

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade de Direito**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**EMERGÊNCIA PENAL E GARANTIAS DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: ESTUDO SOBRE UMA  
INSUPERÁVEL CONTRADIÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Rafael Barros Bernardes da Silveira**

**BELO HORIZONTE**

**2017**

**Rafael Barros Bernardes da Silveira**

**EMERGÊNCIA PENAL E GARANTIAS DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: ESTUDO SOBRE UMA  
INSUPERÁVEL CONTRADIÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas  
Gerais, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em  
Direito, sob a orientação do Prof. Dr.  
Luís Augusto Sanzo Brodt.**

**BELO HORIZONTE**

**2017**

---

S587e Silveira, Rafael Barros Bernardes da  
Emergência penal e garantias do Estado Constitucional  
de Direito: estudo sobre uma insuperável contradição a luz  
do ordenamento jurídico brasileiro / Rafael Barros Bernardes  
Silveira – 2017.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Estado de direito – aspectos  
constitucionais – Brasil 3. Garantia (Direito) – Teses I.Título

CDU<sub>(1976)</sub> 343(81)

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Rafael Barros Bernardes da Silveira

### **EMERGÊNCIA PENAL E GARANTIAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: ESTUDO SOBRE UMA INSUPERÁVEL CONTRADIÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, **APROVADA** em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017, examinada por:

.

---

PROF. DR. LUÍS AUGUSTO SANZO BRODT (ORIENTADOR)

---

PROF. DR. FREDERICO GOMES DE ALMEIDA HORTA (UFMG)

---

PROF. DR. LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY

## RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a incompatibilidade entre as concepções de política criminal que legitimam a intervenção penal a partir da ideia de emergência e o direito penal construído com fundamento nos postulados do Estado Constitucional de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988. Para tanto, inicia-se por expor as características do modelo de Estado proposto por Ferrajoli, especialmente por meio da especificação dos axiomas que devem ser observados pelo direito penal e pelo direito processual penal. Em seguida, verifica-se a presença desses mesmos princípios também no texto constitucional brasileiro, quer de forma expressa, quer de maneira implícita. Na sequência, estuda-se o significado do termo emergência no léxico e em áreas do conhecimento em geral, para somente depois investigar o sentido que se atribui ao mesmo no âmbito jurídico e, mais particularmente, no direito penal. Faz referência, ainda, à noção de “direito penal de emergência” surgida na Itália para denominar um conjunto de medidas legislativas e decisões jurisprudenciais elaborados com o intuito de combater a criminalidade organizada. Dedicar-se também especial atenção ao estudo de importantes orientações de política criminal para analisar a medida em que recorrem à emergência para fundamentar a sanção penal. Por fim, devido ao relevo que o chamado “direito penal econômico” assumiu na atualidade, discorre-se sobre a utilização da “emergência” no campo da criminalidade econômica a fim de justificar aí a flexibilização de tradicionais garantias penais.

Palavras-chave: Direito Penal; Emergência; Sistema Garantista.

## **ABSTRACT**

The present work intends to demonstrate the incompatibility between the conceptions of criminal policy that legitimize the criminal intervention from the idea of emergency and the criminal law constructed based on the postulates of the Constitutional State of Law, consecrated in the Federal Constitution of 1988. In order to do so, it begins by exposing the characteristics of the State model proposed by Ferrajoli, especially by specifying the axioms that must be observed by criminal law and criminal procedural law. Then, the presence of these same principles will also be verified in the Brazilian constitutional text, either expressly or implicitly. In the sequence, we study the meaning of the term emergence in the lexicon and in areas of knowledge in general, only to later investigate the meaning attributed to it in the legal field, and more particularly in criminal law. It also refers to the notion of 'emergency criminal law' which has emerged in Italy to refer to a set of legislative measures and case-law decisions drawn up with a view to combating organized crime. Particular attention is also paid to the study of important criminal policy guidelines to analyze the extent to which the emergency is used to justify the criminal sanction. Finally, due to the prominence that the so-called "economic criminal law" has assumed today, there is a discussion on the use of "emergency" in the field of economic crime in order to justify the relaxation of traditional criminal guarantees.

Key-words: Criminal Law; Emergency; Guarantor System.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO .....  | 6   |
| CAPÍTULO 01 - O SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI .....                                   | 9   |
| 1.1 O Estado Constitucional de Direito .....  | 9   |
| 1.2 Os Axiomas do Modelo Garantista de Direito Penal .....                                    | 14  |
| 1.3 Princípios Constitucionais penais na Constituição Federal de 1988.....                    | 21  |
| CAPÍTULO 02 - O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA.....  | 30  |
| 2.1 Emergência: Conceito .....  | 30  |
| 2.2 Direito Penal de Emergência: Conceito e características .....                             | 32  |
| 2.3 Direito Penal de Emergência: o papel da mídia e a crise da legalidade.....                | 40  |
| 2.4 Manifestações Legislativas do Direito Penal De Emergência no Brasil.....                  | 48  |
| CAPÍTULO 03 - FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO CRIMINAL DA INTERVENÇÃO<br>PENAL POR EMEREMERGÊNCIA..... | 59  |
| 3.1 O Princípio da Razão de Estado e a Emergência Penal.....                                  | 59  |
| 3.2 Direito Penal do Inimigo e Emergência Penal.....  | 67  |
| 3.3. Direito Penal Secundário e Emergência Penal.....   | 78  |
| 3.3 Lei e Ordem e Emergência Penal .....  | 81  |
| CAPÍTULO 04 – DIREITO PENAL ECONÔMICO E EMERGÊNCIA PENAL.....                                 | 99  |
| CONCLUSÃO.....  | 104 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS .....  | 107 |

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e está comprometida com a garantia dos direitos fundamentais. Mais do que isso, propõe-se a promover ações afirmativas para “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, elencados como objetivos da República, no artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No âmbito penal, isso implica implementar um direito penal democrático.

Em 1990 o autor italiano Luigi Ferrajoli lançou “Diritto e ragione: teoria del garantismo penale”, obra que foi traduzida e editada no Brasil sobre o título “Direito e Razão: teoria do garantismo penal” (2006).

O “sistema garantista”, é um modelo de limitação do poder punitivo. O autor elenca uma lista de **10 princípios ou axiomas** (2006, p.91), característicos do Estado Constitucional de Direito, que representam condições para a responsabilização penal. São as “regras do jogo”, que determinarão em que situações está autorizado o exercício punitivo pelo Estado – “quando e como punir”, “quando e como proibir” e “quando e como julgar”.

O autor destaca que esses princípios – ou axiomas – são *conditio sine qua non* da punição. Ou seja, não havendo o respeito às garantias fundamentais do indivíduo, o poder punitivo se torna arbitrário e ilegítimo.

De maneira precisa, assinala Salo de Carvalho, sintetizando a configuração do sistema garantista em atenção às máximas propostas por Ferrajoli:

O modelo teórico minimalista seria caracterizado por dez condições restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judicial. Segundo este modelo não se admite nenhuma irrogação de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos sociais danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial (CARVALHO, 2001, p. 87)

Os axiomas elaborados por Ferrajoli, conforme será demonstrado em item específico deste trabalho, encontram-se consagrados na vigente Constituição brasileira.



Entretanto, mesmo a partir da edição da Lei Maior, no que se refere à legislação penal, observa-se uma quantidade notável de casos de inovações legislativas na contramão dos compromissos constitucionais garantistas, que acabam por implementar medidas de restrição indevida de garantias fundamentais e endurecimento punitivo.

O surgimento destas medidas deve-se a múltiplos fatores, entre os quais destaca-se a atuação dos meios de comunicação.

O que se observa, contemporaneamente, é uma exploração da criminalidade levada ao extremo pela mídia. Destacam-se especialmente os noticiários televisivos de caráter policial, rotineiramente divulgando a ocorrência de crimes violentos com minúcias de detalhes, reprisando e encenando atos delinquentes, retratando perseguições policiais ao vivo, expondo acusados e antecipando julgamentos.

Tudo isso contribui sobremaneira para a construção de uma sensação de insegurança permanente. É dizer, o cidadão tem a impressão de que a criminalidade encontra-se sempre num patamar descontrolado, sendo acometido de um temor ainda maior do que aquele justificado pela realidade.

Este cenário cria na sociedade a convicção de que o Estado deve intervir por meio do direito penal da maneira mais dura possível, a fim de enfrentar situação tão adversa.

Em outras palavras, a cobertura midiática fomenta uma sensação de emergência sobre a necessidade de intervenção penal rigorosa, imediata e eficaz. A demanda por uma resposta satisfatória exige uma atuação incisiva do Estado, e as garantias do direito penal se tornam um obstáculo para que os “bandidos” sejam punidos, destaca Ana Elisa Liberatore Bechara, prestigiada professora da Universidade de São Paulo (BECHARA, 2008, p.411). Assim, surge um direito penal que, ainda que não solucione os problemas da criminalidade, atende os anseios imediatos da população, ao trazer mais severidade punitiva. **O direito penal de emergência.** Nas palavras de Bechara:

A esse Direito decorrente da pretensa resposta imediata do Estado à demanda social de segurança podemos chamar Direito Penal de Emergência, caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança. Alarga-se o âmbito da intervenção penal, de modo a conferir a sensação de tranquilidade social e de um legislador atuante. (BECHARA, 2008, p. 413)

Este trabalho se dedicará ao estudo das manifestações da emergência, sobretudo, no direito penal brasileiro. Ainda que, por vezes, recorra-se ao exame do direito penal comparado.

O propósito é de, a partir desta análise, demonstrar a incompatibilidade da tutela penal de emergência com o modelo constitucional garantista consagrado na Constituição Federal.

# **CAPÍTULO 01 - O SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

## **1.1 O Estado Constitucional de Direito**

O sistema garantista de Ferrajoli não apenas pretende a elaboração de um direito penal democrático, mas, de maneira mais ampla, a construção de um modelo de Estado capaz de fundamentá-lo e operá-lo, o Estado Constitucional de Direito.

O Estado Constitucional de Direito, em linhas gerais, representa o aperfeiçoamento dos modelos que o antecederam, ou seja: o “Estado Liberal de Direito” e o “Estado Social”.

O autor italiano pontua que o Estado Constitucional de Direito não se apresenta firmemente consolidado nos dias atuais. Ao contrário, observa que o mundo ocidental experimenta uma profunda crise quanto à forma de conceber o Estado, a qual tem por origem a falência dos paradigmas tradicionais, e que atinge especialmente os sistemas jurídicos dos países de democracia mais avançada.

Entender o desenvolvimento desta crise se mostra essencial para a compreensão do modelo elaborado por Ferrajoli. Isto porque a proposta do autor é que seu modelo se desenvolva em atenção aos pontos falhos dos modelos de “Estado Liberal de Direito” e o “Estado Social de Direito”, superando suas imperfeições e se aproveitando das virtudes de cada um deles. Por isso, Ferrajoli discute a evolução destes paradigmas, explicando suas características e destacando os motivos de seu declínio.

Assim, a seguir, faz-se, inicialmente, breve síntese a respeito dos fatores que contribuem para a referida crise. Em seguida, examina-se mais detidamente as características do Estado Constitucional de Direito, conforme apontadas por Ferrajoli .

O modelo liberal clássico do Estado de Direito, herança iluminista, impõe a limitação do arbítrio governamental por meio da lei: “limites e proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos” (FERRAJOLI, 1997, p.90).

Tal modelo de organização política caracteriza-se por três princípios (FERRAJOLI, 2000, p. 66): I) o princípio da legalidade, ou a submissão de toda atividade do Estado a leis gerais e abstratas, emanadas dos legítimos

representantes políticos, em atenção às formalidades normativamente previstas; II) o princípio da publicidade, ou a obrigação que todos os atos de governo sejam públicos, visíveis e preconstituídos pela lei; III) o princípio do controle, ou a imposição de que os atos governamentais sejam controlados pelas estâncias do poder, pelo sistema de freios e contrapesos – e todos estes observados de perto pelos eleitores.

Em suma, no modelo liberal clássico as disposições normativas do ordenamento jurídico impunham ao Estado um não fazer – não ofender as liberdades individuais.

Em grande medida, o modelo de estado liberal é um modelo formal, mais preocupado em garantir a primazia da lei do que com seu conteúdo, deixa de lado o que mais importa num governo – a preocupação com o conteúdo das leis, as finalidades e funções do Estado (ZAGREBELSKY, 2005).

Em resposta a este quadro é que surge, no início do século XX o paradigma do Estado Social de Direito, com a promessa de trazer uma distribuição mais justa dos benefícios sociais. Segundo esse paradigma, o papel do Estado não se esgota na garantia dos ideais burgueses clássicos de liberdade.

O novo modelo defende que o Estado deve se envolver nas questões sociais e atuar ativamente na efetivação destes direitos.

Mais adiante, visando estabelecer uma síntese e superação dos modelos anteriores surge, na Europa, o Estado do Bem Estar ou *Welfare State*. O Estado passa a assumir novas funções: intervenção estatal na economia e o exercício de prestações positivas de natureza social e assistencial (FERRAJOLI, 2000, p. 66).

Ainda que tenha significado uma mudança de paradigma, ao prever obrigações positivas para o Estado, o modelo de Estado do Bem-estar Social não foi capaz de desenvolver uma normatividade própria. Não produziu uma estrutura institucional garantista capaz de promover a defesa dos novos direitos sociais correspondentes às novas funções e prestações do Estado (FERRAJOLI, 2000, p.68). E assim, de maneira geral, a maioria destes direitos constitucionalmente previstos na esteira do movimento do *Welfare State* permaneceu apenas como disposições vazias, sem correspondência com a realidade, ou “simples proclamações de principio desprovidas de garantias efectivas” (FERRAJOLI, 2000, p.69). Habitualmente, os direitos sociais vem associados a medidas

potestativas dos governantes, abertos à discricionariedade, tidos como benefícios, não são direitos tão facilmente determináveis pela via legislativa, e por isso tem sua satisfação dificultada, deixada nas mãos da burocracia.

O Estado do Bem-estar Social não conseguiu ser bem sucedido porque, apesar de se propor a cumprir finalidades distintas do Estado Liberal de Direito, manteve a sua configuração, a mesma fisionomia, apenas dando uma fachada constitucional para algumas garantias. Daí deriva uma profunda divergência entre as estruturas legais e as estruturas reais da organização estatal. Uma divergência que diz respeito às formas utilizadas pela atividade administrativa: cada vez mais ligadas a modelos de intervenção discricionários, desligadas de critérios normativos predeterminados. Ou seja, a segurança jurídica e a submissão das autoridades às limitações legais, características centrais do modelo de Estado de Direito, se viram sacrificadas.

No sentido de enfrentar as dificuldades decorrentes da referida crise, Ferrajoli apresenta o modelo de **Estado Constitucional de Direito**. Um Estado preparado para atuar como sistema de vínculos negativos e positivos (2000, p.87). Comprometido com a tutela das liberdades individuais, dos direitos políticos e sociais, e que constrói uma estrutura jurídica complexa, capaz de atender a estas prestações.

A Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos de 1948, a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental alemã de 1949 são documentos representativos desta época. Em linhas gerais, a proposta do paradigma da democracia constitucional é a de promover a tutela de princípios e garantias fundamentais, por meio de previsões negativas e positivas (neste caso, incluídos os direitos sociais), a partir da previsão constitucional destes atributos. Ou seja, impor vínculos formais e materiais à atuação do Estado e ao conteúdo da legislação.

Como bem assinala Brodt, a concepção garantista incorpora diversos princípios do Estado Liberal de Direito, notadamente, “a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos direitos (no âmbito penal) e, contraditório entre as partes e presunção de inocência (em relação ao processo penal)” (2012, p.73), todos estes postulados que destacam a noção do Direito Penal como instrumento de defesa do indivíduo diante do poder punitivo do Estado, ou seja, de limitação por

meio de vínculos negativos, da atuação estatal. Contudo, o modelo de Ferrajoli não se esgota nesta dimensão.

Notadamente, também observa Brodt que o Estado Liberal de Direito, apesar de surgir com a intenção de fazer frente aos arbítrios do executivo (em sua gênese, promovendo oposição ao regime absolutista), conferiu grande discricionariedade ao poder legislativo, não tendo definido limites precisos para o conteúdo da legislação.

Por isso, ao longo do século XX detectou-se a necessidade de formular instrumentos para limitar o poder do legislador, ou seja, implementar limites materiais ao conteúdo da legislação (BRODT, 2012, p. 74).

O modelo garantista constitui-se, como salienta Ferrajoli, como Direito sobre o Direito, impondo limitações formais e materiais sobre a produção jurídica. E aí que está sua distinção com o modelo positivista clássico. A legalidade no Estado de Direito é vista por uma perspectiva meramente formal. No modelo garantista ela muda de natureza: não só condiciona a produção normativa, mas também se vê condicionada por vínculos jurídicos, formais e materiais, o que repercute na própria dimensão da legalidade adotada por Ferrajoli (abaixo analisada de maneira mais detalhada). Em breves linhas, no modelo garantista, a legalidade supera a noção de reserva legal, impondo uma limitação material ao conteúdo da legislação, que deve contemplar o respeito a todos os princípios fundamentais democráticos para ser considerada legítima.

Este novo modelo provoca mudanças em diversos níveis da ciência jurídica, que se vê chamada a elaborar as técnicas de garantias dos valores previstos no campo normativo, em especial na seara constitucional, evidenciando a distinção entre o modelo de Ferrajoli e o modelo positivista clássico.

