Estado do Espírito Santo, através da Lei nº 7.000/01, especificamente no artigo 67-B, considera devedor contumaz aquele contribuinte que deixar de recolher o imposto declarado no Documento de Informações Econômico-Fiscais – DIEF – ou escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente a cinco meses, consecutivos ou alternados, ou tenha débitos inscritos em dívida ativa, cujo valor total seja superior a três vezes o montante do seu patrimônio líquido, apurado no seu último balanço patrimonial¹⁰⁰.

Por fim, o Estado do Mato Grosso do Sul, na Lei nº 7.098/98, considera em seu artigo 47 – L que devedor contumaz é aquele que deixar de recolher o ICMS declarado, por quatro meses consecutivos ou oito meses intercalados, nos doze meses anteriores ao último inadimplemento¹⁰¹.

Conforme se denota, cada um dos quatro Estados utilizados como parâmetro de comparação estabelecem critérios objetivos distintos. A definição é, como dito, objetiva, não admitindo interpretação casuística como, por exemplo, no caso do que vem a ser “decoro”. A regra estabelecida no julgamento do Supremo Tribunal Federal (RHC 163.334), de que há que se verificar a caracterização do contribuinte como devedor contumaz para incidir no tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, não poderá utilizar os parâmetros das leis

⁹⁹CAPÍTULO VI

Dos Devedores Contumazes

Artigo 19 - Ficará sujeito a regime especial para cumprimento das obrigações tributárias, na forma e condições previstas em regulamento, o devedor contumaz, assim considerado o sujeito passivo que se enquadrar em pelo menos uma das situações: **I** - possuir débito de ICMS declarado e não pago, inscrito ou não em dívida ativa, relativamente a 6 (seis) períodos de apuração, consecutivos ou não, nos 12 (doze) meses anteriores;

II - possuir débitos de ICMS inscritos em dívida ativa, que totalizem valor superior a 40.000 (quarenta mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs e correspondam a mais de 30% (trinta por cento) de seu patrimônio líquido, ou a mais de 25% (vinte e cinco por cento) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas nos 12 (doze) meses anteriores.

¹⁰⁰ **Art. 67-B.** O contribuinte será considerado devedor contumaz e poderá ser submetido a regime especial de fiscalização, conforme dispuser o Regulamento, quando, reiteradamente, deixar de recolher o imposto devido na forma e nos prazos regulamentares. § 1º Para os fins de que trata este artigo, considerar-se-á devedor contumaz o contribuinte que: **I** - deixar de recolher o imposto declarado no Documento de Informações Econômico-Fiscais – DIEF – ou escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente a cinco meses, consecutivos ou alternados; ou **II** - tenha débitos inscritos em dívida ativa, cujo valor total seja superior a três vezes o montante do seu patrimônio líquido, apurado no seu último balanço patrimonial.

¹⁰¹ **Art. 47-L. (.....)**

(.....)

§ 1º Considera-se como devedor contumaz o sujeito passivo que alternativamente: **I** - deixar de recolher o ICMS declarado, por 4 (quatro) meses consecutivos ou 8 (oito) meses intercalados, nos 12 (doze) meses anteriores ao último inadimplemento; **II** - tiver crédito tributário inscrito em dívida ativa, relativo ao ICMS declarado e não recolhido no prazo legal, abrangendo mais de 4 (quatro) períodos de apuração, em valor e/ou percentual que exceder aos critérios mínimos fixados no regulamento desta Lei.

Estaduais, uma vez que isso acarretaria num direito penal estadual, vedado expressamente pelo artigo 22, I, da Constituição federal, que estabelece que cabe exclusivamente a União legislar sobre matéria penal.

Sob o ponto de vista federal não há qualquer definição legal vigente do que venha a ser um devedor contumaz¹⁰². Significa tratar-se, claramente, do requisito estabelecido de maneira totalmente irregular e anacrônica, uma vez que invade a competência do Poder Legislativo ao incluir um conteúdo normativo no tipo, transformando-o em norma penal em branco carente de complementação, resultando, por consequência, na inaplicabilidade em casos concretos pela atipicidade, por não ser possível compreender o que vem a ser um devedor contumaz.

Assim, é preciso examinar o caso concreto para distinguir os comerciantes que enfrentam efetivas dificuldades financeiras, dos que adotam a prática incorreta como benefício concorrencial. Conforme trecho do voto do Min. Roberto Barroso, “o inadimplente eventual é totalmente diferente do devedor contumaz, que faz da inadimplência tributária seu *modus operandi*”¹⁰³

Partindo da concepção adotada pelo STF, a exigência de dolo ou da inadimplência tributária habitual e contumaz demandará comprovação idônea em todos os processos doravante, por parte do Ministério Público. Porém, imperioso frisar, mais uma vez, que não é tarefa do Pretório Excelso estabelecer este tipo de critério, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo.

Caso não haja uma definição legal por parte do Congresso Nacional, a análise do que vem a ser um devedor contumaz, a partir deste precedente e do entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, passará a ser realizada em cada um dos processos julgados pelo Judiciário, que firmará sua jurisprudência de alguma forma, condenando diversos indivíduos a partir de critérios diferentes ao longo do tempo.

Ainda, mesmo que se superem todas estas barreiras legais destacadas, o critério punitivo estabelecido pela Corte Suprema, não será aplicado, ao que parece, aos fatos ocorridos à partir de seu julgamento, mas sim retroagirá aos processos já em andamento,

¹⁰² O assunto também está em discussão na Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei (PL) 1.646/19. A proposta, que aguarda parecer da comissão especial designada para analisar o tema, considera como “inadimplência substancial e reiterada de tributos” a existência de débitos com valor igual ou superior a R\$ 15 milhões.

¹⁰³ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432414&tip=UN>

operando-se a retroatividade *in malam partem*, ferindo mais uma vez a Constituição da República.

A relevância de se observar o princípio da legalidade é fundamental, pois permite fornecer ao acusado mecanismos defender-se do autoritarismo abusivo do Estado, que no caso em tela flexibiliza a regra do *nulum crimen, nulla poena sine lege* para atender o anseio arrecadatário do Fisco, conforme ficou bastante claro no teor do julgamento.

Por mais que a conduta seja socialmente nociva, não se pode criminalizá-la sem a prévia cominação legal, conforme destacado por ROXIN (1997, p. 137):

(...) por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Así por ejemplo, cuando aparecieron las máquinas automáticas que funcionan con monedas, que obviamente aún no eran conocidas cuando se aprobó el StGB en 1871, algunas personas se dedicaron a perjudicar a quienes habían hecho instar tales aparatos (v.gr. un teléfono de monedas o una báscula automática), introduciendo en la ranura, en vez de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar, para poder así utilizar gratis los aparatos automáticos. Tales conductas no se pudieron castigar (RGSt 68, 65), porque el tipo de la estafa requiere, según el tenor literal del § 263, que se cree o se mantenga un error, pero un aparato no puede errar; y los §§ 146 y 248 c tampoco se ajustaban directamente a ese supuesto. Por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal (el § 265 a), que ahora abarca el uso abusivo de aparatos automáticos ("el que consiga fraudulentamente la prestación de un aparato automático"). Pero sólo se pudo castigar conforme a este nuevo precepto a los sujetos que utilizaron abusivamente aparatos automáticos tras la introducción del mismo, mientras que los que habían motivado la introducción del § 265 a estaban protegidos y a salvo de pena por el principio de legalidad.

Ao se violar o princípio da legalidade, permitindo a criminalização de uma classe de indivíduos a partir de um preceito indeterminado (devedores contumazes), que levará a se estabelecer critérios diferentes conforme o caso concreto, a lógica do direito penal do fato é suplantada por um direito penal de autor, que se utiliza de fortes justificativas preventivas e especiais.

O direito penal de autor não vem analisar essencialmente o fato (não recolher o tributo), mas, essencialmente, nestas bases colocadas pelo STF, indicar que, dependendo de quem seja, a este indivíduo será aplicada a norma penal. Nos pressupostos da cominação penal se acrescenta algo distinto, além dos preceitos que descrevem uma conduta individual, mas sim se busca a peculiaridade humana do autor no caso concreto. (ROXIN, 1997, p. 177)

Desta forma, a imposição do conceito indeterminado de devedor contumaz para a aplicação do tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 padece de diversos problemas, que vão desde a impossibilidade de se criar um conceito novo por analogia à legislações estaduais, que não tem autorização para completar conteúdo de leis penais, tampouco pela

incompetência para legislar do Poder Judiciário, sendo-lhe vedado alargar critérios normativos para aplicação de normas incriminadoras.

O dolo pode ser qualificado como a representação mais vigorosa de intervenção do Estado na vida das pessoas. Diante dessa afirmação, um questionamento se faz pertinente: qual a justificativa existente para tamanha interferência?

A resposta para esta pergunta pode se iniciar considerando que, por vocação, o direito penal deve desempenhar a tarefa de promoção da convivência pacífica entre os cidadãos, bem como a proteção de bens jurídicos, além de, logicamente, limitar o poder punitivo do Estado. A justificativa seria, portanto, no ponto de interseção destas duas primeiras funções, maximizar a convivência pacífica, aliada a proteção dos bens jurídicos descrita no respeito aos direitos, gerando um ancoradouro do individual no social que é o fundamento ético de toda a imputação subjetiva. (VIANA, 2017, p. 179-180)

VIANA (2017, p. 180), ao delimitar a função da imputação subjetiva representada pelo dolo, esclarece:

Eleger o elo entre a existência de deveres e a exigência de direitos como ponto constitutivo da valoração do comportamento humano alinha-se com os valores professados no Estado de Direito, especialmente com a ideia de proteção (ou segurança) que se deve ter em um sistema de relações caracterizado pela complexidade.

O direito penal é o braço mais forte do Estado na afetação da esfera das liberdades dos indivíduos. Em razão disso, a legalidade, a intervenção mínima, a subsidiariedade e a fragmentariedade são alguns dos princípios limitadores do direito de punir, e devem ser analisados como contentores ao poder do Estado de interferir na esfera da liberdade individual.

No momento em que o direito, que é um instrumento de poder, desvirtua-se da finalidade essencial, que é a proteção do indivíduo em face do poderio estatal, a coletividade passa a ser controlada socialmente pelo autoritarismo do Estado, sendo uma das principais funções da dogmática penal buscar o equilíbrio social, delimitando o poder punitivo. (YAROCHEWSKY, 2017, p. 179)

Em sendo assim, a legitimação da punição de uma conduta praticada dolosamente consiste na violação de um dever, ou geração de um relevante risco não permitido, de maneira tão intensa que a responsabilidade penal derive efetivamente da conduta do indivíduo.

VIANA (2017, p. 183) ao comentar acerca do paralelismo entre a violação do dever de respeito ao comando normativo e o comportamento do indivíduo, conclui que “torna tão desnecessário quanto inútil recorrer a qualquer elemento adicional para confirmar o desrespeito ao bem jurídico”.

Isso significa dizer que o ponto de desvalor da ação não pode estar calcado de maneira substancial e inexorável ao resultado, não sendo aceitável que o Estado legitime a imposição de responsabilidade tendo como premissa essencial um dado hipotético, que não existe concretamente, uma vez que o resultado futuro é totalmente incerto e imprevisível.

A motivação político-criminal dos votos que formaram a maioria no julgamento do RHC 163.334, indica que toda a estruturação de requisitos para preencher o conteúdo do fato típico foi para que se combata a inadimplência de arrecadação de tributos, que efetivamente atrapalha o desenvolvimento do país e a implementação de políticas públicas, vilipendiando, para tanto, a dogmática penal e os princípios limitadores do direito de punir. O dolo de apropriação, que deve estar necessariamente presente para a configuração do crime em análise, parece não ser coerente com a conduta praticada na casuística.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 121, conceitua quem é o sujeito passivo da obrigação principal tributária:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que quando o consumidor paga o valor destacado na nota fiscal como ICMS, o numerário não integrará no patrimônio do empresário. Neste caso, como o consumidor não repassa direto ao fisco, o comerciante deve fazê-lo, pois recebeu esta quantia, e caso não realize o recolhimento, está se apropriando indevidamente do que não lhe pertence.

Tal raciocínio parte de uma premissa equivocada. Isso se aplicaria quando há um desconto do valor devido pelo contribuinte, como é o caso do imposto de renda incidente na folha de pagamento, ou de verbas previdenciárias. O contribuinte, nestas hipóteses, é o empregado, e o empregador é um substituto, um mero responsável, que retém o dinheiro de uma terceira pessoa, em nome do Estado, e à este deve repassar.

No caso do ICMS, o contribuinte de direito é o comerciante, pois é ele quem pratica o fato gerador, sendo efetivamente tem a responsabilidade direta em recolher o tributo ao fisco nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional. O consumidor, quando paga o preço, apenas recebe a carga econômica do ICMS, assim como recebe a carga econômica do ISS, do IR do comerciante, encargos trabalhistas, custos operacionais (aluguel, luz, água, condomínio, etc.), que também compõe o preço da mercadoria.

O consumidor, ao pagar esta parcela do preço transferido a título de ICMS, não cria uma relação tributária com o fisco, pois o contribuinte é, efetivamente, o empresário, sendo ele o devedor e quem tem a capacidade contributiva, com enquadramento perfeito na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.