Destaca o autor que no campo da teoria do direito, a adoção de um modelo garantista significa uma revisão da teoria da validade – a partir de uma distinção entre validade e vigência, forma e matéria. Como bem observa Ferrajoli, a concepção clássica de validade, de inspiração Kelseniana, a identifica como sendo a “existência” da norma, independentemente de seu conteúdo. Esta existência diz respeito apenas à conformidade da norma com as demais do ordenamento, que disciplinam sua produção. Ou seja, trata-se de concepção puramente formal de validade.

Conforme assinala Carvalho:

Assim, a noção de validade das normas repassada ao senso comum teórico dos juristas através das teorias positivistas tradicionais permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema, isto é, se a norma (ou decisão) respeita o processo de elaboração predeterminado, ingressa no ordenamento jurídico como válida. (CARVALHO, 2001, p. 105).

Por sua vez, num modelo de Estado Constitucional de Direito, a “existência” das normas está condicionada não só pela formalidade do procedimento legislativo, mas também pelo conteúdo de normas substanciais que fundamentam aquele modelo (FERRAJOLI, 1997, p.95). Neste sentido, uma norma pode ser considerada ilegítima se seu conteúdo representar ofensa a uma dessas normas substanciais, ainda que tenha seguido todo o rito de elaboração normativamente previsto.

A partir deste raciocínio, Ferrajoli aponta a existência de duas dimensões de regularidade ou legitimidade das normas: a vigência e a validade. Só um modelo que apresenta esta distinção é capaz de explicar satisfatoriamente a “existência” de normas inválidas. A vigência, ou “existência” das normas diz respeito à formalidade do procedimento de elaboração normativa; a validade diz respeito ao conteúdo, ao significado das normas, bem como de sua adequação com as normas substanciais que regulamentam sua produção. São conceitos distintos, como bem observa o autor:

Trata-se efetivamente de dois conceitos assimétricos e independentes: a vigência, respeitando a forma dos atos normativos, é uma questão de correspondência ou subsunção das formas dos atos geradores de normas relativamente à previstas pelas normas formais sobre a sua formação; a validade, respeitando ao seu significado, é antes uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as substanciais sobre a sua produção. (FERRAJOLI, 1997, p.96)

E assim, o autor italiano resume o modelo garantista, ou o paradigma do Estado Constitucional de Direito: “mais não é do que esta dúplice sujeição do Direito ao Direito que ambas estas dimensões de cada fenômeno normativo: a vigência e a validade” (1997, p.97). Neste contexto todos os Direitos fundamentais representam vínculos de substância que condicionam a validade das normas a serem produzidas, e mais: “exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito”.

Como bem assinala Brodt, em atenção às ideias de Ferrajoli:

Segundo Ferrajoli, o constitucionalismo, aquele que resulta da posituação dos direitos fundamentais como limite e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial); isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições. E, se o princípio da mera legalidade tinha produzido a separação entre validade e justiça e a cessação da presunção de justiça do direito vigente, o princípio da estreita legalidade produz a separação entre validade e vigor e a cessação da presunção apriorística da validade do direito existente. (BRODT, 2012, p. 74/75)

## **1.2 Os Axiomas do Modelo Garantista de Direito Penal**

O sistema garantista está estruturado em um conjunto de dez axiomas ou princípios fundamentais. Estes dez princípios representam as regras do jogo no âmbito penal e processual penal (FERRAJOLI, 2006, p.91). São proposições que de maneira geral, foram elaboradas pelo pensamento iluminista do Século XVII e XVIII, como princípios de limitação ao exercício absoluto do poder punitivo. A partir de então tem sido incorporados de maneira mais ou menos integral aos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, passando a representar, neste sentido os “princípios jurídicos do moderno Estado de direito” (2006, p. 92). Tratam-se de proposições prescritivas, que enunciam as condições que um sistema penal deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou parâmetros de justificação externa (2006, p.90). Em outras palavras, esses axiomas dão origem a um modelo normativo. São assertivas no campo do dever-ser. Ferrajoli não está se limitando a observar uma realidade e descrevendo-a, está de fato prescrevendo como deve se organizar um sistema penal – o que não impede de fazer observações analíticas sobre os institutos por ele desenvolvidos, para interpretá-los e explicá-los.

Os enunciados de Ferrajoli servem ao propósito de responder as perguntas relativas ao “quando” e ao “como” da intervenção penal. São eles:



a1 *Nulla poena sine crimine*  
a2 *Nullum crimen sine lege*  
a3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*  
a4 *Nulla necessitates sine injuria*  
a5 *Nulla injuria sine actione*  
a6 *Nulla actio sine culpabilidadaea*  
a7 *Nulla culpa sine iudicio*  
a8 *Nullum iudicium sine accusatione*  
a9 *Nulla accusatio sine probatione*  
a10 *Nulla probatio sine defensione*  
(FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Tais axiomas podem ser denominados a partir das garantias penais e processuais penais por eles expressas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
  - 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
  - 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
  - 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
  - 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
  - 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
  - 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
  - 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
  - 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
  - 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade
- (FERRAJOLI, 2006. p.91)

Os três primeiros – retributividade, legalidade e necessidade – são garantias ligadas à pena, e respondem ao questionamento de “quando” e “como” punir.

Os três seguintes – lesividade, materialidade e culpabilidade – são garantias relacionadas ao delito, que solucionam as indagações expressas por “quando” e “como” proibir.

Por sua vez, os quatro derradeiros – jurisdicionariedade, separação entre juiz e acusação, ônus da prova e contraditório – estão associados ao processo e representam o “quando” e “como” julgar.

Assim, os seis primeiros axiomas referem-se diretamente ao direito penal e, por isso, serão, a seguir, estudados mais detidamente.

O **princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito** estabelece que toda pena tem por pressuposto a prática de um crime.

Este princípio representa a garantia de que o indivíduo seja punido pelo que ele fez, e não pelo que ele é (CHIVOVICZ, 2011, p.20). Ou seja, uma vedação à existência de um direito penal de autor (o que representa, portanto, conflito direto com os fundamentos do direito penal do inimigo)

O **princípio da legalidade** admite duas dimensões, legalidade lata e legalidade estrita. A primeira diz respeito à reserva legal – ou a exigência da lei “como condição necessária da pena e do delito” (FERRAJOLI, 2006, p. 93). Pressupõe que apenas a lei penal (atendidos todos os critérios formais) poderá prever delitos e estabelecer penas.

A segunda dimensão condiciona o conteúdo da legislação: só será considerada lei penal válida e, portanto, estará legitimado a prever delitos e cominar penas, aquele dispositivo que tiver sido elaborado em estrita observância a todos os princípios fundamentais do direito penal.

Como bem elucida Ferrajoli:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade e seus enunciados. (FERRAJOLI, 2006, p. 93)

E, ainda:

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a **reserva relativa da lei**, entendendo a “lei” no sentido **formal** de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do Juiz às leis vigentes, **qualquer que seja a formulação de seu conteúdo**, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a **reserva absoluta da lei**, entendendo “lei” no sentido **substancial**, de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente a lei. (FERRAJOLI, 2006, p. 93, GRIFO NOSSO).

Neste sentido, o princípio da legalidade revela sua importância no sistema de Ferrajoli. Isto porque a satisfação de seus preceitos pressupõe o atendimento de

todos os demais axiomas. E como bem assevera o autor, seu modelo de teses funciona a partir de uma lógica segundo a qual o atendimento a um de seus princípios favorece os demais e o desrespeito a qualquer um deles sacrifica os outros. Ou seja: “o alcance garantista de cada um dos dez axiomas será tanto maior quanto mais numerosas sejam as condições, que por sua vez devem satisfazer as condições subsequentes, estabelecidas em cada um” (FERRAJOLI, 2006, p. 95)

**O princípio da necessidade ou da economia do direito penal** visa impedir uma expansão irracional do sistema punitivo. Tem especial relação com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, consagrados na literatura penal. O direito penal deve limitar-se a tutelar os bens jurídicos mais relevantes, nas hipóteses de condutas que os atinjam severamente. Tudo o mais, pode ser tratado em outros ramos do Direito.

O princípio da economia do direito penal, portanto, impõe que a intervenção penal seja tratada como a *ultima ratio*, ou seja, última medida a ser adotada na tentativa de dissuadir comportamentos ilícitos

O direito penal é a arma mais poderosa do ordenamento jurídico. Por isso, precisa ser usado como último recurso.

Neste sentido destaca Salo de Carvalho:

Trata-se de um critério de economia que procura obstaculizar a elephantíase penal, legitimando proibições somente quando absolutamente necessárias. Assim, os direitos fundamentais corresponderiam aos limites do direito penal. (CARVALHO, 2001. p. 95)

Ademais, Carvalho assinala que o princípio da necessidade funciona como critério para definir os custos da intervenção penal – se a pena representa uma violência maior do que aquelas que pretende prevenir. Conforme aponta: “o direito penal justifica-se unicamente pela capacidade de prevenir danos às pessoas sem causar efeitos mais danosos do que aqueles que tem condições de impedir” (CARVALHO, 2011, p. 95).

Como corolário do princípio da necessidade ou economia, tem-se a exigência da ofensividade da conduta, o **princípio da ofensividade**.

Tal princípio deve ser considerado também um complemento do princípio da legalidade. Primeiramente, porque estabelece que a lei penal deve prever proibições dotadas de ofensividade, caso contrário, não será lei penal; segundo, porque a

referência à ofensividade exige que o direito penal determine com a maior clareza possível o que está proibido, qual o atributo tutelado e de que maneira a conduta proibida o ofenderá. Tudo isso em vistas de favorecer a segurança jurídica e permitir que o indivíduo compreenda os parâmetros do comportamento ilícito, e possa condicionar seu próprio comportamento em atenção a estes parâmetros. “Quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo e ofensa punível, mais segurança estará outorgando ao tipo penal (é dizer, ao Direito Penal)” (CHICOVICZ, 2011, p. 26).

Salo de Carvalho (2001, p. 95) assinala que o bem jurídico é o parâmetro que define o conteúdo do princípio da ofensividade, determinando que o sistema penal possa proibir apenas os ataques concretos aos bens jurídicos, sem que com isso gere mais danos do que a conduta proibida. Ademais, o autor também observa que, em atenção ao princípio em análise, os bens merecedores da intervenção penal devem ser apenas aqueles mais importantes ao convívio social, assim definidos pelo próprio texto constitucional, o que exclui: I) os “delitos de bagatela (contravenções, delitos punidos exclusivamente com pena pecuniária e ou restritiva de direito), que não justificam o processo penal e muito menos a pena” (CARVALHO, 2001, p. 96); II) os delitos que não representam lesões concretas a terceiros, como a autolesão e o crime impossível, contemplados nesta categoria também os delitos que atingem atributos que não constituem “bem ou valor em si” (CARVALHO, 2001, p. 97), e portanto não deveriam ser merecedores da tutela penal (por exemplo, conforme assinala o autor, os delitos contra a personalidade do Estado).

O **princípio da materialidade ou exterioridade da ação** também se impõe como uma limitação material à proibição de condutas criminosas. Ele veda que o indivíduo seja penalizado pelas suas atitudes internas, não manifestadas no mundo exterior. Isto porque “as ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir fundamento de tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime” (CHICOVICZ, 2011, p. 27).

Ademais, a partir deste princípio, também fica vedada a criminalização da autolesão, tendo em vista que condutas praticadas que não excedem o âmbito do próprio autor não atinge interesse alheio – não havendo justificativa para a intervenção do direito penal.

Como bem aponta Carvalho:

Desde o pressuposto principiológico ilustrado da secularização, percebemos historicamente que o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, exigindo tolerância de toda atitude ou comportamento não-lesivo para terceiros, visto não ser função do direito (muito menos do direito penal) impor ou reafirmar determinada concepção moral. (CARVALHO, 2001, p. 97)

No mesmo sentido, o axioma em comento se apresenta como fundamento para a não punição do crime impossível, do simples conluio entre as partes e dos atos preparatórios – no caso dos últimos, se ainda não houver sido iniciada a execução.

Por sua vez, o **princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal** estabelece que para se atribuir a prática de um ato lícito a algum indivíduo não basta verificar a existência de uma relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado ilícito, mas também é necessário que se verifique se tal indivíduo praticou a conduta em questão livremente, de maneira intencional e consciente, ou, em termos mais precisos, se agiu com culpabilidade.

Assim sendo, o princípio em comento se apresenta como uma vedação à aplicação da responsabilidade objetiva: por meio da qual só seria avaliado o nexo entre a conduta e o resultado produzido. Notadamente:

O critério da culpabilidade encerra as determinações valorativas de elaboração legal afirmando injustificável a qualificação delitiva de atos que pressupõem decisão livre de seres autônomos e capazes de autodeterminação, isto é, compreensão e vontade. (CARVALHO, 2001, p. 97.)

E ainda:

Por este princípio, que é um verdadeiro contraponto à teoria da responsabilidade penal objetiva, evidenciado fica que toda e qualquer norma que vise penalizar apenas a conduta, sem perquirir se o agente agiu como dolo ou ao menos com culpa, não atentando para os cuidados necessários à não realização da conduta tida como criminosa, deve ser varrida do mundo jurídico, pois carrega consigo o vício pernicioso da inconstitucionalidade. (CHICOVICZ, 2011, p. 30.)

Os quatro últimos axiomas de Ferrajoli designam princípios ligados a garantias processuais penais, ou, nos termos do autor, relacionados ao “como” e “porque julgar”.

O primeiro deles é o **princípio da jurisdicionariedade**, identificado por Aury Lopes Júnior como “princípio da jurisdicionalidade” (2001, p.21).

De certo que este atributo pressupõe acesso ao Judiciário, ou seja, dotar o indivíduo de oportunidade e de mecanismos para provocar a magistratura na resolução dos conflitos. Mas, claramente, a dimensão do princípio não se esgota nesta extensão. O direito à jurisdição pressupõe o acesso ao devido processo legal, ou seja, aquele que se realiza em respeito a todas as garantias de ordem material e processual elencados pelo modelo SG.

Impõe, neste sentido, a exclusividade do poder judiciário no exercício das funções de julgamento dos delitos, a indeclinabilidade das decisões, a necessidade de existência de uma magistratura organizada e imparcial, que submete suas decisões à estrita observância da legalidade, que admite apenas os meios de prova autorizados pela legislação, que se compromete, em última instância, ao total respeito dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, 2001, p.21).

Em suma: “A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.” (CHICOVICZ, 2011, p. 31).

O **princípio acusatório torna** necessária uma separação, precisa e intransponível, entre as atividades de julgamento e acusação.

Em atenção a este princípio, o Juiz só agira quando provocado – não devendo ter iniciativa probatória nem interesse pela condenação ou pela absolvição. Via de regra, a ação penal deverá ser exclusividade do Ministério Público (salvo as exceções especificadas na legislação), para que seja garantida a imparcialidade do Juiz (LOPES JUNIOR, 2001, p.21).

O **princípio do ônus da prova** tem estreita relação com a presunção de inocência. Ele representa a garantia de que o indivíduo não será tratado como culpado até que haja decisão definitiva de sua condenação. Neste sentido, cabe à acusação o ônus de provar a culpabilidade do suposto autor – o que deverá ser feito por meio de um processo com todas as garantias inerentes ao seu devido desenrolar (LOPES JUNIOR, 2001, p.21).

Por fim, o **princípio do contraditório** determina a utilização de um método de confronto entre partes a ser utilizado no decurso do processo. Este confronto tem

por objetivo a comprovação da verdade, por meio de um debate probatório. Em oposição, estão “a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas)” (LOPES JUNIOR, 2001, p.21). E mais: para se garantir que a decisão judicial sempre se dê em atenção a este princípio é que surge a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Se o ônus da prova é da acusação, e todo acusado é presumidamente inocente até que se prove o contrário, fica imposta a obrigação de fundamentar as decisões, para que se verifique a “existência de provas suficientes para derrubar a presunção de inocência” (LOPES JUNIOR, 2001, p.21).

### **1.3 Princípios Constitucionais penais na Constituição Federal de 1988**

O debate sobre princípios fundamentais no Direito Penal é tema recorrente na literatura especializada.

Entre nós, Bittencourt (2010) ao comentar os princípios fundamentais do direito penal, os quais denomina “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um estado Social e Democrático de Direito” (p.40) destaca, no mesmo sentido já aqui comentado, que se tratam de garantias fundamentais herdadas do pensamento iluminista, noções de limitação à intervenção estatal nas liberdades individuais, que ao longo da história passaram a integrar os textos constitucionais dos países democráticos, “como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão” (2010, p.40).

E mais: o autor afirma que todos os princípios fundamentais de direito penal se encontram inseridos no texto constitucional de 1988, **explicita ou implicitamente**, em especial no artigo 5º, extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Luiz Luisi (2003) aponta que os princípios penais sempre tiveram presentes nas Constituições Brasileiras, sendo que a Constituição de 1988 foi a que lhes reservou mais espaço. O mesmo autor distingue, na atual Constituição, duas espécies de princípios em matéria penal: princípios especificamente penais e

princípios constitucionais influentes na matéria penal.

Os primeiros estariam ligados à fisionomia do sistema penal, impondo limitação ao exercício do poder punitivo. Luisi leciona:

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embaixadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios o postulado da legalidade dos delitos e das penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa. Também o princípio da pessoalidade da pena expressa uma exigência de limitação da sanção penal estritamente à pessoa do réu. Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, arginam e condicionam o poder punitivo do Estado (...). (LUI SI, 2003, p.13).

Os princípios constitucionais influentes em matéria penal, por sua vez, não são propriamente criminais. A Constituição prevê uma série de postulados relativos à proteção de valores, que vêm destacados no texto constitucional como relevantes para a convivência social. O legislador, por determinação de tais postulados, deve elaborar normas para dar concreção à matéria constitucional. Nas palavras do mesmo autor gaúcho:

Os princípios atinentes da matéria penal e, pois, não exclusivamente criminais, permeiam a Carta Magna de 1988, bastando, por ora, lembrar, dentre muitos outros, os preceitos concernentes a bens de mais alta relevância social, como os relativos ao meio ambiente, ao trabalho individual e coletivo, a atividade econômica pública e privada, a pesquisa científica, etc., para cuja tutela concreta se faz necessária a resposta penal. (LUI SI, 2003, p. 14/15)

Luisi também salienta que os princípios penais podem ser explícitos ou implícitos: “os explícitos estão anunciados de forma expressa e inequívoca no texto constitucional. Os implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidos.” (LUI SI, 2003, p.13).

Adiante, vai-se analisar os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição brasileira vigente e avaliar sua conformidade com o modelo garantista concebido por Ferrajoli.

A análise deve iniciar pelo **princípio da legalidade**, que se encontra enunciado no texto constitucional no art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei



anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988). O dispositivo em destaque, como salientam Silva Franco, Félix e Lira, revela apenas a dimensão formal da legalidade (em paralelo à noção de mera legalidade ou legalidade em sentido lato de Ferrajoli). Trata-se da “reserva absoluta da lei”, que veda a elaboração de crimes e a previsão de penas por meio de outras espécies normativas distintas da lei em sentido estrito, como por exemplo os costumes, jurisprudência ou analogia (2011, p 69).

A aludida dimensão da legalidade formal é complementada pelo texto constitucional com os seguintes dispositivos: “A lei deve ser anterior, quanto ao crime, e prévia, no que diz respeito à cominação da pena, isto é, antes que ela surja, não há fato que receba qualificação delituosa, nem previsão punitiva possível” (2011, p.69). Assim, fica vedada a retroatividade da lei penal mais gravosa, ao mesmo tempo que resta consagrada a retroatividade da lei mais benéfica: “ art. 5, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” (BRASIL, 1988, art. 5º).

Contudo, na mesma direção apontada por Ferrajoli, Silva Franco, Lira e Félix ressaltam que o alcance do princípio da legalidade não se esgota em sua dimensão formal. O Exercício do poder punitivo, em seu viés legislativo, não pode ocorrer sem delimitações. A legalidade impõe limitações também ao conteúdo da legislação. Aos bens jurídicos que serão tutelados, às condutas que serão proibidas, à redação dos dispositivos. Tudo isto com vistas ao respeito das garantias fundamentais do sistema.

O sistema constitucional brasileiro, comprometido com a inviolabilidade dos direitos fundamentais, contempla um extenso arcabouço de garantias, e todas elas se impõem como princípios limitadores da intervenção penal. Vale destacar, a título exemplificativo, a garantia da liberdade de crença e consciência (Art. 5º, Inciso VI), a inviolabilidade do domicílio (Art. 5º, Inciso XI), e o sigilo de correspondência e das ligações telefônicas (Art. 5º, Inciso XII), que restringem a intervenção estatal na esfera individual – reprimindo, neste sentido, também o exercício incriminador. E ainda, uma série de garantias específicas do campo penal, principalmente na matéria da privação de liberdade, como a garantia de prisão apenas em flagrante ou por ordem da autoridade judicial (art. 5º, inciso XLI), a individualização da pena (art 5º, inciso XLV), humanidade/vedação a penas desumanas (art. 5º, inciso XLVI), local adequado para cumprimento de pena (art. 5º, XLVIII), respeito aos direitos do

apenado (art. 5º, XLIX). Ademais, conforme se discutirá adiante, para além das garantias brevemente enumeradas, o sistema constitucional brasileiro também contempla todos os axiomas do sistema garantista.

**Todos estes princípios limitadores dão conteúdo à legalidade estrita, ao estabelecerem as balizas para a produção legislativa no campo do direito penal.** É justamente a atenção a estes postulados que determina a validade da norma penal.

Em outras palavras: **os princípios fundamentais de direito penal, constituem o teor do princípio da legalidade estrita.** Daí a importância de estudá-los de maneira detida, sobretudo os axiomas do sistema garantista, tendo em vista que são eles os elementos basilares de um modelo democrático de direito penal.

Prosseguindo com a análise e a detecção dos axiomas de Ferrajoli na ordem normativa brasileira, destaca-se que o **princípio da retributividade**, do qual também decorre a legalidade estrita, vem consagrado, ainda que de forma indireta na dicção do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição. Isto porque, o referido dispositivo assinala que: “não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal;**” (GRIFO NOSSO), ou seja, prescreve que a pena só será aplicada em consequência à prática de um crime.

O **princípio da necessidade ou da economia do direito penal** também vem assinalado de maneira implícita. Luisi, que denomina este como “Princípio da Intervenção Mínima”, destaca que “Nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado” (2003, p. 39), contudo, este se apresenta como decorrência de outros postulados explícitos e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o autor aponta a inviolabilidade dos direitos à liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade (consagrados no *caput* do artigo 5º do texto constitucional), e o destaque que a Constituição de 1988 dá para a dignidade da pessoa humana (assinalada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito) para afirmar que o princípio da necessidade se deduziria destes postulados, tendo em vista o seguinte raciocínio: “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem” (LUISI, 2003. P.40).

Em suma:

Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas na nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado inequivocamente implícito. (LUIZI, 2003, p. 40)

O **princípio da ofensividade** não encontra previsão expressa no texto constitucional, sendo possível detectar sua proteção apenas de maneira implícita.

Luís Régis Prado explica (2008, p. 136), que o pensamento jurídico moderno reconhece como função primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, noção que impõe que somente podem ser previstas como delito aquelas condutas que **representam lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado**.

Neste sentido, indica que: “Por influencia, sobretudo, da doutrina italiana, esse aspecto (ofensa ou lesão) costuma ser autonomamente denominado princípio da ofensividade ou da lesividade” (PRADO, 2008, p. 136).

Régis Prado assinala, ainda, que o exercício legislativo no campo do direito penal, na previsão dos delitos, pressupõe não só a eleição dos atributos que serão merecedores desta tutela - os bens jurídicos penais - mas também a definição das condutas que serão proibidas, por representarem lesão ou perigo de lesão a estes atributos - lesividade. Neste contexto, como se percebe, “exclusiva proteção de bens jurídicos” e “lesividade” são noções intimamente relacionadas.

Em obra dedicada ao instituto do Bem Jurídico Penal, Prado destaca a existência de diversas disposições constitucionais que estabelecem limitação para o exercício da atividade legislativa em matéria penal. Em verdade, são estas disposições que definem o conteúdo do bem jurídico, ou seja:

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal - bem jurídico -, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras - fundantes e regentes - de todo o ordenamento penal (2013, p. 66)

Em outras palavras, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (e por consequência, o princípio da ofensividade) vem consagrado por meio das disposições constitucionais que impõem limitação ao exercício incriminador, assim enumeradas por Prado:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais

ao indivíduo e à comunidade - , norteada pelos **princípios fundamentais** da **dignidade humana**; da **personalidade e individualização da pena**; da **humanidade**; da **insignificância**; da **culpabilidade**; da **intervenção penal legalizada**; da **intervenção mínima** e da **fragmentariedade**. (2013, p. 65) GRIFO NOSSO.

Já o **princípio da materialidade**, pode-se afirmar, decorre dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade. Note-se que, se o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos, a partir da proibição das condutas que representem lesão ou perigo de lesão a estes atributos, não merecem a tutela do sistema penal as condutas não manifestadas no mundo exterior, que não oferecem ameaça alguma para estes bens.

O **princípio da culpabilidade**, segundo Luisi, também tem “gabarito constitucional”. Em favor do seu entendimento, invoca dois dispositivos do texto da Constituição. O primeiro deles é o inciso XVII do artigo 5º, segundo o qual “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em Julgado de sentença penal condenatória” (GRIFO NOSSO). Por este princípio, em especial pelo uso do vocábulo “culpado”, decorre que a condenação e o cumprimento de pena pressupõem que seja provada e declarada a culpabilidade do indivíduo (LUISI, 2003, p. 37).

O segundo dispositivo destacado por Luisi (2003, p. 37) é o inciso XLVI do mesmo artigo 5º, que consagra a individualização da pena. É a culpabilidade que viabiliza a condenação e serve de base para a definição da espécie de pena a ser aplicada e do *quantum* a ser cumprido.

Os quatro últimos axiomas de Ferrajoli estão associados às garantias processuais.

O **princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação** está destacado na separação entre os órgãos julgadores e acusadores, prevista no texto Constitucional a partir dos artigos que tratam da DO PODER JUDICIÁRIO (CAPÍTULO III) e DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CAPÍTULO IV, SEÇÃO I).

O **princípio do contraditório encontra-se explicitamente previsto no art. 5º, LV**: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do **ônus da prova** deriva das disposições sobre a **presunção de inocência** (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

de sentença penal condenatória) e o devido processo legal (art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

**E o princípio da jurisdiccionariedade**, para além das disposições sobre garantias processuais relativas aos axiomas anteriores, vem complementado pelos enunciados sobre o acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), a vedação ao Juízo de exceção (art. 5º, inciso XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção), e as diversas disposições sobre a prisão (art. 5º, incisos LXI a LXVII).

A pesquisa recém realizada permite perceber no texto Constitucional brasileiro todos os axiomas referidos por Ferrajoli, ora de maneira explícita ora de forma implícita.

Com bem ressalta Bechara:

Tratando das implicações da consideração do regime do Estado no âmbito jurídico penal, observa-se que, em face de sua natureza, o Estado Democrático de Direito não permite o exercício do *jus puniendi* de forma arbitrária, ilimitada. E mesmo seu caráter de maior intervenção não permite o livre estabelecimento de leis, em matéria penal, em nome de uma pretensa busca de concretização de direitos e interesses sociais fundamentais. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico adotado pelo Poder Constituinte como o fundamento funcional do Direito Penal, entendido como a indispensável necessidade da pena para a proteção de bens jurídicos relevantes, **contêm limitações, algumas vezes, formalmente explicitadas, outras, sem consagração expressa, mas decorrentes, nos termos do parágrafo 2o do art. 5o da Constituição da República, do regime e dos princípios adotados.** (BECHARA, 2008, p. 430/431) GRIFO NOSSO.

Outrossim, invocamos mais uma vez as Lições de Silva Franco, Lira e Félix:

Os direitos e garantias fundamentais só existem e podem ser preservados num Estado (Social e) Democrático de Direito, e não existe um Estado (Social e) Democrático de Direito sem um catálogo de direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais não se esgotam, contudo, neste catálogo. Há outros fora dele, isto é, sem explícito registro constitucional. Isso não significa, contudo, que percam o seu nível constitucional e que, portanto, estejam desprovidos de seu caráter positivo (SILVA FRANCO; LIRA; FÉLIX, 2011, p. 101).

Por outro lado, com razão, os autores por último mencionados (2011, p.101) ressaltam que os dispositivos do texto Constitucional não podem ser analisados de maneira isolada. A proteção dos direitos fundamentais constitui verdadeiramente um

sistema de garantias – construído a partir de um modelo, qual seja: O Estado Democrático de Direito.

Há um componente de ligação em todo este sistema, que é a dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito vem apresentado na constituição de 1988. Na afirmação de seu art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito**” (BRASIL, 1988, GRIFO NOSSO), bem como nos fundamentos elencados no mesmo artigo, e nos objetivos fundamentais destacados no art. 3º.

A interpretação de todos os demais dispositivos do texto constitucional e de todo o restante do ordenamento jurídico deve se dar em atenção a estas disposições. Em conformidade com as garantias fundamentais. Em respeito à dignidade da pessoa humana.

Ademais, Silva Franco, Lira e Félix ainda chamam a atenção para o conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que não deixam dúvidas quanto à admissão de direitos fundamentais, ainda que sem previsão expressa:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(BRASIL, 1988)

Ademais, cumpre ressaltar que Ferrajoli realiza o exercício de identificação dos axiomas garantistas no ordenamento constitucional italiano. Suas conclusões aproximam-se das aqui apresentadas em relação ao sistema brasileiro.

Nesse sentido, Ferrajoli destaca que nem todos os princípios garantistas estão expressamente estabelecidos no texto constitucional da Itália. E mesmo aqueles que estão, nem sempre aparecem formulados com o rigor e a precisão desejáveis.

A afirmação de que o sistema italiano adotou o modelo garantista se dá a partir de uma interpretação sistemática, em especial atenção a dois argumentos. O

primeiro deles seria o fato da Constituição italiana ter consagrado o direito de defesa, o que pressupõe o respeito a todas as demais garantias elencadas pelo sistema garantista (que, como destacado, são garantias interdependentes), quanto ao conteúdo e a forma da legislação, e do exercício jurisdicional. Em outras palavras: se o Estado se compromete a garantir o direito de defesa, precisa garantir todos os direitos que o acompanham.

O mesmo argumento se aplica à ordem normativa brasileira que, conforme destacado, consagra o direito a ampla defesa no inciso 5º, LX, do Texto Constitucional.

O segundo argumento apresentado por Ferrajoli se refere ao destaque dado pela Constituição italiana ao atributo da liberdade pessoal – o que implica, no entendimento do autor, na adoção de um modelo de direito penal mínimo. Se a liberdade se apresenta como um atributo central, sua privação deve ser excepcional, representando um mal menor em face dos males maiores, que são as infrações que ele quer proibir (2006, p. 643). Mais uma vez, cumpre ressaltar que também a constituição brasileira dá destaque para o atributo da liberdade, que vem mencionada em diversas oportunidades, das quais se destaca a referência no caput do artigo 5º:

“Art. 5º 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, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).

Em grande medida, os argumentos de Ferrajoli sobre o sistema italiano também se aplicam à ordem normativa brasileira, o que reforça a noção de que o modelo garantista encontra acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 02 - O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

### 2.1 Emergência: Conceito

Antes de se discutir o conteúdo da emergência no âmbito jurídico, é necessário, como já bem assinalado por Fauzi Hassan Choukr (2002, p.1) compreender os significados que o termo apresenta em outras esferas de conhecimento, pois poderão contribuir para o seu entendimento na seara do Direito.

No léxico, como se pode verificar pela consulta aos principais dicionários, verifica-se que a palavra emergência tem o seu significado associado a perigo, às noções de ameaça, urgência e gravidade. Todos estes conceitos evidenciam uma relação entre a emergência e a existência de uma situação crítica, excepcional, que demanda uma reação rápida.

Assim, o Dicionário Aurélio (2010) define:

Emergência

1 Ato de emergir.

**2 Ocorrência de grande perigo.**

3 Mecanismo de segurança instalado em máquinas ou locais públicos e fechados, para ser acionado em **situação que oferece perigo.**

4 REG (N.E.), COLOQ Discussão acirrada que pode levar a confronto físico.

5 ZOOL V eclosão.

6 ASTR O aparecimento de um astro.

7 BOT Cada uma de várias protuberâncias das camadas superficiais de um órgão, no tecido cortical, devido à proliferação de células epidérmicas.

**8 MED Situação crítica e imprevista que demanda ação imediata; urgência.**

(GRIFO NOSSO)

Nota-se que o dicionário aponta a utilização do termo em diversas acepções, inclusive, indica-se uso nas ciências médicas.

Na área da saúde há diversos trabalhos discutindo a definição de emergência,



bem como sua diferenciação com o termo urgência, a exemplo do artigo de Giglio-Jacquemot (2005), trabalho publicado em periódico da Fundação Oswaldo Cruz, destacada instituição de ciência e tecnologia em saúde.

O trabalho em comento, intitulado *Definições de urgência e emergência: critérios e limitações* também inicia sua análise sobre o conteúdo do termo em tela a partir das definições do léxico. Observa a autora que o dicionário apresenta os termos em debate como sinônimos, a saber:

Em resumo, o dicionário não indica qualquer distinção entre um 'caso (situação) de urgência' e um 'caso (situação) de emergência'. Portanto, referindo-se a elementos gerais propostos pelas definições, a urgência e a emergência aparecem caracterizadas da seguinte maneira:

- a urgência é alguma coisa que exige uma ação rápida e indispensável. A definição não aponta para qualquer caráter de gravidade, de risco, de perigo.
- a emergência é o acontecimento de alguma coisa séria, cuja aparição súbita causa ou ameaça perigo. A definição não aponta para qualquer necessidade de ação rápida. (GIGLIO-JACQUEMOT, 2005, p.17)

Contudo, a literatura biomédica insiste em promover a distinção entre os dois vocábulos, que nesta seara científica designam situações diversas. Isto porque a diferenciação entre estas duas categorias serve para justificar a existência de serviços especializados no âmbito médico (de urgência ou de emergência), bem como para definir um grau de prioridade no atendimento das situações de saúde.