Se o comerciante não repassar este preço ao consumidor de maneira destacada, ainda assim o ICMS é devido. Caso haja inadimplemento, da mesma forma o comerciante precisa pagar o débito no vencimento. Não há, portanto, nenhuma relação do valor pago pelo comerciante, com o valor pago pelo consumidor, pois o valor suportado por este integra, sim, o patrimônio do empresário, para que depois este pague o ICMS. Neste sentido, vale destacar a explicação de HARADA (2020) sobre os motivos desta rotina no processamento e registro das operações comerciais que ensejam o destacamento do ICMS nos registros contábeis:

Aqui o destaque do imposto é para mero efeito de assegurar a não cumulatividade do ICMS. Ao final de cada período de apuração do imposto, o ICMS destacado gera crédito na entrada de mercadoria o qual é confrontado com aquele destacado na saída da mercadoria (débito) no mesmo período. A diferença a maior constitui o imposto a ser recolhido no prazo legal; a diferença a menor constitui o ICMS a ser transferido para o período subsequente. Por isso, se em determinado período de apuração entrou mais mercadoria do que saiu não haverá imposto a ser recolhido. O preço pago pelo consumidor no qual se acha embutido o valor do imposto pertence exclusivamente ao comerciante devedor. Impossível a confusão do consumidor que paga o preço da mercadoria adquirida com a figura do contribuinte que paga o imposto apurado periodicamente por meio de operação contábil fiscal, como retro descrito. O consumidor nada deve ao fisco que sequer o conhece, porque não figura no cadastro fiscal. Confundir essas duas realidades distintas é o mesmo que confundir o gás com a tubulação que o transporta.

Ao desfigurar esta realidade lógica contábil, a decisão proferida no RHC 163.334 fere a legislação tributária, com o intuito de se buscar suprir, de forma a preencher o requisito do tipo penal de apropriação indébita, o elemento de apropriar-se de coisa alheia, recebida legitimamente. Contudo, o valor recebido pelo pagamento da mercadoria adquirida pelo consumidor final faz parte do patrimônio do sujeito passivo da obrigação principal tributária,

não sendo possível se compreender que tal valor não seja do comerciante, até que este recolha o tributo.

Tal situação é bastante convergente com a falta de imputação já desde o nível do tipo objetivo, pela inexistência de criação do risco proibido penalmente relevante, de maneira que sequer deve se chegar a ponderar sobre a existência ou não de dolo, pela teoria da imputação objetiva.

Desta maneira, não há como se compreender como conduta típica de apropriação indébita o não recolhimento do valor de ICMS no prazo previsto, quando destacado nos registros contábeis, uma vez que tais valores passam pelo caixa do comerciante e são registrados como ativos financeiros, tornando impossível o delito de apropriação indébita previsto no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

Contudo, ainda que se supere a barreira da tipicidade objetiva, como realizado na decisão do RHC 163.334, o dolo de apropriação inexistente no caso em tela, pois mesmo que o delito não tenha como requisito a clandestinidade, o repasse da carga econômica ao consumidor final é feito abertamente, com inclusão nos devidos registros contábeis. Deve haver como pressuposto o desconto ou cobrança do tributo devido por terceiros, com o dolo de apropriação, de não recolher aos cofres públicos.

Não havendo tal hipótese, tampouco prévio desconto do ICMS, não há ilícito a se considerar. O comerciante, no caso, não se transforma de possuidor *alieno domine* para possuidor *animus domine*, simplesmente porque não se verifica a posse *alieno domine*. (CARRAZZA, 2020, p. 527)

A consciência exigida pelo dolo deve abranger todo o tipo objetivo. O elemento cognitivo, composto pela consciência que ilumina o fato concreto determina o tipo penal, devendo o agente ter consciência do que faz e do que pretende praticar, possuindo clareza a respeito da situação na qual se encontra. Apenas quando os elementos do fato se encontram presentes na consciência psicológica do autor, é que se pode afirmar que este decidiu pela prática do ilícito e que deve responder por uma conduta contrária ou indiferente ao bem jurídico atingido. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2019, p. 303)

Não se pode admitir que o comerciante que declara e reconhece o débito tributário age com dolo de apropriação, sendo o não recolhimento mero inadimplemento tributário. É necessário que o contribuinte de direito (empresário), que vende a mercadoria ou serviço ao consumidor final e destaca o valor do ICMS, perceba a presença dos elementos do tipo,

sendo claro o conhecimento de que, ao declarar o valor do imposto, será cobrado e deverá efetuar o recolhimento.

Portanto, ainda que houvesse, objetivamente, a apropriação, há que se discutir o dolo de apropriação. Nos crimes fiscais, ainda que se debata acerca da necessidade de haver efetivamente o dolo de apropriação ou não para a configuração do crime, neste caso, o dolo de não pagar é incompatível com a declaração do débito em seus registros. Sob o ponto de vista subjetivo do tipo, não existe o *animum appropriandi*.

A criminalização do inadimplemento tributário, neste caso, fere frontalmente o preceito constitucional do artigo 5º, LXVII, acarretado, em muitos casos, pela completa imprecisão do termo “devedor contumaz”, conforme já mencionado anteriormente, criminalizando empresários que se encontrem em dificuldades financeiras. O efeito perverso deste entendimento pode ter como consequência o não destacamento do ICMS nos registros contábeis quando da venda ao consumidor final, ensejando a possibilidade de sonegação de informações contábeis, dispensa de funcionários ou, até mesmo, no encerramento de suas atividades, em casos de penúria extrema, especialmente em época de pandemia.

O não pagamento de tributos, efetivamente, tem em si uma conduta reprovável. Afeta a capacidade do Estado de desenvolver suas atividades de melhoria das condições sociais e implementação de políticas públicas, porém, o que se deve analisar, é qual a característica do não pagamento. Diferente é a declaração contábil e fiscal do débito e o não pagamento, e outra é a fraude contábil através da sonegação fiscal, que deve ser reprimida na esfera penal.

A intenção político – criminal da decisão é clara: combater a inadimplência tributária. Contudo, tal papel não cabe ao Poder Judiciário, e sim ao legislador, que tem a atribuição republicana de alargar e criar tipos penais.

O desconforto da corte suprema com o fato de existirem no Brasil um sem número de indivíduos encarcerados por crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa, e não haver “ninguém preso por delitos fiscais” (STF, 2019), fez com que o STF se arvore na prerrogativa legislativa de enfrentar estes crimes, o que é manifestamente inconstitucional. Quando o STF toma a dianteira e faz política pública, ampliando os limites de punibilidade para além da punibilidade estrita, age em desacordo com a Constituição que deve defender.

Outra questão relevante, neste mesmo sentido, refere-se ao alargamento de leis penais para criminalizar profissionais de contabilidade. Estes, sejam na condição de empregado, de profissional liberal, de servidor público ou de sócio de empresa de prestação de serviços

contábeis, encontram-se envolvidos em uma série de relações jurídicas entre empresários, investidores, governo, bancos, Justiça (perito contábil) e etc.

O produto de seu trabalho (informações contábeis, balanços, peças contábeis assinadas) muitas vezes será determinante para a tomada de decisão acerca de investimentos, conduzirá a vida de empresas e será prova do papel social e tributário desta junto aos entes federativos. Enfim, as implicações da conduta do profissional de ciências contábeis abrangem amplos setores do Estado, economia e sociedade.

A responsabilidade penal, como cediço, é de caráter subjetivo, sem exceções. À guisa de exemplo, deixar de recolher a contribuição previdenciária dos funcionários apenas poderá ser crime se ficar comprovado o dolo na conduta do acusado. Neste sentido, vale salientar o julgamento de uma ação penal que visava criminalizar a conduta do contador, entendeu pela ausência de dolo a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), ao negar provimento à apelação do Ministério Público Federal (MPF) contra a sentença, do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que absolveu um homem que, na qualidade de contador de uma empresa, foi acusado de não recolher, entre agosto de 2004 a junho de 2009, as contribuições previdenciárias dos funcionários.

O relator, juiz federal convocado José Alexandre Franco, entendeu que o fato de ser o réu contador da empresa não atrai a responsabilidade criminal pelo delito de sonegação fiscal, uma vez que a autoria em crimes desta natureza se dá pela comprovada participação na gestão e tomada de decisões da empresa.

Foi consignado que o profissional da área contábil da pessoa jurídica não tem o dever de impedir que o crime se efetive. Segundo entendimento da Procuradoria Regional da República, citado pelo desembargador, para que se possa imputar responsabilidade penal ao contador da empresa, deve estar evidenciado que o mesmo colaborou, consciente e espontaneamente, com as omissões e/ou sonegações fiscais, obtendo benefícios, diretos ou indiretos, da prática ilícita, hipótese esta não comprovada no caso dos autos¹⁰⁴.

Por fim, voltando à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante a criminalização de não recolhimento de ICMS, tem-se como resultado do fenômeno social que estende ao Judiciário o papel de indiretamente legislar. Isto ocorre, uma vez que há um grande volume de execuções fiscais, significando que muitos contribuintes estão deixando

¹⁰⁴ Nesses termos, o Colegiado, acompanhando o voto de relator, negou provimento à apelação. TRF 1ª Região – Processo: 0015012-92.2014.4.01.3300/BA. Data do julgamento: 11/12/2018; data da publicação: 19/12/2019

de pagar os tributos devidos, reduzindo a arrecadação e, por conseguinte, contribuindo para que as contas do Estado permaneçam deficitárias.

O problema é que, a partir de um conceito aberto, sem previsão legal em âmbito federal, tampouco com tal possibilidade prevista no próprio texto do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, os critérios para a consideração de quem possa ser enquadrado na categoria de devedores contumazes são incertos e, portanto, inconstitucionais.

Em época de pandemia do COVID 19, inúmeras empresas estão passando por dificuldade financeiras e podendo deixar de recolher seus tributos. Pela incerteza conceitual do preceito definido no julgamento do RHC 163.334, empresários em severas dificuldades financeiras podem vir a ser enquadrados como devedores contumazes, em uma ótica que foge totalmente da realidade social contemporânea.

O fato é que nestes casos, condenações são pautadas em critérios pessoais do julgador de justiça social, e para isso, os requisitos e parâmetros da dogmática penal são totalmente vilipendiados, com a finalidade precípua e inexorável de se dar uma resposta aos anseios da população, que cada vez mais clama por direito penal e punições severas.

4.2 Limites político-criminais aos crimes de perigo abstrato

Até aqui, foi possível verificar que o conceito de bem jurídico deve atender aos comandos constitucionais e balizas político-criminais foram estabelecidas para identificação de bens jurídicos individuais e coletivos aptos a receberem proteção penal. E, dentro dessa linha de argumentação, pode-se acreditar na inexistência de crimes sem a indicação de bens jurídicos, sob pena de ilegitimidade. Respeitando essa imprescindibilidade do bem jurídico penalmente relevante, é possível doravante deslocar as lentes do problema para o estudo das estruturas do delito aceitáveis no plano da antecipação da tutela penal, especialmente no tocante aos crimes de perigo abstrato e sua perigosa tendência expansionista do direito penal de criminalizar comportamentos arredios aos padrões socialmente estabelecidos.

ROXIN (2014a, p. 72-73) rechaça as duas principais correntes que rejeitam à ideia de bem jurídico penal. Contesta o pensamento de Jakobs, ao afirmar que a norma penal se transforma de instrumento de proteção em objeto protegido, numa inversão altamente criticável. Roxin, ainda, questiona a função da “norma como orientadora de comportamentos”, base da tese de Jakobs, pois entende que isso confirmaria a necessidade

do bem jurídico, haja vista que o direito penal, caso pretenda orientar comportamentos, deve perseguir o fim de evitar lesões reais a bens jurídicos.

ROXIN (2014b, p. 63-64) também ataca o pensamento de Stratenwerth, o qual entende que a pena é motivada pela inobservância de “normas de comportamento básicas para o consenso fundamental”. Tudo se resumiria em delitos de comportamento. Entretanto, Roxin sublinha impossibilidade de se alcançar um “consenso fundamental” numa sociedade multicultural e tão diversificada, razão pela qual ratifica a necessidade do princípio da proteção do bem jurídico como caminho adequado para encontrar soluções “racionalmente fundamentadas”, principalmente como garantia para as minorias sociais.

Como ponto de partida, importante se reconhecer o princípio da ofensividade como divisor de duas categorias gerais e possíveis: i) crimes de lesão e ii) crimes de perigo (concreto e abstrato). O princípio ofensividade supre as exigências constitucionais nos crimes de lesão e crimes de perigo concreto. Os problemas surgem, em grande escala, a partir da utilização dos crimes de perigo abstrato como meio de proteção de bens jurídicos. Não seria preciso falar da grande celeuma doutrinária e do quanto já se discutiu para conferir legitimidade aos crimes de perigo abstrato, com a criação, inclusive, de inúmeras classificações doutrinárias¹⁰⁵.

Para alguns, tudo terminaria numa simples declaração de inconstitucionalidade, por meio da qual o Poder Judiciário daria um duro golpe nas pretensões legislativas de criar padrões absolutos de segurança. Diferente disso, a constatação possível a ser feita perpassa pela demonstração do papel limitativo que o bem jurídico impõe ao legislador, sendo agora ainda mais necessário para se aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, notadamente perante ideias que pretendem relativizar o conceito de bem jurídico, diluindo-o no mar da expansão penal.

Deve ser reafirmado, portanto, o conceito de bem jurídico que aceita a ideia de proteção e de prevenção, mas que, por outro lado, rejeite simbolismos, efeitos reflexos e antecipados de potenciais lesões, afastando, ainda, tipos penais que veiculam violações de deveres de comportamento sem aptidão empírica de provocar danos¹⁰⁶.