Giglio-Jacquemot (2005, p. 17) apresenta as definições médicas para os termos em análise, destacando passagem de uma das obras de Jairnilson Silva Paim (1994, p. 152)<sup>1</sup>, professor adjunto do Departamento de Medicina da Universidade Federal da Bahia, a saber:

Uma emergência corresponde a um 'processo com risco iminente de vida, diagnosticado e tratado nas primeiras horas após sua constatação'. Exige que o tratamento seja imediato diante da necessidade de manter funções vitais e evitar incapacidade ou complicações graves. Representa situações como choque, parada cardíaca e respiratória, hemorragia, traumatismo crânio-encefálico etc.

---

1 PAIM, Jairnilson Silva. **Organização da atenção à saúde para a urgência/emergência**. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Medicina. Departamento de Medicina Preventiva. Saúde coletiva: textos didáticos. Salvador, Centro Editorial e Didático da UFBA, 1994. p.149-68, ilus, mapas.

Já a urgência significa ‘um processo agudo clínico ou cirúrgico, sem risco de vida iminente’. Nesse caso há risco de evolução para complicações mais graves ou mesmo fatais, porém, não existe um risco iminente de vida. Representa situações como fraturas, feridas lácero-contusas sem grandes hemorragias, asma brônquica, transtornos psiquiátricos, etc.

Em linhas gerais, o elemento distintivo entre emergência e urgência é o risco de vida provocado pela situação de saúde, ou o perigo para a manutenção das funções vitais: “no caso de uma emergência, o risco devida é ‘iminente’; no caso de uma urgência, o risco existe, mas não é ‘iminente’; no caso dos problemas ditos ‘de rotina’, é inexistente” (GIGLIO- JACQUEMOT, 2005, p.17). É este o fator que determina a prioridade de atendimento nas situações médicas. Em outras palavras: serão consideradas emergenciais as situações nas quais for iminente o risco de vida, devendo ser atendidas com antecedência.

Nesta seara, pelas definições do léxico, o vocábulo serve para designar uma situação médica grave e inesperada, que exige uma resposta instantânea, muitas vezes identificada com o termo urgência.

Além disso, conforme complementa Choukr, também no âmbito das ciências biológicas a “emergência assume o significado de algo que não se apresenta como uma excrescência do organismo e não possui forma definida” (2002, p. 2) – ou seja, algo que cresce para além do normal.

A emergência, de acordo com o que foi assentado, designa uma situação severa, excepcional, merecedora de pronta resposta. Uma situação de perigo, risco, notável gravidade, e que exige a adoção de medidas drásticas. Vejamos como esta noção é trabalhada no campo do Direito e, mais especificamente, no Direito Penal.

## **2.2 Direito Penal de Emergência: Conceito e características**

A ideia de emergência, em geral, como já exposto, está associada a uma situação que surge de maneira repentina e ameaça às estruturas e padrões de comportamento, é o que ensina Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 136). Esta situação impõe a necessidade de se dar uma resposta imediata, que dure enquanto permanecer o estado de emergência.

No âmbito jurídico, como bem nota Choukr, o termo “emergência”, mais

habitualmente, tem sido usado para designar situações de exceção ao Estado Democrático de Direito, constitucionalmente previstas. É o que se costuma denominar “constituição de exceção”, como apontado por Canotilho<sup>2</sup>, e registrado por Choukr (2001, p. 136).

Na Constituição Federal de 1988, situações de emergência servem de fundamento para os chamados Estado de Defesa e do Estado de Sítio, previstos nos arts. 136/139.

Já a expressão “Direito Penal de Emergência”, segundo Bechara (2008, p.422) surgiu na Itália, e foi cunhada na década de 1970, para intitular as mudanças realizadas no sistema penal italiano, promovidas com o propósito de fazer frente à criminalidade organizada e ao terrorismo. Foram implementadas modificações legislativas nos campos do direito material, processual e da execução penal, realizadas em resposta à forte pressão da opinião pública, com notável influência dos meios de comunicação. Estas mudanças legislativas surgem como resposta imediatista do Estado em face da nova criminalidade e a expectativa é que este corpo normativo excepcional tivesse validade temporária – contudo, a legislação acabou se incorporando de maneira definitiva ao ordenamento jurídico italiano.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer com Zaffaroni que:

Las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: por el contrario, éste renace para quedarse durante el resto del milenio y proyectarse al próximo, confiscando a las victimas, en la Edad Media (siglos XI y XII) justamente con una emergencia: el ataque de Satán y las brujas. Las transnacionalizadas tienden a ser males cósmicos que, por ende, requieren soluciones extremas y no convencionales. De allí la Inquisición, que deroga el acusatorio y la legalidad, como principios que se implican recíprocamente. A ello se agrega el defensismo (siempre se trata de un discurso de defensa), el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime. Estas características son propias de la legislación de los Estados de Policía: no hay ley nazista, fascista o stalinista que no haya sido de defensa o de protección.(2008, p.617)

Ferrajoli realiza uma análise minuciosa da legislação editada em seu país, fazendo a ressalva de que não se deve considerar o direito penal de emergência como um sistema unitário e coeso. Na história italiana ele se manifestou a partir de três políticas diversas – que se dissolveram, mas influenciaram a configuração do

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almeda, 2ed., 1988, p. 973.

sistema penal a partir de então. Assim sendo, a consolidação da emergência penal no direito italiano se subdivide em três fases.

A primeira delas, ocorrida entre 1974 e 1978, período em que o “terrorismo mafioso” ainda não havia se manifestado de maneira incisiva, diz respeito ao implemento de legislações que incrementam os poderes de polícia, alongamento da prisão preventiva e limitação da liberdade provisória (2006, p. 754/755).

O aparato privilegiado nesta primeira fase, indubitavelmente, foi a administração policial, a quem foram conferidas muitas das prerrogativas da Justiça: “prisão, perquirição, interrogatório, investigações sumárias” (2006, p. 756). Para Ferrajoli, as leis implementadas nesta época, além de se mostrarem mal sucedidas no combate à criminalidade, “tiveram como único efeito a acentuação da invasão policiaesca na jurisdição e na vida dos cidadãos” (2006, p. 756).

Na segunda fase, iniciada em 1979, por sua vez, é a magistratura quem passa ocupar papel de destaque: não só pela legislação implementada à época, mas também pelas práticas judiciais adotadas.

A jurisdição assume a tarefa de combate ao terrorismo. E aí que surge “uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção em sentido próprio” (2006, p. 756).

São muitos os diplomas mencionados por Ferrajoli, promovendo o agravamento no *quantum* de penas, nos regimes de execução, ampliando os meios de prova, dentre outros aspectos, acentuando a intervenção penal. O processo se vê despido de muitas das suas garantias fundamentais:

A estrita legalidade penal, que vem conexas de modo certo ao crime cometido e não ao conteúdo acusatório ou defensivo do imputado, e penas iguais para crimes iguais; o contraditório e em geral o esquema triangular do processo, que exigem o antagonismo entre acusação e defesa e a posição como terceiro do juiz; a presunção de inocência e o conexo ônus da prova sob responsabilidade da acusação, um e outro convertidos em uma presunção geral de culpabilidade que de fato agrava de forma igual os arrependidos e os não arrependidos (2006, p. 757)

A última fase identificada por Ferrajoli assinala o fim da cultura de emergência, com o implemento dos últimos diplomas legais inspirados neste movimento em meados dos anos 80. Contudo, “estas feridas não cicatrizaram” (2006, p. 757).

Para Sergio Moccia, que tem importantes estudos sobre o tema, ao Direito Penal de emergência falta sistematicidade. Além disso, como características do direito penal de emergência, Moccia menciona a ideia de incremento do rigor repressivo e a supressão de garantias fundamentais do Estado Democrático, o que conduz a um uso simbólico do direito penal (2011, p. 34).

Quanto à falta de sistematicidade, o autor italiano observa que a gênese da legislação penal emergencial se dá a partir do improviso legislativo, especialmente a partir da edição de Decretos-lei. Por isso mesmo, esta legislação se caracteriza pela falta de coerência. A lógica por trás da edição destes diplomas é oferecer uma resposta imediata a episódios criminais graves (verdadeiros ou presumidos), numa perspectiva de “reação emocional”.

Sobre o incremento do rigor repressivo e a fragilização de garantias, Moccia entende que o direito penal de emergência promove um aumento no rigor sancionatório a partir da adoção de medidas que desafiam a estrutura tradicional do direito penal, como o abuso da custódia cautelar (de medida excepcional, tornou-se automática) a previsão de formas extremamente rigorosas de encarceramento, introdução de novos tipos penais e involução na disciplina das provas (2011, p. 35).

Quanto à legislação penal emergencial, Moccia defende que o seu surgimento se dá em resposta a um “mal estar” na sociedade, fomentado pela atuação midiática, que encara a questão criminal como um problema alarmante. Diante deste quadro, a opinião pública passa a exigir medidas imediatas do Estado, em especial, o implemento de uma legislação penal mais severa. O Direito Penal é percebido pela população como o único instrumento à disposição do Estado para fazer frente à delinquência.

Como bem ressalta Moccia, há outras soluções muitos mais eficientes no campo da política social para lidar com a criminalidade, mas o Direito Penal de emergência atende aos anseios imediatos da população, ao trazer mais severidade punitiva. Assim fica revelado o uso simbólico do Direito Penal de Emergência, como destaca Moccia:

A função simbólica do Direito Penal é, de fato, aquela de indicar um caráter imprescindível da intervenção punitiva, creditado a uma situação de insegurança. Esta desencoraja uma solução extrapenal, menos “representativa” que aquela de natureza penal, mas que, porem, na maior

parte dos casos é a mais idônea a resolver o problema *in radice*. No entanto, cultiva-se a ilusão de segurança, que pode atrair o consentimento dos cidadãos com o Estado. (MOCCIA, 2011, p. 35)

A denominação direito penal de emergência, nascida na Itália, tem encontrado ampla acolhida também em outros países, para fazer referência, sobretudo, a um conjunto de reformas legislativas mais ou menos contemporâneas à experiência italiana e que com ela compartilham motivações e características semelhantes..

Juan María Teradillos Basoco registra sua recepção na Espanha.

Assim, o mencionado autor assinala uma série de manifestações do direito penal de emergência em seu país, relativamente às reformas do Código Penal de 1995.

Mais de 15 anos da edição desse diploma legal permitiram a Basoco afirmar, em 2011, que se tratava de um considerável intervalo de tempo para a vida de um Código, no qual a redação original do Código Penal Espanhol foi substancialmente modificada, tendo passado por mais de 20 reformas, sendo que algumas destas afetaram duzentos artigos.

O movimento reformista veio marcado pela expansão e pelo endurecimento punitivo, uso simbólico do direito penal, supressão de garantias fundamentais e pela acentuação no encarceramento. Neste sentido, indica que “O Código penal da democracia” veio a se tornar o “Código Penal da Segurança”.

Esse contexto leva o mesmo autor a concluir que se constituiu um sistema de emergência na Espanha (2011, p.10).

Basoco observa, ainda, que as reformas no sistema penal espanhol editadas em 2003 apresentam-se como marco do movimento de emergência no Direito Penal daquele país. Por fim, enumera uma série de diplomas que integram um conjunto normativo que impulsionou uma política criminal paladinamente expansionista (2011, p.12):

Las leyes Orgánicas 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento integro y efectivo de las penas; 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia domestica e integración-social de los extranjeros;14/2—3, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y 15/2003, por la que se modifica la Ley Organica 10/1995.

Na Argentina, Sueiro percebe o mesmo fenômeno ao analisar a legislação

penal editada após a redemocratização, ou seja, a partir de 1983. Longe de frear o processo de proliferação legislativa desregrada, a redemocratização veio acompanhada de uma acentuação da expansão punitiva, a partir da edição de uma série de leis em flagrante desrespeito dos preceitos legais inscritos no Código Penal, bem como em desatenção a disposições constitucionais (2011, p. 372).

Nos termos do autor:

De esta forma, desde mediados de la década del ochenta hasta nuestros días se ha producido un claro proceso de inflación legislativa em materia penal, llegando a niveles insospechados y derivando en un caudal de leyes complementarias que en su volumen y complejidad rivalizan con el mismísimo Código Penal propiamente dicho (SUEIRO, 2011, p.373)

Ainda segundo Sueiro (2001, p. 274/275), da legislação referida deve-se destacar : i) A Lei 25.297 que introduziu uma agravante genérica aplicável aos delitos praticados com uso de arma de fogo. Este dispositivo representou uma dupla agravação para delitos que já previam modalidade mais severa para atos praticados com uso de armamento (caso do roubo); ii) A lei 25.601, que introduziu uma nova figura qualificada para o homicídio, em razão exclusivamente da qualidade da vítima (membro de força de segurança, policial ou penitenciária). Esta medida veio como resposta a “una verdadera paranoia controlada por los medios masivos de comunicación” (2011, p. 375); iii) a Lei 25.742 que incrementou a punição do crime de sequestro, em resposta a demanda social canalizada pelos meios de comunicação; iv) a Lei 25.602, “cuya sanción obedeció a un fenómeno conocido como Legislación de Emergencia” (2011. p.276), que foi sancionada por pressão do FMI.

Sueiro conclui que tal legislação representou atentado às garantias fundamentais, sacrificou a sistematicidade do Direito Penal Argentino, e surgiu em resposta às demandas da opinião pública, todas estas características do Direito Penal de Emergência.

No Brasil, também tem-se recorrido à mesma denominação para referir um conjunto de manifestações legislativas caracterizado pela mitigação das garantias dos direitos fundamentais.

Choukr, por exemplo, publicou um estudo no qual analisou o avanço da legislação penal de emergência nos 20 anos de vigência de constituição de 1988.

O trabalho em comento aponta uma constatação (2011, p .210): nos 20 anos

decorridos da edição da constituição de 1988 se consolidou um sistema penal que caminha em paralelo das disposições constitucionais: o **sistema emergencial**.

Choukr enumera uma série de diplomas legislativos que comporiam este sistema.

Destacam-se as seguintes normas para a análise desse “sistema”:

- (i) Medida Provisória nº 111/89 e Lei nº 7.960/89 dispendo sobre a prisão temporária;
- (ii) Lei nº 8.072/90 – crimes hediondos;
- (iii) Lei nº 8.930/94 – crimes hediondos;
- (iv) Lei nº 9.695/98 – crimes hediondos;
- (v) Lei nº 9.034/95 – crime organizado;
- (vi) Lei nº 9.271 – lavagem de dinheiro;
- (vii) Lei nº 9.613/98 – apreensão de bens de origem ilícita;
- (viii) Lei nº 9.807/99 – colaboração com a justiça e programa de proteção a testemunha vítima;
- (ix) Lei nº 10.217/01 – interceptações ambientais e agentes infiltrados (alterou os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 03.05.1995);
- (x) Medida Provisória nº 27.002 e Lei nº 10.446/02 – autoriza intervenção da Polícia Federal em investigação em curso em qualquer Estado;
- (xi) Lei nº 10.792/03 – criou o regime disciplinar diferenciado de execução penal. (2011, p. 210, GRIFO NOSSO)

O direito penal de emergência ou de exceção (como prefere Ferrajoli), designa, em síntese, duas coisas, a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à realidade alterada” ( FERRAJOLI, 2006, p. 747).

A respectiva fundamentação teórica, ainda segundo Ferrajoli, encontra-se na ideia do primado da razão de Estado, sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político ou de outras formas da criminalidade organizada (FERRAJOLI, 2006, p. 747).

Esse modelo que se convencionou chamar “Direito Penal de emergência” trata-se, portanto, de direito penal excepcional, a ser adotado num contexto de guerra ao crime, com base no entendimento de que o direito penal tradicional, com todo seu rol de garantias, impediria a efetiva punição dos culpados.

Como bem pontua Choukr, o recurso ao vocabulário bélico é proposital. Os termos “cruzada contra a criminalidade”, “guerra contra o crime” organizado, e



mesmo a noção de “amigo-inimigo”, servem de pano de fundo para um panorama de “manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras” (CHOUKR, 2001, p.146).

No mesmo sentido é a passagem de Zaffaroni, apresentada por Silva Franco, Lira e Félix (2001, p. 172), reforçando a percepção dos discursos de guerra contra o crime no contexto do combate à sensação de insegurança:

Cria-se (inventa-se no plano do real) ou exalta-se um perigo social existente; extrai-se tal perigo do contexto e se transforma em penal; torna-se total a luta ou a guerra contra esse perigo e se subordina tudo a essa guerra. (ZAFFARONI, 1990, p. 25, *apud* FRANCO;LIRA;FELIX, 2011, P. 172)

Notadamente, o Direito Penal de Emergência simboliza um regresso autoritário no sistema punitivo, que para Salo de Carvalho, representa um retorno à Idade Média. Isto porque, a maximização do exercício punitivo determinada por este modelo de direito penal se dá em desatenção aos princípios limitadores da intervenção penal, muitos destes originados na idade moderna, crias do movimento iluminista, que paulatinamente foram se integrando aos ordenamentos jurídicos ocidentais. Como explica o autor:

O atual processo de ampliação legislativa, notoriamente deflagrado pelos discursos de emergência, gera o que denominamos ‘panoptismo legal’, ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. Se o pluralismo das fontes do medievo produziu o discurso bélico inquisitivo, não relutamos em afirmar que o processo de sobrecriminalização produz efeito idêntico, pois gera a desregulamentação das condutas consideradas criminosas. No momento em que qualquer desvio passa a ser tipificado independentemente da verdadeira lesão ao bem jurídico, qualquer conduta social pode ser arbitrariamente considerada delitiva, restabelecendo controle determinado por poderes administrativos de desigual incidência nos diversos estratos sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal. Portanto, a inflação penal, efetivamente, provocou a regressão do nosso sistema punitivo a uma situação não diversa daquela pré-moderna. (CARVALHO, 2011, p. 86)

O direito penal de emergência constitui, assim, um modelo que tem como tônica o desrespeito às garantias fundamentais do direito penal. Nesses termos, revela-se a partir de medidas legislativas implementadas, em geral, de improviso,

em conformidade com a pressão da opinião pública e carentes de sistematicidade, Um modelo punitivo que busca uma intervenção penal mais severa e que, na prática, cumpre, muitas vezes, apenas efeito simbólico.