¹⁰⁵FIGUEIREDO DIAS (2009, p. 481) chega a falar em “constelações de perigo abstracto”, deixando transparecer um tom de crítica. Em Rodrigues (2010, p. 13-88), pode-se colher uma gama de exemplos: perigo abstrato, perigo concreto, perigosidade abstrata, perigosidade concreta, perigo abstrato-concreto, perigo potencial, perigo explícito, perigo implícito, perigo abstrato de segunda espécie, perigo hipotético, perigo concreto em sentido estrito, perigo concreto em sentido genérico, perigo presumido, perigo de perigo, perigo abstrato potencial etc.

¹⁰⁶ ROXIN (2014a, p. 75-80) tece severas críticas ao Tribunal Constitucional Alemão por não reconhecer até hoje a lesão a bem jurídico como pressuposto de imposição de pena criminal. O autor elenca seis decisões nas

Para se responder ao problema principal levantado, forte nas premissas até aqui lançadas, sem desgarrar ainda dos princípios e garantias constitucionais que modulam e limitam a construção do conceito material e político criminal de delito no Estado Democrático de Direito, não se vislumbra melhor alternativa senão aquela que deflagra a bandeira da perspectiva materializadora dos crimes de perigo abstrato¹⁰⁷, com a respectiva indispensabilidade da categoria do bem jurídico na interpretação dos tipos penais.

Trata-se, em síntese, de buscar a conformidade constitucional do delito de perigo abstrato pela via do reconhecimento da cláusula de propensão ou aptidão como elemento normativo implícito do tipo. Dita perspectiva teria o condão de suprir déficits de legitimidade do sistema penal, nomeadamente diante dos problemas decorrentes da expansão penal.

Cuida-se de posição controvertida na doutrina que teve nascimento e evolução na Alemanha, consistindo em reconhecer uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e concreto. RODRIGUES (2010, p. 47) esclarece a ideia da propensão como um mecanismo de redução do alcance da tipicidade do crime de perigo abstrato, eis que referenciada categoria de delito passaria a exigir prova de “propensão” da ação para gerar um perigo ao bem jurídico protegido.

Nesse panorama de materialização do perigo abstrato, MENDES (2000, p. 118-119) noticia que Horst Schröder foi o responsável por criar a denominação de “crime de perigo abstrato-concreto”, por meio de artigo intitulado “*Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*” e publicado em 1967. Contudo, Mendes constata que foi de Hoyer a ideia mais feliz de criar uma nova denominação para os crimes de perigo abstrato-concreto, os quais deveriam ser

quais o Tribunal confirmou a existência de crime sem referência a bem jurídico, a saber: i) homossexualismo (abolido por reforma legislativa); ii) posse para consumo; iii) doação de órgãos entre vivos; iv) negação de fatos históricos; v) pornografia juvenil; e, por fim, vi) o incesto. Nessa última hipótese, Roxin faz importante observação: “Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional tomou uma posição em relação ao possível efeito limitador ao direito penal do princípio da proteção de bens jurídicos e defendeu a tese de que as faculdades do legislador não poderiam ‘ser reduzidas [...] com um recurso a bens jurídicos’. Não podem ser deduzidas exigências em relação à norma penal ‘de uma teoria jurídico-penal do bem jurídico’. Em incrível contradição com o que dissera, o tribunal buscou, no entanto, identificar bens jurídicos protegidos pela norma penal – a família, a autodeterminação sexual e a saúde dos herdeiros”. Em contrapartida, a Corte Constitucional de Portugal vem confirmando a imprescindibilidade do bem jurídico penal em suas decisões, conforme pode ser visto nos Acórdãos 179/2012, julgado em 04/04/2012, e 377/2015, julgado em 27/07/2015.

¹⁰⁷ MENDOZA BUERGO (2002, p. 64-67) explica que essa seria, dentre as várias vertentes doutrinárias, aquela que melhor cumpriria os anseios de evitar punições carentes de perigo. Pela ideia da materialização, “[...] *los delitos de peligro abstrato son delitos de conducta peligrosa ex ante en los que la concurrencia de ésta ha de comprobarse en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que forma parte del desvalor de acción y en los que, por tanto, no se exige ni la producción de un peligro concreto – a constatar ex post –, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta*”. Conferir, ainda, RODRIGUES (2010, p. 23-31).

chamados de “delitos de aptidão”, justamente pela existência de uma cláusula de aptidão genérica de produzir qualquer fonte de perigo (*Gefahrenquelle*) para o bem protegido.

FIGUEIREDO DIAS (2009, p. 479), por sua vez, indica a existência de “noções próximas” entre os crimes de perigo abstrato-concreto, de aptidão e de perigo hipotético. Em contrapartida, MONIZ (2003, p. 558-559) advoga que os crimes de perigo abstrato-concreto e os crimes de aptidão podem ou não ser distintos a depender da forma pela qual os tipos sejam construídos, o que seria discutível, eis que a autora parte da premissa pela qual nos crimes de perigo abstrato concreto “[...] o agente apenas é punido se se verificar um perigo em concreto para o bem jurídico”. Porém, não se exige o perigo concreto nos crimes de perigo abstrato-concreto, bastando a “idoneidade genérica” para produzir a lesão, conforme, por exemplo, MENDES (2000, p. 119).

Com efeito, em aludida categoria, o tipo penal não seria impreciso (perigo abstrato) ao ponto de constar em si ação de perigo genérico, baseada em dados empíricos e probabilidades sociais, com toda carga problemática dos tipos antecipatórios da tutela penal, e nem seria tão exato (perigo concreto) ao ponto de antever a maneira de perigo a ser extraída da ação e que colocaria em estado de crise o bem jurídico protegido.

Haveria, em verdade, uma abertura interpretativa ao julgador que analisaria, diante do devido processo penal completo (que respeita integralmente as garantias constitucionais conferidas ao acusado), a existência de perigo apto a causar lesão ao bem jurídico tutelado. Essa interface entre legislador e juiz, instrumentalizada pela cláusula de propensão e rejeitando fórmulas absolutas, seria a técnica de tipificação constitucionalmente mais adequada.

O quadro de expansão penal traz em si algumas características marcantes, ensejando prologado exame sobre suas causas e consequências jurídicas. Contudo, delimitar-se-á o estudo em uma análise tridimensional da referenciada expansão, trabalhando: i) o surgimento de novos bens jurídicos (meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais etc.); ii) a antecipação da tutela penal (uso excessivo dos delitos de perigo abstrato e normas penais em branco); e, finalmente, iii) o alargamento da imputabilidade (inversão do ônus da prova, prestígio da periculosidade em detrimento da ofensividade ao bem jurídico e presunção absoluta de culpa). (PRITWITS, 2003, p. 262)

A evolução social pautada nos riscos na imprevisibilidade demanda proteção dos seus novos e verdadeiros bens jurídicos. Em razão disso, o legislador penal tem perfilhado tipos

penais que se perfazem pelo simples perigo abstrato, relativizando garantias e deixando o indivíduo mais vulnerável ao alcance penal.

Dentro dessa análise tridimensional, importante se delimitar ainda mais o estudo da expansão criminal em três categorias amplamente reconhecidas e que vem sendo debatidas pela doutrina dos principais sistemas jurídicos ocidentais, as quais se mostram de grande interesse e importância em virtude de atualmente cada vez mais se fazerem presentes nos ordenamentos jurídicos como um todo, quais sejam: i) administrativização (gestão de riscos e delitos cumulativos); ii) delitos de posse e, por fim, iii) atos preparatórios.

4.2.1 Administrativização do Direito Penal (gestão de riscos e delitos cumulativos)

A primeira categoria que interessa na presente análise reside na administrativização do Direito Penal, consistente na incorporação legislativa criminalizante de elementos próprios do direito administrativo sancionador na gestão de riscos, tratando-se de um dos temas mais importantes da atualidade em matéria criminal. Em outras palavras: Direito Penal, originariamente erigido numa plataforma com vistas a regular o fato individualmente consumado, agora pretende atuar como instrumento de prevenção de danos gerais. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 145)

É o que se percebe, por exemplo, na pretensão do legislador em proteger certos bens coletivos e interesses da administração pública, criminalizando condutas que em verdade guardam relação com ilícitos administrativos. São condutas que não possuem aptidão e estrutura suficientes para receberem a tutela de luxo do Direito Penal, mas são içadas ao campo residual do Direito Penal apenas por conta da ineficiência estatal em proteger administrativamente tais bens.

Um bom exemplo é relacionada ao tipo penal de lavagem de dinheiro. A tipificação de infrações administrativas, mesmo que tenham a pretensão de proteger a sociedade num aspecto macroeconômico, muitas vezes somente adquire referido tom material se as infrações praticadas pelos cidadãos forem contempladas em conjunto, ou seja, não perfazem sequer a ideia de perigo abstrato, mas sim de perigo presumidamente estatístico, global, relativizando garantias caras ao Direito Penal protetor da liberdade. Neste sentido, destaca-se o posicionamento de SILVA SÁNCHEZ (2013, p. 155) ao exemplificar a questão:

Enfim, caberia aludir, como quinto exemplo, ao da lavagem de dinheiro, como delito contra a ordem econômica. Pois um ato de lavagem que ponha em perigo, por si só, a ordem econômica há que se referir a enormes quantidades de dinheiro; e esse fato somente pode ser cometido pelos chefes das quadrilhas do crime

organizado. Ocorre que os atos de lavagem de menor envergadura, que isoladamente não põem em perigo a ordem econômica, contemplados em seu conjunto certamente constituem uma importante perturbação do sistema econômico. E é isso o que justificaria talvez sua sanção administrativa; mas não sua sanção penal.

À luz das estatísticas, FEIJÓ SANCHEZ (2011, p. 40) adverte que uma sanção para uma conduta estatisticamente perigosa não pode ser proveniente do direito penal, se no caso concreto somente se verifica a desobediência administrativa, sem risco concreto de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Segue o autor afirmando que “periculosidade estatística não serve para legitimar intervenção penal”.

Ainda no que se refere ao uso de estatísticas, haveria um largo e potencial espaço para criminalização de outras condutas, trazendo a reboque presunções absolutas de culpa, inversões do ônus de prova, menosprezo pelo princípio constitucional da ofensividade e ao próprio papel do bem jurídico penal. O acolhimento de uma culpa homogênea não encontra espaço onde há necessidade de individualização da conduta e da culpabilidade a ser aferida em cada caso concreto.

A administrativização ainda se manifesta por meio dos delitos cumulativos, comumente referenciados na suposta proteção de bens jurídicos, notadamente o meio ambiente e o mercado financeiro, pontos de maior atenção, atraindo permanente análise doutrinária. Cuida-se de criminalizar uma conduta não por trazer consigo significativa ofensividade ou perigo concreto aos tais bens jurídicos, mas sim pela possibilidade de reiteração de idêntica conduta pelo próprio autor ou, até mesmo, por terceiros sem qualquer liame psicológico vinculativo (autoria acessória)¹⁰⁸.

O legislador busca nessas hipóteses conjugar a plataforma da responsabilidade penal individual com ilações acerca dos efeitos maléficos de uma provável repetição de ações coletivas. Fazendo isso, institui uma inaceitável e inusitada “autoria acessória universal” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 158), materializada fartamente pela via questionável dos crimes de perigo abstrato.

¹⁰⁸ FEINBERG (1984, p. 225-227) explica, resumidamente, o dano cumulativo ao lembrar que alguém sempre pode questionar: “E se todo mundo fizesse isso?” Nesse contexto, o autor acena ainda para possibilidade de utilização do *harm principle* como técnica de criminalização, mas desde que o legislador esteja municiado das melhores informações empíricas sobre condutas a serem reiteradamente praticadas e sobre o nível de habilidades de seus praticantes. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS (2003, p. 303-345), conclui que os danos cumulativos se ligam ao processo de administrativização do direito penal e flexibilização das principais categorias de imputação penal.

Alguns fundamentos são levantados em prol dessa modalidade antecipatória de tipificação penal. Muito se tem falado¹⁰⁹ no campo ambiental, por exemplo, sobre a existência de danos difusos com repercussão em gerações futuras, o que levaria a formação de uma modalidade de ética voltada pragmaticamente para preservação de condições aptas a garantir a preservação da espécie humana, criando para a atual geração uma nova responsabilidade pela manutenção do que ainda está por vir.

O engrandecimento do poder do homem, fruto de permanente evolução científica e tecnológica, desencadeou o encontro entre a geração atual e as futuras gerações. Razão disso, haveria necessidade de levar a teoria da justiça ao palco de discussão voltado a produção de normas atreladas ao controle social, pois seria injusto que a sociedade atual agisse de forma indiferente ao porvir ou mesmo deliberasse sobre eventos futuros sem qualquer participação daqueles que realmente sofreriam seus efeitos. Seria necessário, então, incluir os interesses das gerações futuras no debate público, sob um viés humanitário, possibilitando a construção de uma solidariedade com base na qual a geração presente se compromete a assegurar a viabilidade das condições de existência das gerações futuras.

FIGUEIREDO DIAS (2008, p. 32-35) fala em “necessidade de proteção das gerações vindouras”, e vai ao cerne do problema, envolvendo o direito penal, com uma indagação de alto relevo:

Por outras palavras, deve o Direito Penal permanecer direito penal da ofensa, da punição das condutas que de uma forma mediata ou imediata, mas sempre susceptível de densificação ou comprovação, provocam uma degradação do valor daqueles bens para os seus titulares, ou deve converter-se em Direito Penal preventivo e cautelar, reforçando com as suas sanções a disciplina de funcionamento do sistema, seja ele econômico ou técnico-científico?

O discurso vem sendo reforçado pela densidade normativa do ambiente como bem jurídico coletivo e com sua necessidade de proteção calcada no “princípio da solidariedade intergerencial”¹¹⁰. Entretanto, imperioso constatar que, conforme mencionado por FIGUEIREDO DIAS (2013, p. 315) não existe no “princípio da solidariedade intergeracional” base dogmática sólida para legitimação dessa técnica de criminalização.

¹⁰⁹ CÂMARA (2018, p. 172-173) defende a legitimidade dos danos cumulativos por meio de uma concepção antropocêntrica do bem jurídico ambiental. O autor segue afirmando a necessidade de reconhecimento do que chama de “ofensividade sui generis”, com natureza diversa, eis que teria sua constatação verificada ao longo do tempo, ou seja, de maneira diacrônica.

¹¹⁰ Cronologicamente, tem repouso constitucional na Alemanha (art. 20, “a”), Portugal (art. 66, II, “d”) e Brasil (art. 225). FIGUEIREDO DIAS (2008, p. 29) anota a previsão da solidariedade intergeracional na Convenção da ONU, realizada em julho de 1992, bem como no preâmbulo da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.

Também aqui haveria carta branca para o legislador criminalizar estatísticas, penalizando condutas individuais já sabidamente inofensivas, sem encaixe na teoria do delito.

A bem da verdade, este é o cerne do debate mais amplo sobre a necessidade ou não de reestruturar a teoria do delito ante a formação de um novo paradigma social a demandar mudanças, tal como já exposto na aplicação da concepção funcionalista político-criminal de Roxin. O instrumental teórico já existente deve ser preservado, ao menos por ora, haja vista sua capacidade de lidar com os problemas decorrentes da evolução social.

Bem por isso, os delitos cumulativos não devem ser assimilados pelos atuais sistemas penais, sob pena de enfraquecer garantias já estabelecidas e possibilitar a construção de uma dogmática funcionalizada, escrava de qualquer interesse pretensamente voltado a proteger bens coletivos. Desta forma, a conclusão a que se chega é que essa possibilidade profética de incriminar danos futuros por condutas cumulativas e individualmente inofensivas deve ser abarcada pelo princípio da bagatela ou então declarada inconstitucional.

4.2.2. Delitos de Posse

A segunda categoria a ser estudada no quadro de expansão diz respeito aos delitos de posse. Por certo, a imputação criminal, antes pautada numa conduta que produzia ou que tinha a potencialidade concreta de causar resultados lesivos, vem há algum tempo¹¹¹ abrindo espaço para uma política criminal escorada no desvalor da ação e do resultado, caracterizando-se ainda pela premissa de evitar a concretização de riscos coletivos e ao próprio possuidor.

A proteção ao próprio possuidor fica evidente nos casos de posse para consumo de drogas ilícitas, gerando grande discussão pelo viés do paternalismo penal. O paternalismo pode ser considerado como sendo aquele materializado em medidas adotadas no intuito de proteger determinados bens jurídicos, independentemente da vontade de seus respectivos titulares, atrelado ao conceito de estado de vulnerabilidade.

Essa concepção é encontrada em FEINBERG (1986, p. 5-8) quando explica a dicotomia entre espécies de paternalismo: i) paternalismo presumivelmente reprovável é aquele em que a proteção se dirige apenas ao indivíduo beneficiado (paternalismo benevolente) ou se dirige também a terceiros (paternalismo não benevolente); e ii)

¹¹¹ BUSATO (2016, p. 79) constata um aumento significativo de tal categoria de delito na segunda metade do século XX.

paternalismo presumivelmente não reprovável é o que se destina a proteger indivíduos em estado de vulnerabilidade, independentemente de consentimento – esse seria o caso dos indivíduos toxicodependentes.

Buscando razões éticas, PALMA (2004, p. 279) sinaliza:

Ora, no tráfico, o que existe de eticamente muito censurável não é tanto o facto de ser ele um elo de uma cadeia de riscos, tal como também a venda de álcool pode ser encarada – isso não seria bastante para tão grave censura –, mas antes o facto de revelar uma específica relação de exploração de outros seres humanos (a utilização de sua saúde física e psíquica para fins económicos).

Isso tem implicado na utilização exagerada dos crimes de perigo, notadamente o perigo abstrato, com a proliferação de normas penais em branco. O processo de criminalização da simples posse de determinados objetos ou substâncias, sem espaço para aferição da existência de eventual perigo concreto a determinado bem jurídico, promove um modelo de antecipação penal incompatível com a transitoriedade e a riqueza das interações sociais, legitimando uma espécie de “legislador absoluto” e “juiz controlado”, sem campo de análise das peculiaridades de cada caso *sub judice* para ulterior e adequada decisão. Para contextualizar, dois exemplos serão analisados.

A legislação portuguesa pertinente ao consumo e tráfico de entorpecentes estabelece um número cabal e criminaliza a posse de mais de 10 (dez) doses diárias de droga ilícita para o consumo¹¹². Houve inicialmente o desejo de descriminalizar o consumo, transformando-o em contra-ordenação. Contudo, o consumo deveria ser limitado ao padrão previsto em lei, sem possibilidade de o julgador atentar-se para as peculiaridades de cada caso concreto. A jurisprudência encampou o entendimento legal, transformando em traficante todo e qualquer usuário desapercebido que for flagrado na posse de algumas doses diárias acima da quantidade prevista em lei. Mais adiante, serão analisados alguns casos da jurisprudência portuguesa sobre a matéria.

Na Alemanha, o Código Penal (§ 184c StGB) criminaliza o indivíduo que “buscar obter a posse de escritos de pornografia juvenil que reproduzam um acontecimento real ou aquele que possuir escritos dessa natureza”. Considerando que fotografias são equiparadas

¹¹² Num breve resumo, a Lei 15/1993, de 22 de janeiro, antevia no seu artigo 40 ser crime o consumo, o cultivo, a aquisição e a detenção para consumo de drogas ilícitas. Entretanto, a Lei 30/2009, de novembro, por meio de seu art. 2, números 1 e 2, descriminalizou o consumo e a detenção ou a aquisição de droga para o consumo até a quantidade de 10 (dez) doses diárias, conferindo-lhes o status jurídico de contra-ordenação penal. O cultivo continuou como crime. O problema é que o legislador não disciplinou expressamente a situação do indivíduo que detivesse ou adquirisse, para consumo próprio, produto estupefaciente quantidade superior ao consumo médio individual, ou seja, acima das 10 (dez) doses diárias aptas legalmente para caracterizar o estado presumido de consumo.

a escritos (§ 11 item 3 StGB), caso indivíduo de 18 anos seja apresentado com uma fotografia em cores sexuais de sua namorada de 17 anos e seja flagrado na posse desse objeto, será responsabilizado criminalmente, embora o sexo consentido e praticado entre ambos não seja crime¹¹³.

Os delitos de posse são demonstrações visíveis da perda de importância da ação na teoria do delito, constituindo-se em categorias decorrentes da construção de bases teóricas funcionalistas¹¹⁴, as quais abriram caminho para mudanças substanciais de cunho epistemológico nos sistemas ocidentais de atribuição de responsabilidade, gerando um panorama interrogativo sobre quais seriam as verdadeiras funções do Direito Penal. (BUSATO, 2019, p. 84-85)

Do controle de condutas, o Direito Penal perpassa para o controle de comportamentos sem ação e estado de pessoas, levando ao ápice da antecipação da tutela penal, sob o argumento de proteção universal. Num breve itinerário histórico: punia-se o resultado; depois, passou-se a punir a ação; agora, pune-se um comportamento ou um estado pessoal; e, ao que parece, já se estuda meios de legitimar a punição de intenções¹¹⁵. Antes, porém, veremos importantes repercussões do caso Robinson v. Califórnia, 370 U.S. 660 (1962).

O referido caso ganhou relevância no Direito Penal norte-americano gerando intensos debates em torno do princípio do *act requirement*. Robinson foi preso nas ruas de Los Angeles após um policial detectar que seus braços apresentavam marcas de agulhas. Após comprovação médica de que era viciado em narcóticos, Robinson foi levado a julgamento. Foi condenado pelo Júri e teve a condenação confirmada em segundo grau pelo Tribunal da Califórnia.

¹¹³ O exemplo é de ROXIN (2014a, p. 79), o qual ainda conclui tratar-se de crime sem objeto jurídico a proteger, destacando que a ausência de decisões judiciais sobre referido tipo é prova de que já não mais estaria em vigor há bastante tempo.

¹¹⁴ Conforme já visto em tópico anterior, o funcionalismo tem raízes sociológicas nos ensinamentos de Durkheim e foi transportado para o direito penal. ROXIN (2012, p. 20 e ss.) sustenta a necessidade de união entre o direito penal e a política criminal, rejeitando o hermetismo das fórmulas herdadas do positivismo, com o objetivo de moldar categorias do direito penal e considerar aspectos sociais no processo de decisão penal, relativizando o sistema penal em si. Por sua vez, o funcionalismo de JAKOBS (2003, p. 10-13) enaltece o sistema, que seria responsável por assegurar expectativas de comportamentos sociais estabilizados por normas. Nesse contexto, o crime seria uma negação à validade da norma e, por consequência, do sistema, gerando uma lesividade social que deve ser sanada pela sanção penal, revalidando o sistema. Nas palavras do autor: “A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”. Em outra ocasião, JAKOBS (2012, p. 36-40) trata do funcionalismo sistêmico e daquilo que denomina de “falta de fidelidade ao ordenamento jurídico”.

¹¹⁵ Literariamente, vale a analogia com o “pensar crime”, fruto da obra de ORWELL (2015, p. 22) quando já profetizava, no fim da primeira metade do século XX, a possibilidade fictícia do Estado controlar até os pensamentos.

Entretanto, a Suprema Corte norte-americana reformou a condenação sob o argumento de que era preciso constatar uma ação para configuração de um crime. A Corte entendeu não haver possibilidade de incriminar o estado de uma pessoa. O *act requirement* ainda persiste, embora as críticas¹¹⁶ venham progredindo pelo vento das doutrinas alternativas, mormente aquelas doutrinas que sublinham a dificuldade em delimitar um conceito adequado de ação diante da complexidade resultante do entrelaçamento social e dos quadros de omissão com significativo relevo penal.

Dentre essas referenciadas doutrinas alternativas envolvendo o conceito de ação na teoria do delito, vale mencionar, em linhas gerais, duas delas, quais sejam: o *control requirement* de Douglas Husack e a concepção significativa da ação de Vives Antón. Por meio delas, cumpre ressaltar que os principais sistemas penais têm demonstrado carência de fundamentos dogmáticos plausíveis na tentativa de contenção ou mesmo legitimação da antecipação da tutela penal.

Outrossim, justifica-se as escolhas teóricas pelo objetivo de atribuir ao estudo um caráter universal e, por isso, mais abrangente, ao buscar respostas ao problema, considerando a existência de doutrinas colhidas junto aos sistemas do *common law* e também do *civil law*, embora ditas teorias ainda estejam sob o crivo da comunidade jurídica internacional.

Husak rejeita o princípio do *act requirement*, sugerindo que a imputação penal deve ser¹¹⁷ guiada pela possibilidade ou não do controle da ação. O autor critica o fato de não haver um conceito seguro sobre quais ações seriam exigidas para responsabilização penal, bem como contesta a ausência de conexão entre a exigência de ação e outros elementos do sistema de imputação tais como a culpabilidade e a voluntariedade¹¹⁸, por último, assevera não haver indicação de alguma fonte normativa no Direito Penal norte-americano que recepcione o *act requirement*, o que vem gerando confusão. (HUSAK, 2007, p. 2437)

Os delitos de posse também são um dos pontos de ataque, uma vez que o autor não admite que o estado de posse seja concebido como ação de previsão expressa no Código

¹¹⁶ HUSAK (2007, p. 2437) e DUFF (2007, p. 57-58) relativizam a ação por si só e enaltecem o controle da ação como pressuposto de imputação penal.

¹¹⁷ HUSAK (2007, p. 2454) É direto ao afirmar que: O que é importante para a nossa teoria de responsabilidade criminal, eu entendo, não é a ação em si mesma, mas sim o controle que as ações normalmente pressupõe. Tradução livre a partir do trecho original: *What is important to our theory of criminal responsibility, I submit, is not action itself, but rather the control that actions typically presuppose.*

¹¹⁸ Sobre a possibilidade de atos involuntários gerar responsabilidade penal, o autor traz o caso *People v. Decina*, 138 N.E. 2d 799 (N.Y. 1956), quando o réu, durante um ataque epilético, perdeu o controle do seu automóvel e matou quatro crianças que estavam na calçada. A acusação alegou que o réu atuou culposamente ao operar um veículo a motor mesmo ciente de estar sujeito a ataques epiléticos, com a possibilidade de perder a consciência intenções do sujeito, e sem a qual não seriam sequer identificadas como intenções”.

Penal Modelo¹¹⁹ estadunidense. Conclui que o sistema de imputação penal é melhor explicado pelo que denomina de *control requirement*, admitindo, porém, dificuldades em lidar com o caráter impreciso e vago resultante da tarefa de encontrar qual seria o grau de controle apto a ensejar responsabilidade penal (HUSAK, 2007, p. 2455-2458)

Por sua vez, Vives Antón, amparado no seu modelo de imputação pautado na filosofia da linguagem, detecta a impossibilidade de se analisar a ação apenas como um fato específico e isolado, explicando que a compreensão do ato deve ser feita de maneira contextualizada e simbólica, sempre guiada por um feixe normativo (ANTÓN, 1996, 206).