Nos dizeres de Bechara, trata-se de um paradigma que se apresenta “em contraposição ao Direito Penal de modelo liberal” (2008, p.422), e tem sido identificado por outras denominações, quais sejam, “direito penal do risco” e “direito penal do inimigo”.

Todas essas denominações, entretanto, designam tendências ou orientações de política criminal compatíveis com a legitimação da intervenção penal fundamentada na ideia de emergência. Mais adiante, as principais diferenças entre elas serão tratadas mais detidamente.

### **2.3 Direito Penal de Emergência: o papel da mídia e a crise da legalidade**

Superada a discussão sobre o conceito de Direito Penal de Emergência, faz-se necessário discutir o panorama de surgimento e consolidação deste modelo.

Dois elementos devem ser referidos como essenciais ao surgimento e difusão da ideia de emergência no direito penal: o medo associado à atuação da mídia e a chamada “crise da legalidade”. Nesse sentido a lição de Laufer (2012, p.146).

Com efeito, historicamente, o Direito Penal representou um conjunto de garantias do cidadão. Um inventário de regras e princípios que limitava a atuação do Estado na hora que exercitar seu poder de punir contra o indivíduo. Conforme apontava Von Liszt, comentado por Bechara (2008, p.415) o direito penal era a “carta magna do cidadão”.

No mesmo sentido, comenta Moccia:

Neste contexto, a política criminal assume a função, garantística de delimitação da intervenção estatal punitiva. E é assim, em certo sentido, para tornar a concepção lizstiana do direito penal como barreira insuperável da política criminal, polaridade oposta que não permitia interações recíprocas. Tudo isto dá origem a uma limitação mútua que termina por alargar o âmbito das garantias, tanto formal e substancial: a lei penal com o seu sistema permanece o limite absoluto da política criminal (MOCCIA,

Contudo, no atual panorama, o indivíduo não mais se identifica nessa posição de cidadão protegido pelo direito penal em face dos arbítrios punitivos do Estado. A respeito, destaca Silva Sanchez:

Em concreto, se tende a perder a visão deste [o direito penal] como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como “Magna Charta” da vítima aparece junto à clássica da “Magna Charta” do delinquente. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.51)

A realidade atual promoveu, verdadeiramente, uma mudança na função exercida pelo Direito Penal. Antes este era considerado como instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos, em atenção aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade – sendo invocado para atuar apenas na tutela dos atributos sociais mais importantes e nas lesões mais significativas a estes bens. Contudo, na esteira do direito penal de emergência, ele passa a ser visto como instrumento político de segurança (BECHARA, 2008, p.418). Em outras palavras: De *ultima ratio*, para primeira ou única *ratio*. Notadamente:

Em vista dos reflexos da atual sociedade, assiste-se hoje a reformas penais caracterizadas pela ânsia em combater com urgência os problemas amplamente difundidos pelos meios de comunicação, os quais, exatamente por isso, são sentidos com maior intensidade, provocando sensação de insegurança. E tal proteção é operada por meio do aumento sensível das penas cominadas aos tipos delitivos, da eliminação dos vários graus de imputação penal e, fundamentalmente, da tutela crescente de bens jurídicos vagos ou universais em lugar dos clássicos bens jurídicos individuais. (BECHARA, 2008, p.419).

A atuação midiática desempenha um papel de extrema relevância na consolidação do direito penal de emergência. O acompanhamento de casos criminais de grande repercussão se torna verdadeiramente um entretenimento.

Nos últimos anos, muitos casos ganharam notoriedade e foram explorados

---

<sup>3</sup> Texto original: “In quest’ambito la politica criminale assume la funzione, garantistica, di delimitazione dell’intervento punitivo statale. E si viene così, in un certo senso, a ribaltare la concezione lizstiana del diritto penale come insuperabile barriera garantistica della politica criminale, polarità di segno opposto che non consentivano reciproche interazioni. Tutto ciò dà vita ad una scambievole limitazione che finisce con l’ampliare il campo delle garanzie, sia formali che sostanziali: il diritto penal com il suo impianto sistematico resta “il limite invalicabile della politica criminalie”.

pela mídia de maneira exaustiva. Mais uma vez, trazendo à baila as lições de Bechara, destaca-se passagem na qual a autora comenta as ideias de Mir Puig, em artigo dedicado ao caso Isabela Nardoni, homicídio de uma criança que gerou grande repercussão por suas circunstâncias, em especial por ter sido perpetrado por seu pai e sua madrasta (e o tratamento dado a este caso pela mídia):

Conforme ressalta Santiago Mir Puig, a imprensa amplia a dimensão das desgraças e da violência. Ao se informar sobre fatos negativos que se produzem em todo o mundo, faz-se com que o destinatário da notícia tenha a sensação de que esses ocorrem com mais frequência do que antes, quando só se conheciam aqueles decorrentes do próprio âmbito de vida pessoal, familiar ou profissional. De outro lado, adverte o referido autor que os meios de comunicação tendem a dramatizar esse tipo de notícias, especialmente quando implicam crianças e adolescentes, como nos casos de pornografia infantil e homicídio. Tudo isso vai aumentando a sensação de insegurança e de vulnerabilidade, e se traduz em uma maior demanda de intervenção por parte do Direito Penal. (BECHARA, 2008, p.416)

E mais: a exposição midiática, em especial a televisiva, passa por cima de uma série de garantias do processo penal – a mais evidente, a presunção de inocência, completamente sacrificada, em diversas ocasiões.

Como aponta Yarochevsky (2015):

Quando a publicidade expõe e vulgariza a vida privada e a intimidade do acusado, vez ou outra, da própria vítima, transforma-se em instrumento de opressão e de exploração da imagem, capaz, inclusive, através dos meios midiáticos, de influenciar maleficamente os julgadores.

Lamentavelmente, no campo penal, em nome de uma fúria punitiva e de um fantasmagórico combate a impunidade, o poder midiático tem afrontado os valores e princípios mais caros ao Estado democrático de direito. Sob o manto de uma ilimitada liberdade de informação e de expressão a mídia ultrapassa todos os limites da ética e do respeito à dignidade da pessoa humana. Investigado, acusado, indiciado é tratado como se condenado fosse, sem direito ao contraditório e a ampla defesa. Os tentáculos do poder acusatória da mídia são capazes de acachapar todo e qualquer princípio de direito. Neste diapasão, a presunção de inocência esculpida na Constituição Federal no título que trata dos direitos e garantias fundamentais é completamente abandonada, passando a ser letra morta em nossa lei maior. (YAROCHEWSKY, 2015).

O importante é entender que a atuação midiática exerce influência não só sobre a opinião pública. De fato, esta interferência não deixa de ser notada, mas não é a consequência que mais preocupa. A exploração da violência e da criminalidade

fomentam uma sensação de insegurança e tornam a questão criminal um problema imediato, fazendo surgir uma demanda dirigida ao Estado, para que dê resposta à situação.

Ocorre que muitas vezes, os formadores de opinião que se utilizam do palanque midiático, diante deste cenário, não se satisfazem em noticiar o panorama de criminalidade, mas se atrevem a sugerir quais seriam as medidas, no campo criminal e mesmo legislativo, que deveriam ser adotadas para dar solução à questão.

São muitos os casos de “jornalistas” responsáveis por noticiários policiais que ganharam fama em cima de suas críticas à legislação penal, tida por eles como muito branda. No mesmo sentido, proclamam a necessidade de tratamento mais severo aos apenados, aumento de penas, diminuição de “regalias” como o duplo grau de jurisdição ou progressão de regime no cumprimento de pena.

De certo que todo indivíduo, ao conviver com estas questões relativas à criminalidade, inevitavelmente pode vir a criar suas próprias convicções, e formar uma opinião sobre qual seria a postura mais adequada a se adotar para solucionar a problemática. Contudo, para uma grande parcela da população, não inteirada sobre o assunto, qualquer posição que venha a ser formada, com base apenas em suas observações cotidianas e nas informações da mídia, será apenas uma impressão, uma análise superficial. Como já destacado em outra oportunidade, se trata de “senso comum criminal” (SILVEIRA, 2014b). Notadamente:

A sociedade convive com diversas matérias pertinentes à política criminal no seu dia a dia: índices de criminalidade, situação prisional, atuação das forças policiais. E essa convivência diária com essas questões faz com que os indivíduos leigos formem sua convicção a respeito do funcionamento do sistema penal. Contudo, esse “conhecimento” não tem compromisso com a formalidade da ciência do Direito Penal, parte simplesmente da impressão das pessoas e de suas experiências pessoais diárias. Em oposição à noção de política criminal, forma-se um “senso comum criminal”. (SILVEIRA, 2014b)

A bem da verdade, não haveria problemas se a população criasse suas impressões sobre como deveria ser moldado o direito penal, desde que estas impressões servissem apenas para fomentar debates informais.

O motivo de preocupação reside no fato de que estas convicções servem para definir os rumos institucionais do direito penal. Por dois motivos: primeiramente,

porque o discurso da mídia se transplanta para o discurso da opinião pública, mero consumidor da informação. O problema é que esse debate não se limita ao convencimento individual de cada pessoa. Ele é ampliado em proporções astronômicas quando alcança o palco máximo de divulgação da opinião pública – a mídia jornalística. E, com isso, a atuação midiática divulga vários discursos expressando o entendimento de leigos sobre questões de política criminal, ignorando por completo os debates acadêmicos. Como já apontado:

O discurso midiático leigo é superficial e não encontra respaldo na realidade social. Ele parte de pressupostos equivocados e propõe a adoção de medidas inadequadas. De tão repetido ele vai se tornando a regra, influenciando a opinião pública e se tornando o discurso oficial. (SILVEIRA, 2014b)

E mais, porque o discurso da mídia é adotado pelos governantes. No jogo político-eleitoral, vence quem defende as ideias mais populares entre os eleitores. Neste sentido:

A audiência televisiva tem um poder de convencimento estrondoso, especialmente entre as parcelas da população que não têm acesso a outros meios de comunicação. De fato, a mídia não pode ser responsabilizada pelas desigualdades da estrutura socioeconômica brasileira, pela precariedade do sistema penal e penitenciário e pela seletividade do direito penal. Mas seu discurso exerce enorme influência sobre as pessoas que poderiam fazê-lo – os eleitores. A opinião pública fica contaminada por ideais regressistas, o que repercute na candidatura de representantes que compartilhem desse ideal e que atuarão em suas legislaturas condicionados por esse discurso. (SILVEIRA, 2014a)

O raciocínio por trás deste panorama é muito simples (SILVEIRA, 2014a). Vejamos: a questão criminal representa uma realidade altamente complexa. No meio acadêmico, existem diversos ramos do conhecimento se debruçando sobre a temática, por diferentes perspectivas.

Rotineiramente, a doutrina costuma apontar uma divisão clássica dos saberes no campo da ciência criminal, qual seja: o direito penal (ou dogmática penal, estudo do crime pela perspectiva normativa), a criminologia (estudo das causas da criminalidade, sejam estas causas psicológicas, fisiológicas, sociais, dentre outras) e a política criminal (definição sobre métodos para efetivar a tutela penal). Todos estes ramos de conhecimento são dotados de uma formalidade própria, rigorosa,

vocabulário e conhecimentos preliminares necessários à sua compreensão.

Se aventurar por estas searas significa pesquisar, investigar o que tem sido produzido naquele campo, comparar a posição de especialistas. Se manifestar de maneira ponderada e bem fundamentada. É assim que se constrói conhecimento na Academia.

Neste sentido, quando um pesquisador no ramo das ciências criminais defende a adoção de uma medida no campo punitivo – seja a implementação de uma legislação mais rigorosa, ou mesmo a descriminalização de uma conduta – se espera que este o faça atendendo a todos estes critérios de rigor.

Por sua vez, quando a mídia jornalística se manifesta sobre algum tópico relativo à questão criminal, não se espera uma ação cautelosa com as informações, uma pesquisa profunda, o recurso à manifestação de especialistas. A bem da verdade, o discurso jornalístico, em especial nos casos já destacados, não vai além de expressar impressões de leigos.

De fato, percebe-se facilmente a imprecisão e superficialidade do raciocínio habitualmente apresentado pela mídia de caráter policialesco. De maneira geral, os discursos da opinião pública ressaltam dois pontos: que a impunidade é um problema crônico do sistema punitivo brasileiro, que incentiva a delinquência; e que a legislação penal é muito branda, e oferece muitas oportunidades para o infrator se livrar de uma condenação.

Os dois levantamentos são equivocados, e a própria mídia costuma revelar sua contradição. Ao lado da afirmação quanto à impunidade, convive a constatação sobre o crescimento da população carcerária, provocando a superlotação das unidades penitenciárias, realidade amplamente divulgada. No Brasil, se pune e se prende muito, mais do que a Justiça consegue processar e o sistema de encarceramento consegue suportar. Contudo, a punição é seletiva: costuma se dedicar quase sempre aos mesmos tipos de delitos e atingir uma parcela da população bem delimitada.

Conforme expõe Nilo Batista:

Quando alguém fala que o Brasil é 'o país da impunidade', está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou

quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. (BATISTA, 1990, p. 38/39).

Por sua vez, quanto à afirmação de que a legislação penal é muito branda, oferecendo muitas regalias ao delinquente, trata-se de declaração completamente incompatível com a realidade. Destaca-se, por exemplo, todas as ofensas à Lei de Execuções Penais, rotineiramente vivenciadas por um sem número de detentos país afora, em especial desatenção às condições de salubridade e habitabilidade das instalações das unidades penitenciárias. Todas estas situações de conhecimento comum. Não faltam estudos detalhados sobre a questão, a exemplo do Relatório (2017) elaborado pela CPI do Sistema Carcerário, Comissão instaurada para avaliar a situação do sistema penitenciário brasileiro – e o manifesto desrespeito à Lei de Execuções Penais. A comissão realizou uma série de diligências, entrevistas, visitas técnicas e audiências públicas. O relatório é extenso e altamente informativo.

Além disso, no campo processual, já se tornaram comuns casos de condenações duvidosas e mal fundamentadas, cumprimento de pena para além do prazo definido ou em regime mais gravoso do que o aplicado, privação de liberdade por períodos prolongados sem que sequer haja sentença – nenhuma destas situações concretamente combatidas, seja por desconhecimento dos envolvidos, seja por falta de defesa técnica. A assistência judiciária é precária, de maneira geral. A população habitual que compõe a clientela do sistema carcerário é de baixa renda, incapaz de arcar com os custos da contratação de um advogado para patrocinar sua defesa. A atuação da defensoria pública ainda é incapaz de lidar com toda a demanda (em ascensão). Em outras palavras - ainda que as garantias existam no campo normativo, elas não atingem a uma boa parcela da população.

E que fique claro: não se deseja que o debate sobre os rumos do direito penal fiquem restritos à academia, nem que a opinião pública se abstenha de se manifestar sobre o tema. A questão não é cercear o debate, mas garantir que a discussão seja realizada por critérios bem fundamentados. E como se percebe, os critérios adotados habitualmente pela atuação midiática são imprecisos e equivocados.

Conforme destacou Corcioli Filho: (2014):



[...] não faltam opiniões, e de todas as origens, a respeito do melhor caminho a se percorrer para enfrentar o tal problema da criminalidade contemporânea. Porém, parece ser ainda necessário observar que para que uma opinião pudesse, no cenário público, ser minimamente considerada em matéria de criminalidade ela deveria ser proferida por alguém minimamente iniciado nos estudos de criminologia”.(CORCIOLI FILHO, 2013, p. 14)

A ascensão desse discurso, que demanda um aumento na severidade punitiva manifesta-se a partir da exigência da implementação de diversas medidas de endurecimento penal, que repercutem sobre todas as esferas de poder.

A edição de diplomas legislativos com características de direito penal de emergência parece ser a manifestação mais óbvia deste cenário. Leis penais votadas às pressas, sem primor técnico, prevendo novas modalidades delituosas, aumentando *quantum* de pena, diminuindo benefícios penitenciários - todas surgidas em resposta às demandas populares.

Entretanto, parte da literatura jurídica aponta que essa atuação legislativa seria apenas uma das características de um modelo de Estado que já se encontra consolidado no nosso país - o Estado Policial (ou Estado Penal), um modelo dedicado ao recrudescimento punitivo, à ampliação da pena de prisão, redução da maioria penal e do encarceramento massivo.

Esse compromisso institucional com a severidade também se manifesta nas demais esferas de Poder. Conforme aponta Souza (2013), no âmbito do Judiciário, estaria presente a partir mitigação das garantias processuais (sob o pretexto da tutela da celeridade processual), na mediação do processo e na banalização da prisão (como pena privativa de liberdade ou como medida cautelar). No âmbito das atribuições do poder Executivo, tem destaque a calamidade do sistema prisional, a atuação violenta e belicosa das forças policiais, a sensação de impunidade nos crimes de colarinho branco e a espetacularização das operações da Polícia Federal.