Portanto, logo de início, percebe-se que a ação penalmente relevante não se perfaz apenas com padrões absolutos legalmente estabelecidos. Tanto é assim é que para Vives Antón as normas teriam o objetivo de fornecer elementos capazes de identificar o sentido decorrente da ação e, a partir disso, descobrir a real intenção do agente (ANTÓN, 1996, p. 218).

Ademais, embora reconheça a existência de uma relação interior entre ação e intenção, ANTÓN (1996, p. 223) sinaliza que tal fato não conduz obrigatoriamente a concluir que toda ação expressando um sentido seja sempre a materialização de uma intenção. Outrossim, o sistema de imputação proposto, forjado sob o modelo filosófico de Wittgenstein, confere grande importância à interpretação, rejeitando termos absolutos. Sobre essa abertura interpretativa, ANTÓN (1996, p. 219) admite inclusive a busca por uma “intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado na qual se apoiam as intenções do sujeito, e sem a qual não seriam sequer identificadas como intenções”. A análise sobre a concretização do tipo, como se pode perceber, traz em si alta carga interpretativa, mesclando o jurídico e o social.

Ao se buscar ideias iniciais sobre as doutrinas de Husak e Vives Antón, conforme já exposto, a intenção foi conferir maior amplitude e universalidade ao presente estudo e endossar a necessidade de maior abertura político-criminal na interpretação dos tipos penais.

Com isso, pode-se concluir que eventuais reformulações desejadas para amortecer a ânsia antecipatória do legislador penal, traduzida na utilização exagerada dos crimes de perigo, devem necessariamente conferir maior lastro interpretativo ao aplicador da lei.

¹¹⁹ Segundo o *Model Penal Code* § 2.01 (4) (1962): Posse é um ato, na acepção desta Seção, se o possuidor conscientemente adquiriu ou recebeu a coisa possuída ou estava ciente de seu controle por um período suficiente para ter podido encerrar sua posse. Tradução livre a partir do original: *Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession.*

É temerário, portanto, submeter o Direito Penal a fórmulas herméticas. A catalogação de hipóteses absolutas é incompatível com o atual quadro constitucional em vigor nos principais países ocidentalizados, e com o papel que se espera dos juízes. A seguir, será demonstrado o quão significativa é a atuação judicial em face dos atos preparatórios, derradeira categoria a ser aqui analisada dentro do quadro de expansão penal inicialmente proposto.

4.2.3. Atos Preparatórios

A criminalização dos atos preparatórios liga-se ao grande problema de se estabelecer quando deve ser dada a largada para incidência das normas penais. Um importante norte a ser seguido é detectar o *iter criminis*, seguindo-o até sua ultimação. Criminalização de condutas embaladas por meros pensamentos perniciosos, fundamentada na personalidade “desviada” de agentes e no perigo idealisticamente vislumbrado, pautado em estereótipos, conforme já explanado, não pode justificar a intervenção penal.

Não se está aqui negando que a criminalização excepcional dos atos preparatórios seja um dos caminhos viáveis para a política criminal cumprir seus objetivos de proteção. Ao contrário, a excepcionalidade de tal categoria criminalizante apenas vem reforçar dois vetores do pensamento até aqui expostos: i) a necessidade de abertura interpretativa dos tipos abstratos aos juízes; e ii) a confirmação da importância do bem jurídico penal nessa empreitada judicial interpretativa.

Assim, a referenciada excepcionalidade da intervenção penal precoce é baseada em dois pressupostos, bastante claros: primeiro, deve ser verificada a necessidade de antecipação da tutela penal antes do início do crime e, num segundo momento, o tipo deve ser analisado sob o seu potencial de realização à luz do bem jurídico tutelado. Dessa maneira, não se está a discutir a criminalização dos atos preparatórios enquanto decisão político – criminal. Contudo, não há dúvidas que o potencial de realização material do tipo deve ser aferido caso a caso pelo juiz.

Ninguém duvida, por exemplo, que o crime de moeda falsa possa ser concebido enquanto ato preparatório criminoso. Por outro lado, para ser concebido enquanto conduta capaz de lesar o bem jurídico protegido, seja ele qual for (bem jurídico individual ou coletivo), deve haver possibilidade judicial de análise das peculiaridades do caso em

concreto e do contexto social no qual a ação foi produzida¹²⁰. Uma única nota falsa pode ser receber diferentes interpretações, conduzindo a diferentes resultados.

O perigo abstrato é o motriz da criminalização de atos preparatórios. Essa técnica legislativa, em algumas hipóteses que envolvem medo coletivo, como nos casos, por exemplo, de combate ao terrorismo, indica que a antecipação da tutela penal tem chegado a níveis extremos, beirando o inaceitável perante toda carga de princípios limitativos da intervenção penal. Princípios básicos como a legalidade, a ofensividade e a culpabilidade são desprezados.

Também aqui, ou mais ainda aqui, tem grande importância a atuação do juiz enquanto ator processual na análise do caso concreto. A atuação judicial não pode ser controlada de forma absoluta, sob pena de o processo transformar-se em um simulacro e o juiz transfigurar-se num mero homologador da atividade legislativa, alijado dos poderes constitucionais que lhe permitem até mesmo declarar a inconstitucionalidade de qualquer tipo penal. Cada processo traz em si suas peculiaridades e o juiz, partindo da norma legal, é peça fundamental na concretização do devido processo penal substancial¹²¹ na busca da “legitimação pelo procedimento”¹²².

¹²⁰ FIGUEIREDO DIAS (2012, p. 684) traz interessante exemplo. O autor entende questionável o artigo 271 do Código Penal

Português, o qual pune os atos preparatórios da contrafação, afirmando tratar-se de antecipação exagerada da tutela penal. Para o autor, nessa hipótese, o legislador estaria punindo a “preparação da preparação” do crime de colocar moeda falsa em circulação. Com todo respeito, continuamos a pensar ser possível a vivência normativa do referido tipo criminal. Imaginemos a situação na qual um grande estabelecimento é descoberto contendo várias máquinas e apetrechos indicadores da produção iminente de grande quantidade de moeda falsa. Em tal situação, ao que parece, o perigo é concreto. Embora as máquinas não estejam em funcionamento, tudo sinaliza para uma hipótese viável juridicamente de “preparação da preparação” punível criminalmente.

¹²¹ Essa vertente do devido processo legal (*substantive due process of law*) teve sua gênese no direito norte-americano no caso *Calder vs Bull* – 1.798, por meio do qual o voto do Justice Chase albergou o entendimento no sentido de que o Judiciário teria o poder de nulificar os atos normativos (*rectius*, leis) contrários aos direitos fundamentais. Embora o resultado do julgamento fosse pela constitucionalidade do ato normativo questionado, iniciou-se a discussão sobre a possibilidade de se interpretar materialmente o princípio em questão, conferindo-lhe capacidade de fiscalizar o conteúdo das leis. Contudo, algum tempo depois se encerrou a discussão aludida com o julgamento do processo *Mugler vs Kansas* – 1.887, onde a Suprema Corte reconheceu seu poder de fulminar os atos legislativos despidos de razoabilidade, lançando-se, assim, a ideia em destaque como um parâmetro de controle entre a lei e suas finalidades, ficando a cargo do Judiciário dizer sobre aquilo que seria ou não razoável. Sobre esse tema, Barroso (2012, p. 348): “o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”. Em sentido semelhante, conferir MURMANN (2016, p. 100). Na jurisprudência do STF, ver o Habeas Corpus nº 109.277/SE, relatoria do Min. Carlos Brito, julgado em 13/12/2011.

¹²² CARTUYVELS (2003, p. 53-57) pontua que estamos vivendo “tempos de mediação” como resultado da crise de legitimidade e eficácia que assola os procedimentos tradicionais (mitológicos, nas palavras do autor) em resolver os conflitos sociais. Diante de um mundo complexo e marcado pelo pluralismo de valores, o plano jurídico é desafiado em ir além do formalismo, pois já não se aceita mais a exclusividade codificada de

Esse quadro comparativo entre a criminalização de atos preparatórios permite algumas conclusões, as quais podem ser projetadas para todo o contexto de expansão e controle penal, a saber: i) o legislador é incapaz de criminalizar condutas prevendo todas as suas peculiaridades e possibilidades fáticas, devendo, por isso, o tipo incriminador ser o mais preciso possível; ii) a antecipação da tutela penal, pela técnica do crime de perigo abstrato, abusa de elementos normativos oportunizando imensa abertura interpretativa; iii) o papel da interpretação judicial, nesse contexto, assume fundamental importância, para aplicação do direito levando-se em consideração seu funcionalismo, sempre norteado pelas limitações político-criminais pautadas na dignidade da pessoa humana; iv) surge um poder de complementação judicial dos tipos criminais, especificamente no tocante as hipóteses de justificação e limites à culpabilidade, com a rejeição de fórmulas absolutas; v) o bem jurídico penal permanece vivo, mais do que nunca, funcionando como: a) potente instrumento de limitação da atividade legislativa; e b) farol interpretativo e linha base para fundamentação e controle de racionalidade da decisão judicial em matéria penal.

A perspectiva da materialização dos crimes de perigo abstrato pela atividade jurisdicional traz consigo dois permanentes questionamentos, quais sejam: i) se seria legítima tal modalidade de intervenção judicial?; ou ii) se a expansão penal teria, em verdade, empurrado a teoria do crime para um novo paradigma punitivo, com reais necessidades de relativizar garantias fundamentais?

As respostas serão apresentadas mesclando-as, mais intensamente agora, com casos reais. Antes, porém, cumpre deixar consignado que a função precípua imediata do viés materializador é evitar que condutas típicas ensejem decretos condenatórios em hipóteses nas quais concretamente não há qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, evitando a injustiça de impor uma pena sem a mínima aptidão de dano, apenas com supedâneo em desobediência legislativa ou probabilidades estatísticas, cabíveis apenas no âmbito civil-administrativo.

Se reafirma, importante ressaltar, a premissa pela qual que os crimes de perigo abstrato puros violam preceitos de natureza constitucional, e impedem a concretização do devido processo legal completo, comprimindo os princípios constitucionais da presunção de inocência, ônus da prova e ofensividade.

respostas. Para o autor, é evidente o surgimento de um paradigma pautada na justiça negociada nos campos jurídicos, englobando o direito penal. Um mundo em movimento não se coaduna com inflexibilidade judicial.

Isso porque, ao criminalizar condutas com esteio em juízos de probabilidade estatísticas ou buscando a estandardização a qualquer preço de modos comportamentais, o legislador termina por criar delitos redigidos de tal maneira que a simples adequação formal da conduta ao tipo implica numa “presunção inilidível de perigo” (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p. 482), sem que o órgão acusador tenha o ônus de demonstrar em que momento da conduta houve ao menos possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido.

Isso acaba por criar, por conseguinte, uma presunção de culpa pautada na mera desobediência legislativa, sem referencialidade ao bem tutelado. É sob tal aspecto que se mostra vital a intervenção independente dos juízes, evitando condenações calçadas em simples subsunções formais e indefensáveis.

Disso resulta que deve ser rechaçada qualquer intenção de controle absoluto dos juízes na interpretação dos tipos penais pautada num funcionalismo teleológico político-criminal. O mais coerente, ao invés de declaração imediata de inconstitucionalidade ou fechar os olhos ao problema, seria buscar a legitimação de tipos penais abstratos, dotando-os de mínima fluidez para construção da decisão judicial.

Nessa empreitada, os delitos de perigo abstrato teriam a função de moldura típica inicial, ficando sua realização sempre pendente de demonstração de aptidão da conduta em concreto para lesionar o bem protegido. Haveria, por certo, uma redução da tipicidade formal, de modo a ativar o exercício e o respeito aos princípios constitucionais já listados aqui. Por mais incrível que pareça, se está falando do antiformalismo, em mínima medida, como instrumento de garantia, uma vez que seria exercido como rota de redução do alcance penal¹²³. Em alguns casos isso já vem ocorrendo, conforme exemplos a seguir.

O primeiro caso pode ser enquadrado na categoria da administrativização do Direito Penal, envolvendo a gestão de riscos ao consumidor. Trata-se de um comerciante italiano que expôs bacalhau à venda de forma em tese inapropriada, uma vez que a temperatura do ambiente excedeu em dois graus os níveis recomendados por normativa da administração. Flagrado por ente fiscalizador, foi alvo de processo criminal que chegou a mais alta instância jurisdicional do país. Em sentença prolatada em 27 de outubro de 2018, a Corte Suprema italiana rejeitou o perigo abstrato puro, concluindo que a simples diferença de dois graus na

¹²³ Não se trata aqui de usar a fluidez dos tipos penais para ampliar o raio de incriminação, contribuindo para o quadro de expansão penal, tal qual aconteceu no alargamento da interpretação de um tipo penal para extrair um tipo penal novo, como de forma surpreendente fez o STF brasileiro no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, ambos julgados no dia 13.06.2019, quando a maioria dos Ministros reconheceu a mora legislativa e criminalizou a homofobia.

conservação do produto, desatendendo aos padrões de segurança antevistos administrativamente em ato normativo, mas sem demonstração de aptidão para ocasionar danos concretos aos bens tutelados, não poderia implica em crime. Os juízes utilizaram a cláusula de propensão, embora o art. 5 let. b) e art. 6, *terzo comma* L. 283/162, não sinalizasse essa possibilidade¹²⁴.

O segundo caso cuida de um delito ambiental (dano cumulativo) ocorrido no Brasil e previsto no artigo 34 da Lei 9605/1998, consistindo em pescar em local proibido, em violação de mandamentos administrativos. O processo chegou ao Supremo Tribunal Federal em razão do acusado exercer o cargo de Deputado Federal no momento dos fatos. A Suprema Corte fundamentou sua decisão entendendo que a conduta não portava em si o requisito da justa causa para a abertura da ação penal, com início do processo criminal, notadamente por ausência de ofensividade da ação do agente, pelo pequeno grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O curioso é que a própria Corte reconheceu que o crime então *sub judice* tratava-se de crime de perigo abstrato e que, mesmo assim, seria imperativo verificar no plano concreto a existência de perigo concreto ou potencial ao bem jurídico protegido. Mais um exemplo, é bastante evidente, de utilização da cláusula de propensão *ex officio* pelos juízes, transformando, pela via interpretativa e pela fluidez do tipo, o perigo abstrato em perigo concreto.¹²⁵

O terceiro caso envolve os crimes de tráfico, cultivo e aquisição ou detenção para o consumo de substâncias ilícitas. Em verdade, consistirá numa análise comparada dos crimes ora citados, envolvendo a jurisprudência portuguesa e italiana. O intuito é demonstrar que a

¹²⁴ Conferir: *Penale Sent. Sez. 3* Num. 348 Anno 2019, Presidente: Ramacci Lucca, Relatore: Galterio Donatella, Data Udienda: 27/11/2018. O trecho final ficou assim: “Concluindo, portanto, no caso em questão, na falta de averiguação se os métodos de armazenamento eram realmente adequados para a determinação de um perigo, deve-se excluir que o método de armazenamento utilizado, que resultou em um desvio de 2 graus da temperatura indicada no rótulo do produto, não garantia a manutenção das propriedades ou características organolépticas dos alimentos, com a consequente inexistência de suposta violação da lei.” Tradução livre a partir do trecho original: *Conclusivamente perciò nella fattispecie in esame, in difetto di un accertamento sul fatto che le modalità di conservazione fossero in concreto idonee a determinare un pericolo, deve escludersi che la modalità di conservazione utilizzata, concretizzatasi nel discostamento di 2° dalla temperatura indicata sull'etichetta del prodotto non garantisse il mantenimento delle proprietà o delle caratteristiche organolettiche dell'alimento, con conseguente insussistenza dell'eccepita violazione di legge.*

¹²⁵ Conferir: Inquérito 3788, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 01.03.2016, Acórdão Eletrônico DJe-122 divulgado 13.06.2016, publicado 14.06.2016. Da decisão, vale destacar o seguinte trecho: “No processo em exame, houve a impossibilidade de produzir-se prova material de qualquer dano efetivo ao meio ambiente, sendo a conduta do Acusado enquadrada no art. 34 da Lei nº 9.605/1998. Mesmo diante de crime de perigo abstrato, não é possível dispensar a verificação *in concreto* do perigo real ou mesmo potencial da conduta praticada pelo acusado com relação ao bem jurídico tutelado. Esse perigo real não se verifica na espécie vertente”.

submissão irrestrita ao texto da lei, quando se prima mais pela forma do que pela própria realidade, pode ensejar injustiças, como verificado no caso ocorrido em Portugal, ao passo em que a abertura dos tipos penais, possibilitando a atuação interpretativa dos juízes, pode conduzir a um caminho desejado de maior equidade, tal como ocorrido na Itália.

No caso português, a síntese dos acórdãos demonstra completa vinculação dos juízes ao texto da lei, com inversão de princípios constitucionais e desprezo da realidade fática. Do lado italiano, a letra da lei é um norte obrigatório a ser seguido, mas o tipo é complementado por minuciosa análise judicial dos fatos, dentro de uma legítima abertura interpretativa que proporciona uma conjunção adequada entre norma e realidade.

Em Portugal, a questão de fundo discutida no Acórdão 295/2003, proferido pelo Tribunal Constitucional, e no Acórdão 8/2008, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, ambos agora em exame, era se a detenção ou a aquisição de produto estupefacientes para consumo próprio, acima da quantidade permitida para o consumo médio individual durante 10 dias, seria constitucional e crime, respectivamente. A primeira decisão é bastante interessante à análise aqui proposta, pois o juiz de primeiro grau considerou que o arguido era realmente usuário, embora a quantidade possuída fosse superior à quantidade necessária para o consumo médio individual pelo período de 10 dias. Na sequência, em julgamento na Corte, a declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma (voto vencido) reconheceu expressamente que “[...] no caso concreto, foi provado que as doses se destinavam ao consumo [...]” e que a melhor interpretação do tipo deveria permitir a contraprova, sob pena de restar caracterizada “presunção inilidível de tráfico”. Contudo, por maioria, a Corte Constitucional afirmou ser inquestionável a ampla margem de liberdade conferida ao legislador na tipificação de condutas.

Em tom semelhante ao entendimento firmado pela Corte Constitucional, o Acórdão 8/2008 modificou sentença originária, no bojo da qual o juiz monocrático considerou que a quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias teria uma “função meramente indicativa ou orientadora” e a figura do tráfico deveria ser analisada concretamente. Para o Supremo Tribunal de Justiça português, não se estaria diante de uma criminalização do consumo, pois o objetivo do legislador reside, em verdade, em impedir o risco abstrato de que substâncias ilícitas cultivadas e armazenadas em quantidades excessivas sejam dispensadas a terceiros, tornando o consumidor inicial em traficante.

O Tribunal sublinhou, ainda, a legitimidade do critério puramente quantitativo para tipificação envolvendo perigo abstrato, visando impedir que outras pessoas tenham acesso às drogas de usuários. Portanto, os dois acórdãos deixam transparecer que ambos os tribunais ignoram se a prova dos autos demonstra que o indivíduo é realmente usuário, conferindo valor absoluto ao padrão quantitativo do texto da lei¹²⁶.

Portanto, na esteira da formação de um entendimento jurisprudencial com perspectiva materializadora, que não tem aceitado os crimes de perigo abstrato em sua forma pura, vislumbramos a formação de uma tendência jurisprudencial que parece sinalizar não mais haver utilidade prática em distinguir os crimes de perigo, uma vez que a legitimação de qualquer crime de perigo passaria pela obrigatoriedade de analisar em concreto a existência de, no mínimo, perigo em potencial para agredir o bem jurídico tutelado.

Não se está defendendo, vale ressaltar, a inconstitucionalidade de todos os crimes de perigo abstrato, mas sim que os crimes desta modalidade teriam vida enquanto moldura típica, resultante da regular atividade legislativa, embora deversem portar uma redação que não ensejasse qualquer presunção absoluta e, por conseguinte, irrefutável do perigo, com repercussões diretas sobre o ônus da prova e sobre a presunção de inocência, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras: os tipos de perigo abstrato devem servir de parâmetro na verificação do risco concreto ao bem jurídico protegido, sob as lentes da política criminal, sem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade, desde que não veiculem presunções absolutas de culpa.

Por certo, a sociedade vive um momento em que a necessidade de construir padrões, regida pelos ditames de uma ordem econômica pautada no consumismo, que procura a segurança em grande medida nos crimes de perigo abstrato, vem encontrando obstáculos numa dogmática que procura legitimar-se à luz dos textos constitucionais gestados num novo ambiente jurídico. Isso resulta da Segunda Grande Guerra, período marcado pela normatividade dos princípios constitucionais e pela evidente ascensão do Poder Judiciário como principal intérprete e guardião da força normativa da Constituição.

¹²⁶ Nesse acórdão, destaca-se o voto vencido do Conselheiro Eduardo Maia Costa, que parece seguir a perspectiva da materialização dos crimes de perigo abstrato. Naquela oportunidade, sua Excelência expôs que: “[...] o legislador traça um critério, meramente indicativo ou indiciário [...] critério que cede perante a prova de que uma quantidade superior se destina inteiramente ao consumo pessoal”. O magistrado segue em tom crítico afirmando que a posição majoritária estaria criando um novo tipo penal que chama de “aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas”. Por fim, conclui que “[...] a proteção do perigo recua aqui a uma fase remota, em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória, incerta ou atípica pode correr perigo [...]”

Nesse contexto, não há espaço para que os crimes de perigo abstrato continuem com a mesma roupagem. Precisam ser reinventados, redefinidos ou mesmo rejeitados em sua forma pura. A dogmática moderna, alicerçada na política criminal como método interpretativo e de preenchimento de conteúdo material, deve ter a sensibilidade de entender e absorver o voto de confiança conferido pelo poder constituinte originário ao Poder Judiciário dos países ocidentais, aceitando uma realidade já existente em que a jurisdição vem funcionando como nítido instrumento de garantia e aperfeiçoamento legislativo em matéria de perigo em Direito Penal.

Certamente, pode transparecer o medo de uma improvável “tirania dos juízes”, impulsionada pela abertura de espaços interpretativos em tipos penais punitivos¹²⁷. Quanto a isso, são vários os argumentos contrários, valendo pontuar que: i) a atuação judicial aqui proposta é unidirecional e caminha sob a vertente minimalista, jamais para ampliar o alcance penal do tipo incriminador; ii) quando o legislador cria delitos que inviabilizam a concretização de princípios constitucionais, impossibilitando o devido processo legal, ao arrepio do sistema jurídico anteriormente estabelecido, é ele próprio o “tirano”; iii) o engrandecimento do Poder Judiciário foi somente no aspecto da supremacia normativa; e, por fim, iv) se em épocas passadas os juízes eram instrumentos de manutenção do *status quo*, as atuais Constituições dotaram o Poder Judiciário de garantias, justamente para exercerem a jurisdição de maneira independente¹²⁸, focando nos direitos e garantias fundamentais.

¹²⁷ ZAFFARONI (2019, p. 88-92) lembra das atrocidades praticas pelo “Tribunal do Povo” (*Volksgericht*) durante o regime nazista, onde abertura dos tipos penais era intensa e proposital de modo a garantir a amplitude das interpretações. Como exemplo, o autor cita o “delito de desmoralização”, que serviu de base para imposição de pena de morte para inúmeros condenados. Contudo, é preciso sublinhar a existência de um regime de exceção e a ausência de garantias aos juízes.

¹²⁸ POSNER (2007, p. 176), sobre esse aspecto, assinala que: “Os juízes não estão tão sujeitos a pressões de grupos de interesses e ao sentimento popular quanto os legisladores, e, em áreas específicas, essas forças podem constranger os legisladores mais fortemente do que os juízes são constrangidos pelas limitações do processo judicial”. Outrossim, CAPPELLETTI (1999, p. 89) complementa aduzindo que: “Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os ‘políticos’ encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados”.

CONCLUSÃO

A busca por segurança é legítima. Trata-se de um direito humano que justifica, em grande medida, a existência do Estado e seu monopólio da violência. Da mesma forma, é necessário enfatizar que seria errado minimizar, com grande razão para negar, os perigos da sociedade de risco. O Estado deve garantir a segurança na medida do possível e razoável, e isso está fora de questão. Mas, daí não se segue, longe disso, que o circunspecto inflexível do direito penal tenha condições de resolver os problemas de segurança desta mesma sociedade, levando-se em consideração que sua função principal não é atuar na prevenção de crimes, mas sim, limitar o poder punitivo do Estado.

Porém, uma constatação parece ser bastante evidente: se o direito é a expressão do estado de uma sociedade, então, precisamente também o direito penal na sociedade de risco será orientado para a obtenção da segurança. Mas, neste contexto, os fatos têm uma força normativa avassaladora, que, entretanto, não deve se tornar como um obstáculo na busca da solução mais adequada. Fortalecer o uso do direito civil e administrativo, ao invés das normas penais, é de fundamental importância, prevalecendo a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal.

Ao longo deste trabalho, buscou-se apresentar de que maneira a política criminal se relaciona com todos os ramos das ciências criminais, devendo ser o instrumento reflexivo a ser utilizado para o funcionamento do sistema penal. Foi demonstrado, também, que a política criminal pode ser utilizada para fundamentar diversas possibilidades de caminhos a serem percorridos por este mesmo sistema, levando a finalidades totalmente distintas.

O estudo criminológico, da mesma forma, que serve de sustentação teórica e fonte principal para a política criminal, também pode se realizar de diversas formas, a depender do perfil do criminólogo em questão. As principais escolas e correntes aqui apresentadas demonstram que a partir de premissas diferentes, os resultados acerca das raízes do crime também serão distintos, uma vez que o método compromete a visão e a tecnicidade da pesquisa.

No que se refere ao controle social, foi visto também que, ao longo do tempo, o homem sempre buscou determinar e conduzir o curso da história, condicionando os comportamentos da sociedade para que cumpram com determinadas funções e finalidades, mantendo a roda do mercado capitalista funcionando a todo vapor. Tais métodos de controle, mais ou menos violentos e invasivos, sofreram e constantemente sofrerão sofisticados

refinamentos, para que cada vez mais o ser humano vigiado e dominado considere-se livre pelas pequenas satisfações realizadas através do consumismo exacerbado.

Todas estas situações instáveis e incertas, que vão desde o estudo criminológico até as modalidades de controle social, possuem uma coisa em comum: não estão atreladas à dignidade humana, bem como a quase nenhum direito fundamental previsto.