Interessam mais a este trabalho as repercussões no âmbito do poder legislativo – a saber, à legislação penal que tem sido aprovada ou debatida nesse contexto: a criação de novos tipos penais, o aumento de penas, a diminuição de benefícios penitenciários, a redução da maioria penal, dentre outras.

Isto porque as medidas legislativas são a demanda popular mais frequente e a resposta estatal mais habitual – e o próprio histórico de consolidação dos discursos penais de emergência, a partir do conceito de direito penal simbólico,

explica essa predileção. Em face de uma complexa realidade, de marginalização social, de seletividade das forças punitivas, de atuação midiática fomentando a sensação de insegurança, a opinião pública simplifica a questão, exigindo a adoção de leis mais severas, como se esta fosse a solução. E o Estado as implementa, para dar a sensação de ter cuidado do problema – quando na prática, só o agravou.

Neste sentido, destaca Sueiro:

(...) el Derecho Penal se presenta como instrumento de las clases dirigentes como el instrumento más eficiente, no para la resolución del conflicto real, pero sí como vehículo idóneo para su difusión mediática exitosa de una respuesta y puesta em marcha de las clases políticas oficialistas. (SUEIRO, 2011, p. 369)

Em outras palavras, leciona Laufer :

O Estado, por sua vez, não consegue promover políticas públicas pensadas e direcionadas para lidar com a criminalidade existente, o que faz com que acabe se servindo de políticas criminais indevidas de aumento de criminalização de condutas, aumento da repressão sem reprimir na realidade os eventos delitivos (LAUFER, 2013, p. 148)

Com efeito, perceber que a “via normativa”, do endurecimento a partir de medidas legislativas, é a resposta preferencial do Estado, ajuda a entender o problema como um todo.

Ainda que a abordagem deste trabalho dê destaque para as medidas legislativas, é relevante perceber o contexto que cerca a adoção dessas medidas.

## **2.4 Manifestações Legislativas do Direito Penal De Emergência no Brasil**

Este trabalho não tem a pretensão de analisar de maneira exaustiva e definitiva toda a legislação elaborada no contexto da emergência penal no Brasil. O que mais interessa a este estudo é uma discussão sobre as características principais destes dispositivos.

Contudo, aqui, não se pode deixar de mencionar os mais importantes exemplos da legislação penal de emergência brasileira.

Juarez Tavares (1997) analisa o crescimento da legislação penal na esteira dos discursos de emergência por uma perspectiva da política de Estado.

Para Tavares, a primeira grande reforma implementada no período de redemocratização do País ocorreu em 1986, com a definição dos crimes contra o sistema financeiro. Chama atenção nesta lei o rigor repressivo com o pequeno investidor, observado por Tavares (1997, p. 51), reforçando a noção, já apresentada, de que a perseguição da criminalidade econômica, em última análise, serve para reforçar a seletividade do direito penal.

Como sabido, em 1988 foi editado o texto legal que veio a ser conhecido como Constituição Cidadã. Apesar de seu conteúdo, de maneira geral, representar a adoção de um modelo democrático, um compromisso com a tutela de direitos fundamentais, o próprio texto constitucional original trazia disposições de caráter autoritário e repressivo na seara penal – como a previsão de crimes imprescritíveis ou sujeitos a regras mais rigorosas (TAVARES, 1997, p.52).

E assim se seguiram exemplos de legislação do mesmo caráter.

No ano seguinte (1989) foi editada a Lei 7960, que autorizava a prisão provisória sem processo.

É também da mesma época um dos marcos normativos do direito penal de emergência: a Lei 8072, que surge em 1990, disciplinando os crimes hediondos. Por sua importância e representatividade, será analisada mais detidamente abaixo.

O legislador exagera no uso de tipos omissivos, especialmente com a edição de leis penais econômicas, com previsão de penas elevadas e modalidades diferentes de incriminação. Como enumera Tavares (1997, p. 53), é este o caso das Leis 8137/90 e 8212/91, respectivamente, disciplinando os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, e os crimes contra a seguridade social.

A análise de Tavares, por ter sido publicada há 20 anos, não contempla um período significativo de tempo, e deixa de lado uma série de mudanças legislativas implementadas neste intervalo

Por isto, para complementar o que já foi dito, invoca-se as lições de Choukr, autor que mais se destaca em terras nacionais no tocante à temática da emergência no direito penal – tendo publicado diversos estudos sobre o tema.

Com efeito, em 2011, Choukr publicou um estudo no qual analisou o avanço

da legislação penal de emergência nos 20 anos de vigência de constituição de 1988.

O trabalho em comento aponta uma constatação (2011, p. 210): nos 20 anos decorridos da edição da constituição de 1988 se consolidou um sistema penal que caminha em paralelo das disposições constitucionais: o **sistema emergencial**. A predileção do autor por este termo, como explica, se dá em razão de não haver nomenclatura específica no vocabulário brasileiro, motivo pelo qual ele optou pelo termo emprestado do direito italiano (conforme debatido *supra*).

Choukr enumera uma série de diplomas legislativos que compõem este sistema, anteriormente destacados no presente trabalho, alguns destes já mencionados por Tavares:

Destacam-se as seguintes normas para a análise desse “sistema”:

- (i) Medida Provisória nº 111/89 e Lei nº 7.960/89 dispondendo sobre a prisão temporária;
- (ii) Lei nº 8.072/90 – crimes hediondos;
- (iii) Lei nº 8.930/94 – crimes hediondos;
- (iv) Lei nº 9.695/98 – crimes hediondos;
- (v) Lei nº 9.034/95 – crime organizado;
- (vi) Lei nº 9.271 – lavagem de dinheiro;
- (vii) Lei nº 9.613/98 – apreensão de bens de origem ilícita;
- (viii) Lei nº 9.807/99 – colaboração com a justiça e programa de proteção a testemunha vítima;
- (ix) Lei nº 10.217/01 – interceptações ambientais e agentes infiltrados (alterou os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 03.05.1995);
- (x) Medida Provisória nº 27.002 e Lei nº 10.446/02 – autoriza intervenção da Polícia Federal em investigação em curso em qualquer Estado;
- (xi) Lei nº 10.792/03 – criou o regime disciplinar diferenciado de execução penal. (2011, p. 210, GRIFO NOSSO)

No campo do direito penal substancial, como bem destacado por outros autores aqui analisados, Choukr nota um abuso de tipos de perigo abstrato, falta de sistematicidade, assimetria de penas, e um caráter eminentemente retributivo da sanção penal.

São no mesmo sentido as manifestações de Souza (2013):

Neste sentido, o Brasil tem vivenciado uma grande expansão da tutela de bens jurídico-penais, passando a abranger bens supraindividuais, com a criação de crimes de perigo abstrato, a exemplo dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), crimes de trânsito (Lei nº 9.503/97) e crimes do âmbito do Direito Penal Econômico (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Lei 7.492/86; Crimes contra a Ordem Tributária e contra a Ordem Econômica - Lei 8.137/90; Crimes

contra o Mercado de Capitais - Lei 6.385/76; Lavagem de dinheiro - Lei 9.613/98).

No que se refere à repressividade arbitrária do expansionismo penal cabe destacar a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.694/12) e o Regime Disciplinar Diferenciado. Vale mencionar ainda o elevado número de projetos de lei e propostas de emenda constitucional com cunho repressivo e emergencialista, como a sempre aventada proposta de redução da idade penal e a proposição de RDD Max. Tais medidas são imbuídas do que Massimo Sozo denomina de Populismo Punitivo, pois estão inebriadas de pragmatismo político, visto que a opinião pública majoritária, movida pelas deturpações midiáticas, clama por medidas repressivas. (SOUZA, 2013, p.246/247)

A criação desse sistema excepcional não tem, entretanto, recebido crítica de boa parte da doutrina e da opinião pública nacional. Ao contrário, muitas manifestações foram no sentido de incentivar a proliferação legislativa (CHOUKR, 2011, p. 215).

Esta situação é especialmente perceptível no caso da disciplina dos crimes hediondos. Foram várias leis editadas para atender esta matéria, todas elas trazendo disposições promovendo um agravamento da severidade punitiva. E mais: cada nova medida legislativa apareceu após a ocorrência de um evento de repercussão na mídia.

A Lei original – Lei 8072/90 – surgiu em resposta à ocorrência de vários sequestros de personalidades brasileiras famosas, amplamente noticiados pela mídia. Por isso, o rol de delitos que esta Lei apresentava contava com três crimes contra o patrimônio: latrocínio, extorsão mediante sequestro e extorsão qualificada pelo evento morte. Além disso, trazia também os crimes de epidemia com resultado morte, estupro e atentado violento ao pudor (CHOUKR, 2011. p.215).

Conforme se observa, nenhum crime contra a vida era elencado no rol de hediondos, o que mudou com a edição da Lei 8930 em 1994. Este diploma legislativo incluiu no rol de crimes hediondos todas as formas de homicídio qualificado (e o homicídio simples praticado por grupo de extermínio). Esta inclusão ocorreu especialmente em razão da comoção pública gerada pela morte de uma atriz de novela. Nos dizeres de Choukr, “É correto afirmar, diante de tal evolução histórica, que a ofensa ao bem jurídico vida assumiu destaque de hediondez por um mero acaso” (2001. p.2015).

No mesmo sentido foi a edição da Lei 9695, em 1998, que determinou a inclusão no rol de crimes hediondos os atos *de falsificação, adulteração ou alteração*

*de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais.* Mais uma vez, a atuação midiática foi determinante. Na época foram descobertos e noticiados vários casos de irregularidades na fiscalização governamental sobre estes atos. E mais uma vez a solução adotada foi a via normativa. Frise-se: no caso da última lei em comento, especialmente, fica revelado o ritmo acelerado de elaboração da legislação, em razão da necessidade de dar resposta imediata ao anseio popular. Entre a veiculação da reportagem e a apresentação do projeto de lei, descontados os períodos de recesso, não transcorreu mais que um mês de “debates” (CHOUKR, 2011, p. 216).

Em síntese:

O sistema repressivo foi mais uma vez chamado a cumprir o primordial papel de regulador social, fazendo crer no imaginário popular que a criação de mais um tipo penal entre os hediondos seria a via definitiva de solução desse grave problema. (CHOUKR, 2011, p. 216)

Alberto Silva Franco (2005) apresenta uma primorosa análise da Lei de Crimes Hediondos em obra dedicada a este tema, reconhecida nacionalmente como uma das mais completas e conceituadas publicações sobre o assunto em questão. Sua análise revela uma série de ofensas aos princípios fundamentais de Direito Penal.

A primeira falha detectada por Silva Franco diz respeito à indefinição quanto ao conceito de “crime hediondo”. O texto da Lei Original - Lei 8072/90 – enumerou os delitos que receberiam a qualificação de hediondo, sem justificar a motivação por trás deste etiquetamento. Em outras palavras, por não haver uma definição legislativa quanto às suas características, o que torna um crime hediondo não é sua especial repugnância, sua gravidade, seu meio de execução ou qualquer outro critério – mas sua previsão no rol da legislação específica (SILVA FRANCO, 2005, p.99).

Para o autor, trata-se de construção legislativa altamente arbitrária. A Constituição previu que o legislador deveria definir o crime hediondo – comando do qual este se esquivou, agindo, portanto, em ofensa ao princípio da legalidade.

Os delitos que receberam a qualificação de hediondo, de maneira geral, não sofreram mudanças quanto à descrição típica. Contudo, tiveram um severo incremento punitivo, com rigoroso aumento de penas. A título exeplicativo, Silva

Franco aponta que o homicídio qualificado teve sua pena mínima elevada para 12 anos, e o latrocínio para 20 anos. “Bastou que a agressão à vida tivesse uma conotação patrimonial para que o mesmo fato (morte) provocasse consequências penais tão disformes” (SILVA FRANCO, 2005, p. 102). De certo que esta elevação exacerbada do *quantum* das penas, de maneira desequilibrada, sacrificou a coerência e a lógica interna do sistema punitivo, dando origem a situações absurdas como a apontada para o latrocínio. E mais: se impôs como obstáculo à individualização da pena – prever mínimos tão altos dá pouca margem ao magistrado na tarefa de fixar a pena na medida da culpabilidade.

Ademais, a Lei 8072/90 determinava, em sua redação original, que os condenados por crime hediondo deveriam cumprir pena em regime integralmente fechado, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade, humanidade e individualização da pena. Na esteira desse entendimento, o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF em 2006, nos autos do HC 82959 (Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006), dando origem à Súmula Vinculante 26<sup>4</sup>. Tal posição adotada pela Corte Suprema endossa a percepção de que a lei em análise traz disposições incompatíveis com a ordem normativa brasileira, sendo manifestação de um modelo penal de exceção.

Em síntese, Silva Franco assinala (2005, p. 111/112) que a disciplina dos crimes hediondos, seja a partir da lei original ou das inovações legislativas que a seguiram, revela um descaso do legislador brasileiro com a estrutura tradicional do Direito Penal: a inflação legislativa ocorreu sem que houvesse a preocupação de se verificar a existência de bem jurídico penal, a ofensividade das condutas proibidas, ou a proporcionalidade entre a sanção e ofensa. O que motivou o legislador foi apenas a necessidade de dar uma resposta imediata aos problemas surgidos na sociedade, e a resposta escolhida foi no campo penal. Como bem assinala o autor:

Feita a lei penal, atendidos os insistentes reclamos dos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, “acalmada” a opinião pública, passa-se a ideia de que tudo está resolvido até que outro problema surja, a demandar

---

<sup>4</sup> Súmula Vinculante 26 - 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 nº 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 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

nova intervenção penal. Isso acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva. (2005, p. 112).

O implemento da lei de crimes hediondos marcou o início de um duradouro período de intensa produção legislativa no campo penal, que até hoje não se encerrou e deixou marcas permanentes sobre o ordenamento jurídico brasileiro – dando origem a um sistema **emergencial** e excepcional de direito penal. Daí o papel paradigmático ocupado pela disciplina dos crimes hediondos, como manifestação do direito penal de emergência: não só por representar de maneira precisa as características deste modelo de direito penal, já aqui repetidamente destacadas (agravamento da severidade punitiva, influência midiática, sacrifício de garantias fundamentais, configuração de um modelo punitivo excepcional), mas também por ter servido de inspiração para a consolidação deste modelo no Brasil. Como bem assinala o autor em destaque:

O furor repressivo que não diminuiu ao longo de quinze anos - a produção legislativa a partir da Lei dos Crimes Hediondos, datada de 1990, permanece com vigor acentuado (vide Título VI, Capítulo único) – recomenda que se reexamine, com muita atenção, não apenas as manifestações de burla legal da legalidade, mas também a questão da emergência ou da excepcionalidade, na medida em que essa emergência e excepcionalidade se tornem, respectivamente, perenes e comuns. Leis penais reformadoras do Código Penal ou leis penais criadoras de novas incriminações tomaram conta da década de 90 e dos anos iniciais do século XXI. A improvisação, o caos, a carência de rigor científico, o conúbio com os meios de comunicação social, a preocupação em dar uma tutela penal fortemente antecipada geraram o uso simbólico do Direito Penal e proclamaram a atuação do controle penal em nome de um cientificismo que só tem cabimento ao preço da violação de garantias fundamentais, formais ou substanciais. (SILVA FRANCO, 2005, p.112).

A análise de Silva Franco revela, em absoluto, a incompatibilidade entre o modelo excepcional de direito penal que surge na esteira da lei de crimes hediondos e o sistema garantista de Luigi Ferrajoli.

Com precisão, em atenção às ideias do autor italiano, Silva Franco aponta que, no Estado Constitucional de Direito, a produção normativa “é disciplinada por normas não apenas formais, mas também substanciais, na medida em que se mostram limitadoras e vinculantes do legislador” (2005, p.112). Como bem ressaltado, no modelo de Ferrajoli, a validade da norma está condicionada por vínculos materiais, pela sua coerência com as normas substanciais que a



regulamentam. Integram este arcabouço de vínculos materiais os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que impõem ao Estado a obrigação de: 1) tomar todas as medidas possíveis para evitar a criminalidade antes de recorrer ao direito penal; 2) impor como sanção, em consequência ao descumprimento da lei penal, medida proporcional à gravidade do fato.

Por sua vez, a partir da edição da Lei de crimes hediondos, e com inspiração nesta, o Brasil experimentou uma profunda abundância legislativa no campo penal. Esta explosão de previsões delitivas, com efeito, desafia os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e ameaça a validade e a coerência do sistema penal. Num modelo em que a dignidade da pessoa humana tem papel central, em que a privação de liberdade é tida como uma exceção extrema, a aplicação de pena de maneira não criteriosa e desproporcional representa uma ofensa inaceitável (SILVA FRANCO, 2005, p.113). Recorrendo mais uma vez às palavras do grande mestre:

No caso da lei penal em exame, sua existência formal não obsta o reconhecimento de seu desconcerto em relação às normas substanciais que participam da formulação do modelo constitucional. Embora não se negue a gravidade de alguns dos fatos nela referidos, é flagrante o desalinho do legislador no que tange aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Antes mesmo de adotar novas medidas administrativas ou civis de largo curso ou de dar eficiência às já existentes (férrea fiscalização, multas pesadíssimas, fechamento definitivo de laboratórios), o legislador preferiu recorrer de pronto – e de modo puramente simbólico – à exacerbação punitiva, em algumas hipóteses já previstas no Código Penal e criou, em outras, cominações de pena, até então inexistentes, e cuja desproporcionalidade com a gravidade do fato chega às raias do absurdo.(SILVA FRANCO, 2005, p.113)

Neste ponto, é digna de referência, ainda, a opinião de Jair Leonardo Lopes.