As balizas humanistas, nesta linha, serão o que definirão o norte da política criminal que respeite direitos humanos, e ao se reconhecer isso, primordial que assumam, em todos os ramos das ciências criminais, a tarefa indissociável político-criminal, que é a adequação social e humanitária do sistema penal.

A não percepção da alta capacidade de reestruturação do poder punitivo, quando dúvidas contundentes atingem seus fundamentos, seus pressupostos e seus dogmas, resulta em um grande equívoco. O efeito perverso de políticas criminais repressivas, lastreadas em balizas que não consideram o ser humano a partir de sua dignidade, acelera o ritmo de encarceramento e a exposição de substancial número de pessoas ao cárcere, bem como a outras formas de punição previstas em lei que também estigmatizam o indivíduo.

Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da sociedade de risco, os ansiosos por segurança a qualquer preço e, com eles, os aparentemente bem intencionados reformadores do sistema penal, que apresentam propostas de expansão do direito penal para contenção social que se alastra a passos largos são a mola propulsora do panpenalismo.

As políticas criminais repressivas, que desembocam em estado de exceção e necropolíticas, demonstram o resultado de não se compreender a indissociável vinculação da dignidade humana, bem como todo o arcabouço de direitos humanos à política criminal. Raciocínios matemáticos e puramente racionais, tal como vistos na vertente atuarial, apenas demonstram que o afastamento do caráter humanista leva a busca por resultados rápidos e aparentemente eficientes, contudo, desprovidos de uma análise adequada e de substrato ético.

O Direito Penal clássico, por sua vez, assim como seu rol de princípios, tem como premissa toda uma conjuntura política e cultural, responsável pelo estabelecimento de uma possibilidade social para seu surgimento. A compreensão plena desta modalidade jurídica positivada e orientada pelos corolários iluministas apenas pode ser verificada quando inserida nos padrões de existência de uma época, ou seja, na forma com os homens se relacionavam na produção social da riqueza.

A construção clássica do direito penal e a consagração do princípio da legalidade tem como objetivo principal evitar os desmandos do soberano, criando a liberdade necessária para o desenvolvimento de uma nova classe, então incipiente. A igualdade, previsibilidade, segurança jurídica e, principalmente, a dignidade, passam a ser instituições imprescindíveis para construir as balizas e as potencialidades de um novo sistema econômico-social. Altera-se a arbitrariedade do déspota pela racionalidade formal do tipo penal.

Neste sentido, o princípio da legalidade, principalmente em seu aspecto material, demanda uma análise político-criminal para adequada aplicabilidade, uma vez que questões como adequação social e interpretação da norma a partir da proibição de tipos penais vagos ou imprecisos devem ser apreciados de acordo com este raciocínio humanista. A compreensão do princípio *nullum-crimen* como pedra angular de todo o sistema é fundamental, inclusive para a teoria do bem jurídico.

A relação da política criminal alinhada com preceitos humanitários, faz parte, também, da interpretação dogmática dos tipos penais. Não se admite que fique o jurista vinculado a conceitos fechados que não esteja conectados com a realidade social, sendo o funcionalismo penal, dentro da linha roxiniana de pensamento, o mais adequado para a concretização de uma política criminal preocupada com a realidade social.

Por fim, a função dos juízes ao interpretarem tipos penais abertos e de perigo abstrato não pode se realizar sem perder de vista a política criminal e a adequação social, bem como a agressão concreta a bens jurídicos individuais. A abstração excessiva fere a legalidade, que, por consequência, gera a mácula aos direitos fundamentais levando à inconstitucionalidade.

Dentro da perspectiva, podemos concluir que o direito penal assume uma função finalisticamente instrumentalizada, mas com conteúdo axiológico pautado na dignidade da pessoa humana. Toda e qualquer função atribuída ao direito está intrinsecamente comprometida com a proteção da dignidade da pessoa humana, e seu conteúdo político criminal.

Por tudo quanto exposto, mirando uma possibilidade de limitação racional do poder punitivo estatal, sem perfilhar qualquer tipo de proselitismo, mas escudado na liberdade da pesquisa acadêmica, na vertente democrática do pensamento crítico e na necessidade aprimoramento científico, apresentamos as seguintes conclusões: i) é sim legítima, além de obrigatória, a atividade judicial de conversão interpretativa dos crimes de perigo abstrato em perigo concreto; ii) há situações nas quais, apesar de abstratamente perigosa, a conduta em

concreto não possui aptidão para produzir qualquer perigo; iii) diante do estágio civilizatório alcançado, não há base constitucional para presunção absoluta do perigo no Direito Penal ocidentalizado; iv) a jurisdição serve como instrumento de aperfeiçoamento legislativo; v) ao rejeitar o bem jurídico como referencial, a antecipação da tutela penal torna-se ilegítima e ilimitada; vi) os tipos de perigo abstrato puro subvertem pilares do Direito Penal (dano ou risco concreto), processual penal (ônus da prova) e constitucional (presunção de inocência); vii) os tipos de perigo abstrato devem servir de parâmetro na verificação do risco concreto ao bem jurídico protegido, sem necessidade de declaração de inconstitucionalidade, desde que não veiculem presunções absolutas de culpa; viii) a sentença penal condenatória não pode fundamentar-se no perigo abstrato por si só, sendo imprescindível, no mínimo, a demonstração de perigo com aptidão de ofender o bem jurídico protegido; ix) torna-se necessário, ao que parece, um processo de unificação interpretativa dos tipos de perigo a ser construído progressivamente pela jurisprudência em cada caso concreto, uniformizando a atuação dos operadores jurídicos; e, por fim, x) não haveria utilidade prática em distinguir os crimes de perigo, pois o único perigo constitucionalmente legítimo na órbita penal seria aquele com propensão de causar dano.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção. Homo sacer, II, I.** Tradução de Iraci D. Poleti. – 2ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2004

ALAGIA, Alejandro. **Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. **A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais.** Dados, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano. Volume I** – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ALVIM, Márcia Cristia de Souza; MELLO, Laís Veiga de Carvalho. **A atração social pelo aprisionamento e os tiranos da modernidade.** Arquivo Jurídico, v. 5 – n. 2 – Teresina, 2018

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología.** Edición dirigida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas em Espanã, parte II, v. 2 – Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 1988.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução a sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2011.

BARBOSA, Jonnefer F. **A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de *reine Gewalt*.** Ver. Filos., Aurora, Curitiba v. 25, n. 37, p. 151-169. Dez 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Tradução: Marcus Penchel, - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999

_____. **Vida líquida.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Walter. **Sobre o conceito da história. In: O anjo da história.** Lisboa: Assírio & Alvim, 2010.

_____. **Teses sobre o conceito da história.** 1940. Acesso em 01/12/2020, Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4330350/mod_resource/content/1/w_benjamin_teses_sobre_o_conceito_de_historia_1940.pdf>, acesso em 30.11.2020

_____. **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921).** Organização, apresentação e notas de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Susana Kampff e Ernani Chaves. Editora 34, São Paulo, 2011.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERGALLI, Roberto. **O pensamento criminológico II: estado e controle** / Roberto Bergalli, et. al.; tradução Roberta Duboc Pedrinha, Sergio Chastinet Duarte Guimarães – 1. ed. – Rio de Janeiro: Renavan, 2015

BERTONCINI, Matheus Eduardo Siqueira Nunes; TORRES, Rafael Lima. **Combate à corrupção, crimes econômicos, teorias criminológicas correlatas e ética empresarial.** CONPEDI, 2015. <http://conpedi.danilolr.info/eventos/conpedi/c178h0tg>, acesso em 01/10/2020.

BINDER, Alberto M. **Política criminal: de la formulación a la praxis.** 1ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1997

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. **Crimes contra o Sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais.** 3. Ed. – São Paulo – Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Introdução Tércio Sampaio Ferraz Junior; tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica João Ferreira – São Paulo: Polis: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 29/09/2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 1.646, de 20 de março de 2019.** Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B2F252E64724CC6F84055BE07EE493F4.proposicoesWebExterno1?codteor=1721790&filename=PL+1646/2019>. Acesso em: 29/10/2020.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 29/10/2020.

_____. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 29/10/2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29/10/2020.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15/01/2021.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Diário Oficial, Brasília, DF, 31 de jan.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 16334/SC – Santa Catarina**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdãos, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 29/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR – Paraná**. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Acórdãos, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 29/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. DJe 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02.02.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC. 109.227. Relator: Min. Carlos Brito, julgado em 13.12.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3788. Relator: Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 01.03.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 4733. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019.

BRITO, Tiago da Costa. **A (des)construção dos paradigmas constitucionais da Alemanha nos anos 1933-1945: a Constituição Nazista**. Âmbito Jurídico, 2018, acesso em

15/01/2021, disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-des-construcao-dos-paradigmas-constitucionais-da-alemanha-nos-anos-1933-1945-a-constituicao-nazista/#_ftn2

BUSATO, Paulo César. **Delitos de posse e ação significativa: Crítica aos *besitzdelikte* a partir da concepção significativa da ação**. Sequência, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n73/0101-9562-seq-73-00075.pdf>. Acesso em: 17.02.2021

_____. **Direito Penal: parte geral**. v. 1. – São Paulo: Atlas, 2017

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAIERO, Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100/2013, p. 453/501, jan.-fev./2013

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

CÂMARA, Guilherme Costa. **Capacidade de resistência do bem jurídico coletivo e o problema da conduta cumulativamente ofensiva às futuras gerações**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal Director Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Ano 28, n. 2, maio-agosto 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 22º ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 18º ed., rev. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Vol. I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

CARTUYVELS, Yves. **Comment articuler “mediation” et “justice réparatrice”?** In: JACCOUD, Mylène (Sous la direction de). Justice réparatrice et médiation pénale: convergences ou divergences? Paris: L’Harmattan, 2003.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CYRINO, André Rodrigues. **Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?** Revista de Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, v. 62, 2007. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTMxMA%2C%2C>. Acesso em: 26.10.2020.

D'AVILLA, Fabio Roberto. **A Realização do Tipo de Ilícito como Pedra Angular da Teoria do Crime. Elementos para o Abandono do Conceito Pré – Típico Ação e de suas Funções.** In: Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Coordenador Salah Khaled Jr. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015

DEL OLMO, Rosa. **A américa latina e sua criminologia.** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan: ICC, 2017

DELEUZE, Gilles. **Conversações.** Tradução de Peter Pál Pelbat. 3ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2017

DERRIDA, Jaques. **Força de lei – o fundamento místico da autoridade.** Tradução Leyla Perrone-Moisés. – 2ª edição – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Cultura jurídica criminal na primeira república.** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito.** – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

DUFF, R. A. **Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law.** Oxford: Hart Publishing, 2007

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna.** Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DURKHEIM, Émile. **Ética e sociologia da moral.** São Paulo: Martin Claret, 2016.

_____. **Lições de Sociologia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRENBERG, Alain. **O culto da performance: da aventura empreendedora à depressão nervosa.** Organização e tradução de Pedro F. Bendassolli. Aparecida/SP: Idéias & Letras, 2010.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Lei nº 7000, de 27 de dezembro de 2001.** Dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2001/lei%20n.%B0%207.000%20-%20atualizada.htm>> Acesso em: 29/10/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Declaration of Principles 1870. Disponível em: http://www.aca.org/aca_prod_imis/docs/Exec/1870Declaration_of_Principles.pdf, acesso em 04/11/2020.

_____. **Brown v. Board of Education** (1954). Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>, acesso em 22.12.2020.

_____. **Calder v. Bull** (1978). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/386/>, acesso em 22.12.2020.

_____. **Mugler v. Kansas** (1887). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/123/623/>, acesso em 23.12.2020.

_____. **People v. Decina**, 138, N.E. 2d 799, N.Y., (1956). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-people-v-decina>, acesso em: 23.12.2020.

_____. **Robinson v. California**, 370 U.S. 660 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/660/>, acesso em: 23.12.2020.

FEBBRAJO, Alberto, LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Autopoiese**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>> Acesso em: 13.11.2020

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. **The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications**. Criminology, v. 30, nº 4, 1992, p. 449-474. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-New-Penology%3A-Notes-on-the-Emerging-Strategy-of-Feeley-Simón/06ca3563be7dc8037d97192b8af4c9ce84c75497#citing-papers>. Acesso em: 20.01.2021

FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”**. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, p. 23-61, maio-ago. 2011. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo1.pdf. Acesso em: 22.10.2020.

FEINBERG, Joel. **Harm to others: the moral limits of the criminal law**. Nova York: Oxford University, 1984.

FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of the criminal law**. Nova York: Oxford University, 1986.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e o Direito Penal, a Constituição Penal**. 2. ed., Revista e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FÉLIX, Luciene. **Discurso da servidão voluntária**. Conhecimento sem fronteiras, artigos de filosofia da Escola Superior de Direito Constitucional. São Paulo, 2007, Disponível em:< http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2007_11_Boetie.htm> Acesso em 27.01.2021

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral**, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. **Direito Penal**. tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **A Ciência Conjunta do Direito Penal: da política criminal, da dogmática jurídico-penal, da criminologia e das suas mútuas relações**. In: Questões do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX**. Quaderni Fiorentini, n. XXXV, p. 344. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento das prisões**. Tradução Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução Maria Ermantina Galvão. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. Tradução de Ivone C. Benedetti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP. 8 ed. rev. E atualizada por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FURTADO, Celso. **O capitalismo pós-nacional**. Economia do Desenvolvimento, Rio de Janeiro: Contraponto, 2008

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. – Rio de Janeiro: Renavan, 2008, 2ª reimpressão, abril de 2017.

GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. Versão portuguesa traduzida por Julio de Mattos. Porto: Teixeira e Irmão Editores, 1895.

GAUER, Ruth M. Chittó. **Violência e Legalidade**. In: Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito / coordenadores: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GEORGE, Susan. **O relatório lugano**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003

GICO JR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, P. 7-33, Universidade Católica de Brasília, Ed. Universa, Jan-Jun 2010.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Coleção pensamento criminológico. v. 16. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2.ed. Coleção Ciência Criminais, v.1 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional – direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’ de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 32, 2000.

_____. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e prática: estudos de filosofia social**. Tradução e apresentação Rúrion Melo. – 1ª ed. São Paulo – Editora Unesp, 2013.

HAN, Byung-Chul. **La Sociedad del cansancio**. Tradución de Arantzazu Saratzaga Arregi. Título original: Die Müdigkeitsgesellschaft. 1ª ed. Barcelona - Herder, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Anatomia do crime de apropriação indébita do ICMS**. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/318043/anatomia-do-crime-de-apropriacao-indebita-do-icms>>. Acesso em: 17/10/2020

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crise do Moderno Direito Penal**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano III, n. 18, fev-mar. 2003.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUSAK, Douglas. **Rethinking the act requirement**. Cardozo L. Rev, New York, 28, p. 2437, 2006-2007. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/reading/Rethinking%20the%20Act%20Requirement%20\(Husak\).pdf](https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/reading/Rethinking%20the%20Act%20Requirement%20(Husak).pdf). Acesso em: 18.02.2021

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global** – 8ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas** / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción de la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970

JESCHECK, Hans-Heinrich. **La reforma del derecho penal em general**. In: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. S. Mir Puig, G. Stratenwerth, C. Roxin, R. Bengalli, G. Rodriguez, A. Baratta, W. Hassemer, J. Bustos, J. Cerezo, A. Kaufmann, H.H. Jescheck, F. Muñoz Conde, E. Giambernat Ordeig, D. Luzín Pena, J. Cordoba Róda. Bogotá: Editorial Themis, 1982

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KOZICKI, Katya. Comentários à Intervenção de Celso Lafer. In. BREPOHL, Marion (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Curitiba: Editora UFPR, 2013. p. 35-44.

LA BOÉTIE, Ethienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Versão para E-books Brasil, Le Livros Editora, 2006

LAFER, Celso. **Reflexões sobre a atualidade da Análise de Hannah Arendt Sobre o Processo Eichmann**. In: BREPOHL, Marion (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Curitiba: Editora UFPR, 2013. p. 17-33

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Leandro Farina. São Paulo: Minelli, 2003.

LEVIN, Benjamin. **Rethinking the Boundaries of “Criminal Justice”**. The Ohio State Journal of Criminal Law, Volume 15, number 1, Press 2017, p. 620

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido Tomo I por José Higino Duarte Pereira – Campinas: Russell Editores, 2003

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. – São Paulo: Ícone, 2013

LÖWY, Michael. **A filosofia da história de Walter Benjamin**. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 45, p. 199-206, ago. 2002. acesso em 19 jan. 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142002000200013&lng=pt&nrm=iso>

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. – Petrópolis: Vozes, 2016

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. – Petrópolis: Vozes, 2011

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renavan, 2012

MARINO, Giuseppe. **Lo statuto del “terrorista”: tra simbolo ed anticipazione**. Diritto Penale Contemporaneo, Milano, Rivista Trimestrale, n. 1, 44-52, 2017. Disponível em: <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/rivista0117.pdf>. Acesso em: 05.10.2020

MARTINSON, Robert. **Questions and answers about prison reform**. National Affairs, number 46, The Public Interest, 1974. Disponível em: <https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e/1a4/ba7/58e1a4ba7354b822028275.pdf>, acesso em 15.01.2021

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão de Paul Singer; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Koethe. – volume I, Tomo 2, 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Alberto Pina. – 1ª ed. 4ª reimpressão – São Paulo: Boitempo, 2005

MARX, Karl. **Os 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 9ª ed. São Paulo: Hucitec, 1993

MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentários às teses de Walter Benjamin**. Tradução de Nélcio Schneider. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2011

MATO GROSSO DO SUL(Estado). **Lei nº 7098, de 30 de dezembro de 1998**. Consolida normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/CC9C3B9886404BAA0325678B0043A842>>. Acesso em: 29/10/2020.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.- 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008

MENDOZA BUERGO, Blanca. **La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto**. Revista de Derecho Penal y Criminología, Bogotá, 2. Época, n. 9, p. 39-82, 2002. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5020&dsID=Documento.pdf>, acesso em: 28.09.2020.

MIR PUIG, Santiago. **Política criminal, pena y delito**. In: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. S. Mir Puig, G. Stratenwerth, C. Roxin, R. Bengalli, G. Rodriguez, A. Baratta, W. Hassemer, J. Bustos, J. Cerezo, A. Kaufmann, H.H. Jescheck, F. Muñoz Conde, E. Giambernati Ordeig, D. Luzin Pena, J. Cordoba Róda. Bogotá: Editorial Themis, 1982

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. – 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2002

MOLLO, Juan Pablo. **O delinquente que não existe**. Tradução de Débora se Souza de Almeida. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2016

_____. **Psicanálise e criminologia: estudos sobre a delinquência**. Tradução de Yellbin Morote García. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2015

MORRISON, Wayne. **Theoretical Criminology: from modernity to post-modernism**. London: Cavendish Publishing Limited, 1995

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de criminologia**. 1ª ed., 2ª tiragem – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

OLIVEIRA, Marcio de. **O Estado em Durkheim: Elementos para um Debate Sobre Sua Sociologia política**. In: Revista de sociologia e política v. 18, n. 37: 125-135 OUT. 2010

ORTEGA Y GASSET, José. **La rebelión de las masas**. 7. ed. Barcelona: Austral, (Edición conmemorativa), 2018.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Antígona, 2015.

PALMA, Maria Fernanda. **Conceito material de crime e reforma penal. Anatomia do crime**. Coimbra: Almedina editora, julho-dezembro 2014.

PALMA, Maria Fernanda. **Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: a absorção do “direito penal de justiça” pelo direito penal secundário?** In: Professor Doutor Dário Moura Vicente (Coordenador), Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v. II, p. 273-288, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal: conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas.** 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

PALMA, Maria Fernanda. **Dos fundamentos da normatividade na filosofia ao problema do enquadramento pelo direito do terrorismo.** *Anatomia do crime*, n. 4, Coimbra, julho-dezembro 2016.

PARANÁ (Estado). **Decreto nº 6.080, de 28 de setembro de 2012.** *Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS.* Disponível em: <https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/106201206080.pdf>>. Acesso em: 29/10/2020

PASSETTI, Edson. **A arte da amizade.** Verve. Revista do NU-SOL – Núcleo de Sociabilidade Libertária – Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais PUC-SP, v. 1, 2002. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/issue/view/340>, acesso em: 07/01/2021

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** – 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002

Portal STF. **STF começa a julgar criminalização do não recolhimento de ICMS declarado.** Assessoria de Imprensa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432414&tip=UN>> Acesso em: 15/10/2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>, acesso em 13.11.2020

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão 8/2008. Rel. José Antônio Carmona da Mota, julgado em 25.06.2008. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2008/08/15000/0523505254.pdf>, acesso em 13.09.2020.

_____. Tribunal Constitucional, Acórdão 179/2012. julgado em 04.04.2012. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/552810/details/maximized>, acesso em: 13.09.2020.

_____. Tribunal Constitucional, Acórdão 295/2003. julgado em 12.06.2003. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2861335/details/maximized>, acesso em: 13.09.2020.

_____. Tribunal Constitucional, Acórdão 377/2015. julgado em 27.07.2015. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/69992910/details/maximized>, acesso em: 13.09.2020.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Economic analysis of law.** – 7th ed. Library of Congress Catalogin – Publication Data: Aspen Publishers, 2007.

PRITWITS, C. **Sociedad del riesgo y derecho penal.** In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN Ulfrid; y NIETO MARTINS, Adán (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla, La Mancha (Estudios, 91), 2003. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>, Acesso em 23.01.2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O direito a ações imorais: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal.** – São Paulo: Almedina, 2012

RAMOS, Sílvia. **Racismo, motor da violência: um ano da Rede de Observatórios da Segurança** / Sílvia Ramos...[et al.]; fotografias Igor Pessoa, Fran Silva, Alma Preta e Conectas. - Rio de Janeiro : Anabela Paiva, Centro de Estudo de Segurança e Cidadania (CESeC), 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** – 27^a ed., 6^a tiragem – São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Memórias.** V. 2 – São Paulo: Saraiva, 1987

ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. **Repensando a imaginação criminológica e os mecanismos de luz e sombra dos estados soberanos na modernidade.** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 21, n. 3, p. 75-118, set./dez. 2020. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1657/564?fbclid=IwAR0Ya_vT3ZM6HE8d-O5_Qt7A7Mmh1MtZ4RYENUqBPB2Xjjqdbvr-snuSIxQk, acesso em 07.02.2021.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil** [1894]. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2011.

RODRIGUES, Marta Felino. **As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidades de precisões conceptuais.** Coimbra: Almedina Editora, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição: a ostentação do horror.** Alexandre Morais da Rosa e Augusto Jobim do Amaral. 3^a ed., ver. e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017

ROXIN, Claus. **Tratado de Derecho Penal, Parte General.** Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito – Traducción de la 2^a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal – Madrid: Civitas, 1997

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. 2^a tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

_____. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque.** In: LEITE, Alaor (org.). Novos estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 70-97.

_____. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico.** In: LEITE, Alaor (org.). Novos estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. Coleção Direito Penal e Criminologia. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 41- 69.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2ª edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.** 7ª edição - Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1.320, de 06 de abril de 2018.** Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária - "Nos Conformes", define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>>. Acesso em: 29/10/2020

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao art. 1º, III.** In: CANOTILHO, José Joaquim G. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-128.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Atlas, 2012

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SASTRE, Gerardo López. **John Stuart Mill – O Utilitarismo que Mudaria o Mundo.** Tradução de Filipa Velosa. – São Paulo: Salvar do Brasil, 2017

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão; Coord. E Supervisor Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. **O conceito do político.** Tradução de Alexandre de Sá. – Lisboa: Edições 70, 2016

SCHOLZ, Julia Farah. **Reflexos sobre a escola positiva: a reinterpretação de seus institutos no código penal brasileiro de 1940.** In: Estudos em história do direito penal e da justiça criminal / Diego Nunes (Organizador). Uberlândia: LAECC, 2020. 340 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Las reglas de la técnica en derecho penal.** Traducción de Manuel Cancio Meliá y Mercedes Pérez Manzano. Anuario de derecho penal y ciencias

penales, Madri, t. 47, Fasc/Mes 3, p. 307-342. 1994. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46462>. Acesso em: 27.01.2021.

_____. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos.** In: GRECO Luís (org.). Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução de Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Claudia Grossi, Danielle Campos, Heloísa Estellita e Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39-68.

_____. **La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminales, RBCCrim 44/2003, jul-set. 2003

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000

_____. **Sobre ética e economia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999

SERRANO MAÍLLO, Afonso. **Curso de criminologia** / Afonso Serrano Maíllo, Luiz Regis Prado. – 3. ed. ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** – 5ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ivan Luis Marques da. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos da previsão constitucional e 11 anos da previsão legal: um balanço necessário.** In Revista dos Tribunais – RT 890/2010, Jan. 2010

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

SONTAG, Ricardo. **Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria.** Dissertação Mestrado. UFSC. Florianópolis, 16 de novembro de 2012.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics.** In ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito e Economia/Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 – 6ª reimpressão.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Principles of criminology.** Fourth ed. – Philadelphia: J.B Lippincott Company, 1947

_____. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes;** tradução Clécio Lemos. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Renavan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

THAMAN, Stephen C. **La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001.** Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad

Externado de Colombia, vol. 30, n. 89, 2009. Disponível em: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero89/Stephen%20Thaman%202.pdf> acesso em 07.02.2021

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4ª ed., Madrid: Reus, 1992.

TOCORA, Fernando. **Política criminal contemporánea**. 1ª ed. – Bogotá: Editorial Themis, 1997

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. Ed., 3. Reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017

VIEIRA, Pedro Cosme da Costa. **Introdução à Teoria do Consumidor**. Porto: Faculdade de Economia do Porto, 2004.

VIEIRA, José César Lima. **O Exercício do Jus Puniendi como Instrumento Garantidor de Direitos Basilares do Apenado**. 2014. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-exercicio-do-jus-puniendi-como-instrumento-garantidor-de-direitos-basilares-do-apanado/133655/#ixzz447H4hDul>. Acesso em 18/11/2020

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WACQUANT, Lóic. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2011

WALSH, Antony; HATCH, Virginia L. **Capital Punishment, Retribution ans Emotion: in Evolutionary Perspective**. New Criminal Law Review, Vol. 21, Number 2, University of California, 2018

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2, Brasília: UnB, 1999

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado; posfácio de José Cerezo Mir. 4ª ed., rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

WOHLERS, Wolfgang. **Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico**. In: HEFENDEHL Roland; VON HIRSCH, Andrew e WOHLER, Wolfgang. *La teoria del bien jurídico, Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorio dogmático*. Madrid, Marcial Pons, 2016.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **O direito penal em tempos sombrios**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. v. 7. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

_____. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Renavan, 2013

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume I, parte geral. Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pirangeli. – 10ª ed. ver., atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.