O saudoso professor da Faculdade de Direito da UFMG, publicou em 2014, um estudo minucioso da legislação penal editada a partir da constituição de 1988, que determinava um agravamento na severidade punitiva. Muitos dos dispositivos analisados por Lopes se incluem no rol de diplomas legislativos acima apontados como manifestação do direito penal de emergência.

Contudo, para o autor mineiro, a legislação por ele analisada é dotada de traços que a caracterizam como representativas do movimento da “Política de Lei e Ordem”. Como brevemente destacado neste trabalho, a literatura tem evidenciado

uma aproximação entre o referido movimento e o direito penal de emergência – que será objeto de análise adiante.

Ainda que todos os argumentos apontando a ilegitimidade do Direito Penal de Emergência já bastem para se posicionar contra este modelo excepcional de direito penal, a análise das diversas leis surgidas para disciplinar os crimes hediondos e da evolução na ocorrência dos delitos por elas previstos mostra que não há nenhum indicativo do sucesso sobre os índices de criminalidade de uma política criminal nos moldes da legislação penal emergencial.

São neste sentido as conclusões do Relatório Final da Pesquisa intitulada “A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal” confeccionado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes – ILANUD/Brasil (2005). O documento apresenta uma série de dados estatísticos, por meio dos quais é possível detectar que não houve um declínio significativo nas ocorrências dos crimes considerados hediondos (ou a ele equiparados). Ao contrário, alguns tiveram a sua incidência consideravelmente incrementada. Maior exemplo desse fenômeno é o delito de tráfico de drogas.

Ademais, em análise comparativa, detectou-se que o comportamento dos crimes hediondos no tempo vivenciou modificações em seus números em patamar semelhante ao experimentado por outros delitos, não contemplados pela legislação em comento.

Contudo, se houve uma estatística que sofreu modificação significativa em virtude da explosão legislativa provocada pelo movimento do direito penal de emergência, em especial na disciplina de crimes hediondos, foram os números da população carcerária, que experimentaram um incremento não só em valores absolutos, mas especialmente com relação aos crimes desta espécie. Dados atualizados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) revelam que o Brasil teve um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos, contando atualmente com 622.202 mil presos (PUTTI, 2016). Como aponta o documento do ILANUD, esse aumento se dá em virtude da “cultura punitivista” implementada pela legislação:

Os dados indicam, portanto, que o crescimento da taxa de encarceramento se dá acompanhado de certo **incremento no percentual de condenados**

**por crimes hediondos.** Se não podemos creditar exclusivamente à Lei a superpopulação prisional do Estado, podemos relacioná-lo **a outros mecanismos informados pelo mesmo princípio que a norteia: o endurecimento no regime de cumprimento das penas, não somente no aparato legal, mas também na prestação jurisdicional.** [...] (2005, p.72)  
GRIFO NOSSO

Detectar uma explosão na população penitenciária é constatar um agravamento de um cenário que já se revela manifestamente em crise. Por todos os problemas estruturais vivenciados pelo sistema de privação de liberdade no Brasil, salvo raras exceções, a prisão tem servido para fomentar o crime, e não para preveni-lo. Em verdade, a própria capacidade da pena privativa de liberdade em produzir qualquer efeito positivo sobre o apenado já tem sido colocada em xeque há muitos anos (neste sentido, destacam-se as lições de THOMPSON, 1997). Ou seja: “Paradoxalmente, quanto mais a prisão entra em crise, mais aumenta sua exigência” (MOCCIA, 1999, p.81).

A ineficácia da Lei de Crimes Hediondos – e por consequência, de um modelo de Direito Penal de Emergência - é proclamada pela academia. Como aponta Marcio Thomaz Bastos (1999):

Trata-se, portanto, de uma lei que de um lado ilude a população, causando-lhe a falsa impressão de que contribui para minimizar os problemas que a afligem, e de outro acaba por constituir mais um fator de insegurança, na medida em que sacrifica as garantias individuais.

São no mesmo sentido as observações de Moccia sobre o cenário da expansão carcerária na Itália, em virtude da consolidação da legislação penal emergencial. Assinala o autor que o sistema italiano vivenciou uma “renovada exaltação do cárcere” (1997, p. 79), no seu entendimento, injustificada. Na prática, o aumento nos índices de privação de liberdade não representou melhora nos níveis de delinquência, mas apenas serviu para acentuar a seletividade do direito penal e a marginalização. Conforme assinalado pelo autor:

No momento atual, registra-se, ao contrário, um entusiasmo repressivo, que é tão irracional no plano dos efeitos quanto deletério no plano dos direitos, confirmado pela ausência de um igual incremento dos delitos denunciados que, alias, se não apresentam uma diminuição, sofrem um aumento que, em termos percentuais, não é absolutamente comparável ao aumento que a população carcerária sofreu no decorrer dos últimos cinco anos. E é ingenuidade, se não for um sinal de preocupante má fé, atribuir o

incremento das prisões a uma renovada eficiência na persecução dos crimes de máfia ou de grave corrupção. A repressão acaba, ao contrário, por endereçar-se para a marginalidade, que está pouco a pouco emergindo: os “ociosos” e os “vagabundos” dos anos noventa são os dependentes de drogas e os imigrantes, de preferência os de cor, cujas presenças na prisão aparecem vertiginosamente aumentadas, na medida em que, em termos percentuais, não tem absolutamente correspondência na população externa à prisão (MOCCIA, 1999, p.81).

Também neste sentido, Moccia afirma que para cada mafioso ou corrupto preso foram encarcerados centenas de jovens dependentes de drogas ou imigrantes (1999, p. 81).

Apesar de tudo isso, a cultura de severidade punitiva e do sacrifício dos direitos fundamentais tem se consolidado. Não só no Brasil, como bem pontuado por Sueiro (2011), trata-se de tendência mundial, atingindo mesmo os países de tradição mais liberal, como a Holanda. E este avanço acontece a despeito de todos os elementos detectados em sua oposição. Vejamos adiante, o exame de algumas das principais tendências de política criminal da atualidade, a fim verificar em que medida podem ser invocadas como fundamento da intervenção penal de emergência.

## CAPÍTULO 03 - FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO CRIMINAL DA INTERVENÇÃO PENAL POR EMERGENCIA

### 3.1 O Princípio da Razão de Estado e a Emergência Penal

A emergência teve um papel de extrema importância na configuração do sistema penal italiano, que nos anos 70 e 80 passou por uma mudança de paradigma.

Como bem observa Ferrajoli, a cultura da emergência e a prática da exceção provocaram uma involução do ordenamento penal na Itália – a partir da adoção de medidas legislativas autoritárias e de técnicas inquisitivas típicas da atividade de polícia (2006, p.746).

A consolidação deste movimento se deu a partir de uma mudança na fonte de legitimação do sistema punitivo. A emergência, em face da criminalidade organizada (em especial às atividades de máfia), foi tomada como justificativa para a criação de um sistema punitivo excepcional, verdadeiramente uma “mudança nas regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal” (2006, p.747).

Essa flexibilização promovida em nome da emergência representa, nos termos de Ferrajoli, “o primado razão de estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal” (2006, p.747), ou, em outras palavras, a noção de que o direito penal deve existir para salvaguardar o bem do Estado, e não como sistema de garantias dos indivíduos em face do exercício do poder punitivo. Daí a afirmação que houve uma mudança de paradigma, pelo abandono da concepção moderna de Direito Penal, que o considera como sistema limitador da intervenção punitiva, e sua assunção como **legitimador** desta mesma intervenção, na proteção do Estado.

Como bem destacado, a legislação de emergência surge na Itália especialmente em resposta à ascensão da criminalidade organizada. Notadamente, as atividades delinquentes de muitas organizações surgidas neste contexto foram classificadas como ações terroristas, ou crimes de terrorismo político, por supostamente ameaçarem o bem do Estado. Explica Ferrajoli que os delitos políticos são aqueles que ofendem a soberania do Estado e seus interesses políticos

essenciais (2006, p. 748). Observa o autor que via de regra, ao longo da história, a previsão dos delitos desta natureza se caracterizou pela imprecisão, generalidade e abstração quanto ao seu conteúdo.

Ademais, o autor destaca a existência de duas tradições filosóficas opostas a respeito dos crimes contra o Estado (ou contra a figura do soberano).

A primeira delas deslegitima a existência destes delitos, e defende o direito de resistência, ou seja, o direito de “opor-se com qualquer meio – também como delito político e até com o regicídio – contra o exercício abusivo e tirânico do poder estatal” (2006, p. 748).

A segunda, corrente dominante, justifica a existência dos crimes políticos por meio da “razão de Estado”. Como explica Ferrajoli, trata-se de “um princípio normativo da política que faz do ‘bem do Estado’, identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicional da ação do governo” (2006, p. 749). Ou seja, como destacado, a razão de Estado identifica como finalidade deste a sua autoconservação, custe o que custar (até mesmo a liberdade dos indivíduos).

É este o raciocínio que, para Ferrajoli, orientou todo o pensamento autoritário a partir do Século XVI. Nas palavras do próprio autor:

No direito e no processo penal a mesmíssima ideia é [em referência à razão de Estado], por outro lado, encontrada na base de todos os modelos anti-liberais e anti-garantistas, informados, invariavelmente, pela concepção do delinquente político como “inimigo”, a ponto de suprimir o interesse geral e sua identificação *extra legem*, com base em critérios substanciais e instrumentos inquisitivos. (2006, p. 749)

Assim sendo, para Ferrajoli, o princípio da razão de Estado é absolutamente contraditório com a noção moderna de Estado de Direito. Quando ele é invocado – como acontece no caso do Direito Penal de Emergência – não se trata de Direito nem de Jurisdição, mas de “arbítrio policialesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas” (2006, p. 751).

Ferrajoli afirma a incompatibilidade entre a razão de Estado e Estado de Direito por uma contradição essencial entre os dois modelos – relativamente aos fins e meios. Pelo princípio da razão de Estado, o fim é o próprio Estado ou a figura do soberano, e os meios para alcançá-lo são os que forem necessários, podendo ser regulados e modificados conforme se mostrar oportuno. Por sua vez, no Estado de

Direito, os fins políticos estão vinculados pela lei – que é quem define os meios.

Ou seja:

Desta forma, enquanto para a teoria da razão de Estado o Estado é um fim, não fundado a não ser em si mesmo e, por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, para o Estado de direito, a partir de LOCKE em diante, o Estado é um meio, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos “fundamentais” dos cidadãos e a esta vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas. (2006, p 753).

Ademais, como bem observa o autor italiano, quando se invoca a razão de Estado para promover incremento na intervenção penal, sob a justificativa de defender o Estado de Direito, “o Estado de direito é defendido mediante sua negação” (2006, p. 753).

Com efeito, a contradição acima apontada – entre meios e fins - repercute de maneira mais significativa sobre uma das funções específicas do Estado: a jurisdição. Isto porque, pela perspectiva da razão de Estado, se qualquer meio para protegê-lo será admitido, a atividade judiciária será apenas um instrumento para se alcançar esse objetivo. O processo servirá para encontrar o inimigo, operado a partir de procedimentos inquisitivos, na busca da verdade substancial. Por sua vez, no Estado de Direito, a jurisdição vem legalmente disciplinada. Os meios são previamente definidos, o processo funciona “segundo regras como a possibilidade fática da imputação, a presunção de não culpabilidade, o ônus da prova e o contraditório” (2006, p. 753), em busca de uma verdade processual.

De certo que o Direito Penal de Emergência se constrói a partir do princípio de razão do Estado, em contraste com os princípios do Estado de Direito, o que leva Ferrajoli a afirmar que:

A mutação de sua fonte de legitimação externa [referindo-se ao Direito Penal Italiano] – a razão de Estado e o critério pragmático do fim na luta contra a criminalidade, ao contrário das regras do Estado de direito em torno aos meios e aos seus vínculos garantistas – em muitos casos produziu uma justiça política alterada na lógica interna em relação aos cânones ordinários: não mais atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo, mas procedimento decisório e inquisitório, fundado no princípio do amigo/inimigo e apoiada, para além da estrita legalidade, no consenso da maioria dos partidos e da opinião pública. (2006, p. 754)

O questionamento fundamental levantado por Ferrajoli, diante do quadro de

consolidação do direito penal de emergência no sistema italiano é se, de fato, se justifica a existência de um direito penal de emergência na luta contra o crime organizado. Em outras palavras, se a emergência justifica a ruptura das regras do Estado de Direito, ou se existem circunstâncias que a justificam.

Ferrajoli invoca as lições de Hobbes, a partir das quais aponta que a ruptura das regras do jogo só estaria legitimada pela razão de Estado no caso de guerra, interna ou externa (2006, p. 766). No raciocínio Hobbesiano, se rebelar contra a existência do Estado, equivale a uma condição de guerra. Neste caso, diante daquele que ameaça a existência do Estado, não temos um delinquente, mas um inimigo, “e contra ele não valem as regras do Direito, senão as regras da força” (2006, p. 766).

Por consequência, a partir de um raciocínio inverso, Ferrajoli conclui que o abandono das regras fundamentais do Estado de direito **não é possível** em tempo de paz, contra os cidadãos – apenas na guerra, contra os inimigos. Com efeito, a teoria Hobbesiana foi projetada tendo em vista um modelo de Estado absolutista. Adverte Ferrajoli que, no paradigma atual, do Estado Constitucional de Direito, não é possível considerar qualquer conduta que ofenda a existência do Estado como um ato de guerra, em especial no caso da guerra interna. Apenas os atos mais severos, que ameacem severamente a existência do poder constituído, devem ser encarados como atos de guerra, “um perigo que não pode ser enfrentado de outra forma para a sobrevivência do Estado e dos seus ordenamentos fundamentais” (2006, p. 766).

Neste sentido, vem a indagação: a ascensão da criminalidade organizada na Itália, em especial a de caráter terrorista, constituiu de fato um ato de guerra interna, merecedor da resposta excepcional implementada pelo direito penal de emergência?

Qualquer seja a resposta possível para este questionamento, negativa ou positiva, Ferrajoli assinala que se tratará de uma resposta em oposição à existência do Direito Penal de emergência. Isto porque, se considerarmos que o terrorismo mereça qualificação de ato de guerra civil, deveremos encarar a resposta emergencial como um “não direito”, meramente um ato de força – justificado no momento de eclosão das atividades terroristas, mas inadmissível nos dias de hoje, uma vez findada a ameaça.

Por outro lado, se considerarmos que a atividade criminal organizada não se configurou como ato bélico, estaremos diante de direito penal ilegítimo, que



implementou excepcionalidade injustificada (2006, p. 767).

Invocando mais uma vez as palavras do mestre italiano:

A questão é de importância central para uma doutrina garantista do direito penal. O que se pensa do terrorismo e em geral dos fenômenos criminais de gravidade excepcional, apenas as duas respostas acima mencionadas são compatíveis com a lógica do Estado de direito, a qual exclui que se possa configurar a razão de Estado como razão jurídica. A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono. (2006, p. 767).

Ao mesmo tempo em que refuta as justificativas de existência do direito penal de emergência, Ferrajoli aponta que, lamentavelmente, a tese que prosperou a respeito do tema foi pela admissão deste modelo excepcional, afirmando sua compatibilidade com a constituição, e a necessidade política de implementá-lo.

Em verdade, a emergência se converteu em normalidade. Ainda que a ameaça terrorista tenha sido superada, foi substituída por outras emergências criminais. As garantias fundamentais do direito penal foram deixadas de lado, perderam seu conteúdo (de princípios, se tornaram “não princípios”, sacrificados, mitigados). A mentalidade que prosperou é a de que os fins justificam os meios, que podem ser alterados ao prazer dos governantes.

Este é o resumo da cultura da emergência, uma cultura policialesca, que se orienta por critérios de eficiência e de segurança, e que recebeu apoio da comunidade política, da opinião pública e mesmo da academia (2006, p. 768).

Inconformado com a prosperidade deste pensamento, Ferrajoli proclama a necessidade de se encerrar o período de emergência, para que se possa construir uma “nova fundação garantista do direito penal” (2006, p. 769).

O direito penal deve se reorientar para proteger os indivíduos, e não perseguí-los como inimigos. E mais: qualquer disciplina penal especial ou excepcional deve ser abandonada (por se mostrarem, como destacado, injustificadas), bem como todos os institutos de caráter policialesco (incompatíveis com o paradigma do Estado

de Direito, adequados apenas ao paradigma de razão de Estado).

A superação do direito penal de emergência demanda uma profunda reforma legislativa, no sentido de restabelecer no arcabouço normativo as garantias fundamentais que foram sacrificadas.

O modelo do Sistema Garantista se apresenta com resposta a este cenário de consolidação de modelos de direito penal autoritários, se colocando em defesa dos direitos e garantias fundamentais e da estrutura clássica do sistema penal (que consagra uma série de princípios). Um modelo que surge para fazer frente às pressões internacionais que clamam pelo endurecimento punitivo e pela maximização do direito penal, e para rebater os movimentos que sustentam estes discursos. Notadamente:

Hoje, o discurso garantista corresponde a um saber alternativo ao neo-barbarismo defensivista capitaneado pelos argumentos hipercriminalizadores presentes nos discursos dos movimentos de Lei e de Ordem pontencializados pelas ideologias, tanto positivas (movimentos) quanto negativas (consensos sobre o fenômeno criminal), de Defesa Social. É que atualmente o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal, ou seja, a perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo representado pelas teses neoliberais do Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal.

Dessa forma, é como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica, que exsurge a teoria garantista. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações do direito e do Estado presentes nos modelos genocidas e totalitários do pampenalismo contemporâneo. (CARVALHO, 2001, p.83)

Desta feita, uma reforma penal garantista deve se voltar sobre a forma e a substância do ordenamento jurídico. Em favor da sistematicidade do exercício punitivo e da proporcionalidade entre as penas, tão sacrificadas em face do cenário de inflação legislativa. Da precisão vocabular dos diplomas normativos, mitigada com o implemento de tipos abertos, e dos delitos de perigo abstrato, cada vez mais abundantes.

E ainda, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade, e da fragmentariedade, uma reforma que mantenha submetidos

aos olhos do direito penal apenas os bens jurídicos mais significativos, protegidos a partir da proibição das condutas que mais severamente os ofendam. Em suma, o uso do direito penal como um instrumento de garantias, sendo invocado apenas como *ultima ratio*.

Como destaca Salo de Carvalho:

Portanto, o primeiro passo a ser sustentado pelo jurista comprometido com este modelo teórico [o Garantismo], seguindo os critérios já elencados quando da construção da teoria da lei penal como instrumento de *ultima ratio*, é a negação das legislações emergenciais e a defesa urgente de uma recodificação penal e processual penal. (CARVALHO, 2011, p. 102)

E ainda, resume Moccia:

Contextualmente, deve ser realizada uma drástica redução do direito penal ao essencial, no pleno e incondicional respeito à centralidade do código. Uma poderosa redução das normas incriminadoras determina efeitos que, no final, tendem a assegurar melhor as exigências de defesa social do que um sistema de intervenção penal inflacionado e, por isso, irrealizável, que necessita periodicamente de medidas de clemência “emergenciais”. De fato, a conseqüente redução do número de processos fará com que aqueles que deverão prosseguir estejam em condições de assegurar as realizações das duas exigências basilares da justiça penal: a obtenção de efetividade e o respeito às garantias. (MOCCIA, 1999. p.87)

O caminho para a reformulação do direito penal contempla uma reflexão sobre “finalidade, âmbito e características do sistema penal do estado social de direito” (MOCCIA, 1999, p. 83), e neste modelo de Estado, a finalidade do Direito Penal deve ser assegurar a existência pacífica dos membros da sociedade, por meios que não sacrifiquem injustificadamente a liberdade dos cidadãos. Ou seja, só pode incidir o Direito Penal sobre as condutas que mais gravemente ofendam os bens jurídicos mais importantes. Se o Direito Penal é chamado a intervir para além destes limites, o próprio Estado está violando os direitos dos indivíduos, que deveria estar protegendo.

A intervenção penal só é legítima no Estado Democrático de Direito se for realizada em atenção aos diversos princípios penais que ele protege, aqui já analisados. Ou seja:

Legitimidade e efetividade devem, portanto, caminhar juntas, iluminadas pela ideia de subsidiariedade que, no estado social de direito, impõe o recurso ao sistema penal somente como extrema *ratio* e respeitando todas as garantias estabelecidas. De modo diverso, ainda que se consiga reprimir temporariamente um fenômeno criminal, produzir-se-ão outras ilegalidades e outras vítimas, com grave prejuízo para a causa da democracia. (MOCCIA, 1999, p.89)

Como leciona Ferrajoli, ao discutir a projeção legislativa da reforma penal para o garantismo:

Essa projeção deveria visar em primeiro lugar a **reabilitação da forma da lei penal**, que entrou em crise nas décadas passadas por causa dos processos maciços de **descodificação**, do uso da linguagem legal **voluntariamente obscura e plurívoca**, e, sobretudo pela crescente **variação entre penas** legalmente previstas, penas judiciárias, e penas executadas: não se pode, de fato, sequer falar de sujeição à lei, nem de garantias de certeza para os cidadãos, toda vez que as leis sejam, quanto aos delitos, caixas vazias incapazes de colocar limites ao arbítrio judicial, e, quanto às penas, indicações excessivamente severas e por isso susceptíveis de qualquer transação. Quanto aos conteúdos, uma projeção legislativa supõe a **recuperação de uma dimensão axiológica à altura dos valores da constituição** e capaz, desta maneira, de **assegurar tutela a todos e apenas aos bens e aos direitos fundamentais** no sentido aclarado pelo parágrafo 33. Isto quer dizer recodificar, com base em um **rigoroso critério de economia**, os bens jurídicos que são meritórios de tutela penal; **despenalizar** todos os crimes menores, das contravenções aos crimes punidos com simples penas pecuniárias, os quais não justificam nem pena nem processo; **ampliar na esfera da tutela civil e administrativa**, transferindo a esta muitos interesses hoje tutelados penalmente; redefinir com o máximo rigor o campo de denotação empírica dos tipos penais delituoso, suprimindo todas as figuras penais elásticas e indeterminadas; **expurgar do sistema todas as formas ocultas e disfarçadas de responsabilidade objetiva ou coletiva; rebaixar, enfim, as penas** drasticamente, reduzindo-as de direito às medidas a que hoje estão reduzidas de fato, o que significa, como se disse, diminuí-las pela metade e estabelecer limite máximo para qualquer delito em não mais de dez anos. (FERRAJOLI, 2006, p. 771) GRIFO NOSSO

Em termos semelhantes complementa Moccia:

É necessário, então, repensar uma codificação que, uma vez liberada de toda velharia normativa, contenha sob o modelo bagatelar ou não de uma lei penal fundamental, claras formas de imputação dos fatos, um sistema de sanções racionais, brandas e eficientes, um número também limitado de figuras graves de delito, reconhecíveis e aceitáveis pelos membros da

sociedade. Todo o resto deverá desaparecer ou ser transformado em outras, sempre numericamente contidas, figuras de ilícito não penal. (MOCCIA, 1999, p.89/91)

E que fique claro: uma reforma do sistema punitivo para adequá-lo ao garantismo não depende apenas de modificações legislativas, mas também de mudanças nas práticas jurisdicionais. Neste sentido, impõe-se ao Juiz a tarefa de interpretar e aplicar a lei em estrita conformidade com os valores constitucionais, agindo como garantidor dos direitos fundamentais, protetor da forma e da matéria do sistema de garantias.

### **3.2 Direito Penal do Inimigo e Emergência Penal**

A doutrina do Direito Penal do Inimigo tem origem nas ideias do renomado penalista alemão Günther Jakobs. De fato, a perspectiva do autor tem sido objeto de muitas críticas nas últimas décadas, por se revelar como uma postura autoritária em demasia. Contudo, grande parte da doutrina reproduz estas críticas sem de fato ter compreendido a dimensão e o conteúdo das ideias de Jakobs.

Neste sentido invocamos as lições de Luís Greco (2005). O professor brasileiro, radicado na Alemanha, realiza a análise definitiva da doutrina do direito penal do inimigo em uma de suas obras.

De início, Greco ressalta que o conceito do Direito Penal do Inimigo foi introduzido por Jakobs de maneira discreta, há cerca de duas décadas, quando não gerou muita repercussão.

Ao ser retomado nas obras mais recentes do autor, o tema “caiu como uma bomba sobre a ciência do direito penal” (GRECO, 2005, p.213), provocando reações acaloradas. Contudo, neste cenário de críticas abundantes, persistem muitos equívocos sobre as ideias de Jakobs. Por isso, Greco dedica seu estudo a “realizar algumas precisões para que o debate possa tornar-se mais fecundo” (2005, p.213).

O autor brasileiro inicia sua análise resumindo as ideias de Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo.

Consoante assinalado por Greco (2005, p. 214), Jakobs inaugura a discussão

sobre o tema em 1985<sup>5</sup>, em trabalho que debatia limitações materiais a “criminalizações no estágio prévio de lesão a um bem jurídico”, fazendo referência a dupla “direito penal do inimigo” e “direito penal do cidadão”.

A partir dessa divisão, o direito penal pode ser caracterizado com base na imagem que se tem do autor do delito. O Direito penal pode ver o delinquente como cidadão: e assim só estaria autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar “uma perturbação exterior” (2005, p.214). Por sua vez, o direito penal pode ver o delinquente como um inimigo, uma fonte de perigo para os bens a serem tutelados pelo ordenamento punitivo, e por isso, este indivíduo pode ser responsabilizado até mesmo por seus pensamentos. O “direito penal do inimigo” privilegia a proteção de bens jurídicos, o “direito penal do cidadão” privilegia a liberdade.

Com base neste raciocínio, Jakobs defende no artigo mencionado uma interpretação teleológica de diversas normas para compatibilizá-las com os requisitos do direito penal do cidadão. Ou seja, para garantir que nenhum indivíduo que não intervenha em “qualquer círculo de organização alheio” seja punido pelo direito penal (2005, p.215).

Em resumo:

Só serão legítimas aquelas criminalizações que respeitem a esfera privada do cidadão. Apenas um comportamento que perturbe já objetivamente, isto é, externamente, que vá além desse esfera privada do autor, pode vir a ser relevante para o direito penal (2005, p. 214 apud JAKOBS, 1985, p. 761/762)

Neste primeiro trabalho fica evidente uma perspectiva crítica do conceito de direito penal de inimigo, um destaque para seu caráter excepcional, uma preocupação de Jakobs com a sua proliferação e uma tentativa de adequar o Direito Penal vigente às exigências do Direito Penal do Cidadão. Como bem assinala Greco:

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista”. **O direito penal do inimigo “só se mostra legítimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”**, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. Na discussão que se seguiu à conferência, declarou Jakobs mesmo sua

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZstW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.).

esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender (GRECO, 2005, p. 216, GRIFO NOSSO)

Os trabalhos seguintes de Jakobs já apresentam uma abordagem distinta do tema. O autor parece relativizar seu tom crítico. Para muitos autores, em verdade, ele passou a promover uma **legitimação** do direito penal do inimigo (GRECO, 2005, p.216).

Assinala Greco que em trabalho publicado em 2003<sup>6</sup> Jakobs endossa sua posição de que o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão devem conviver isoladamente, para se evitar que o primeiro contamine o segundo. Contudo, Jakobs atesta que essa divisão serve apenas para fins descritivos, e não críticos (2005, p.216).

E assim, Jakobs aponta os traços distintivos do direito penal do inimigo, enumerados por Greco:

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. (2005, p. 218)

E mais, se antes o autor admitia a existência do direito penal do inimigo só em caráter excepcional, passa a defender sua presença em paralelo ao direito penal do cidadão: “as duas perspectivas tem seu âmbito legítimo” (GRECO, 2005, p. 219).

Greco assinala algumas passagens em que a mudança no tom de Jakobs se torna mais evidente:

Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito (darf) de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito a segurança das outras pessoas. Seria portanto completamente errado demonizar aquilo que está se chamando direito penal do inimigo (GRECO, 2005, P. 219)

---

<sup>6</sup> JAKOBS, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Eser et ali (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, p. 47 e ss. (p. 53); Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Yu-hsiu Hsu (ed.), Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung, Taipei, 2003, p. 41 e ss.

Essa mudança de perspectiva do autor alemão, se inclinando para uma postura mais autoritária, foi, de fato, responsável por provocar reações na comunidade científica.

Greco realiza um pequeno resumo dos debates surgidos na literatura partir da controvérsia detectada nas ideias de Jakobs.

De início, com base no artigo de 1985, não houve respostas muito críticas. Ao contrário, as reações foram positivas, notadamente quanto à distinção entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. As críticas que surgiram se limitaram a destacar aspectos secundários do trabalho, como a falta de clareza (GRECO, 2005, p.221). Até o início do século o direito penal do inimigo não despertou muitas discussões.

As manifestações mais exaltadas apareceram após Jakobs ter proferido palestra na Alemanha, em congresso sobre “A ciência jurídico-penal alemã diante da virada do milênio”, que deu origem a um estudo, traduzido para o espanhol por Cancio Meliá<sup>7</sup>.

Não tardou para surgirem diversas manifestações a respeito das ideias defendidas por Jakobs, em oposição ferrenha: “uma postura crítica, para não dizer escandalizada” (GRECO, 2005, p.222).

O principal ponto atacado nestas críticas foi o suposto direito do estado de negar aos cidadãos um *status* de pessoa, destinando ao criminoso, como “inimigo”, tratamento mais severo. Destacou-se que esta perspectiva se mostrava incompatível com a noção de estado de direito, sendo que, se adotada, serviria para justificar sistemas totalitários. Em verdade, configuraria direito penal de autor, o que seria inadmissível. E mais: a literatura questionou inclusive a condição do direito penal do inimigo como direito penal e mesmo como direito, por todas estas características (GRECO, 2005, p. 223/224).

Além disso, surgiram diversas perspectivas para explicar a ascensão do direito penal do inimigo. Destas, destacamos as noções: de que se trata de combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista; e de que este constitui representação dos discursos penais autoritários, abaixo assinaladas. Isto

---

<sup>7</sup> JAKOBS, Derecho penal ciudadano y derecho penal del enemigo, in: Jakobs/ Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 19 e ss apud GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goitacazes, RJ: Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, No 7, 2005.



porque, estas concepções dialogam com o panorama de consolidação do direito penal de emergência, e se mostram como ponto de interlocução entre aquele movimento e o direito penal do inimigo. A saber:

Ofereceram-se também várias diagnoses: o direito penal do inimigo seria consequência de um excessivo eficientismo, mas apesar disso ineficaz; ele decorreria do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema, **ou de uma combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista; ou ele apresentaria nada mais do que a estrutura geral dos discursos jurídico-penais autoritários** (GRECO, 2005, p. 224, GRIFO NOSSO).

Apesar da abundância de críticas, o trabalho de Jakobs também recebeu manifestações de apoio, endossando a posição de que o direito penal do inimigo seria, de fato, direito ou afirmando que o direito penal do inimigo seria legítimo (em situações excepcionais) (GRECO, 2005, p. 224).

Discutido todo este panorama na literatura, antes de se manifestar propriamente sobre as ideias de Jakobs, Greco presta uma série de esclarecimentos sobre os conceitos do autor.

Sua análise se inicia apontando que, por uma perspectiva semântica, o conceito de direito penal do inimigo parece estar evidente: “é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte do perigo” (2005, p. 225).

Contudo, não fica bem definido qual é a função que este conceito deve desempenhar nas ciências criminais. Nesse sentido, Greco identifica três possíveis finalidades para o direito penal do inimigo: i) descrever normas do direito positivo, sem qualifica-las como boas ruins, apenas identificando-as por suas características; ii) denunciar uma norma por seu caráter antiliberal e autoritário, se opondo à sua existência no Estado democrático de direito; iii) legitimar a existência de um direito penal mais severo. (GRECO, 2005, p. 225/226)

A cada uma dessas finalidades corresponderia um conceito do direito penal.

O primeiro deles, Greco denomina “conceito descritivo”. Sob esta perspectiva o direito penal do inimigo serviria apenas para caracterizar algumas normas do ordenamento jurídico, sem que fosse realizado nenhum juízo sobre a legitimidade desta norma.

O segundo conceito é identificado como “crítico-denunciador”. Qualificar uma

norma como de “direito penal do inimigo” significaria, por essa perspectiva, negar sua legitimidade, estigmatiza-la, denunciar sua existência.

O último conceito, tratado como “legitimador-afirmativo” corresponderia à declaração do direito penal do inimigo como algo legítimo, o que implicaria na construção de uma teoria para fundamentar sua existência.

Resumidamente, o questionamento de Greco é o seguinte: quando estamos diante de uma norma, e afirmamos que se trata de “direito penal do inimigo”, estamos apenas observando características dela; dizendo que ela é ilegítima; ou justificando sua existência?

A partir desta divisão, Greco levanta duas indagações: i) De qual conceito de direito penal parte Jakobs? ii) A qual conceito de direito penal se referem seus críticos? (2005, p. 226).

O autor se abstém de dar uma resposta definitiva à primeira pergunta, justificando tal atitude.

Destaca que não fica claro se Jakobs apenas descreve ou se está legitimando o direito penal do inimigo. Apesar de, em seu trabalho inicial (1985), ter predominado uma perspectiva crítica, as ideias do autor vêm sempre dotadas de muita ambiguidade. Em verdade, são muitos os elementos que indicam a preponderância de uma postura afirmativa do direito penal do inimigo nas ideias de Jakobs, ainda que o autor insista em apontar que está apenas descrevendo a realidade que observa

Greco destaca que o autor alemão, ao realizar suas análises “expositivas”, deduz conclusões de caráter normativo a partir de premissas descritivas, processo por ele utilizado para discutir diversos institutos do direito penal. É o que faz ao afirmar “que o estado não apenas tem o direito de tratar indivíduos perigosos como não pessoas, mas sim o dever de fazê-lo” (2005, p.228). Esta afirmação de Jakobs se configura como falácia naturalista. Do ser não pode derivar o dever-ser. A partir da observação da realidade não pode decorrer a existência de uma norma. Isto é um indicativo de que Jakobs estaria, na verdade, partindo de premissas normativas – ou seja, ao “observar” o direito penal do inimigo, estaria na verdade defendendo sua existência no campo normativo.

Apesar dos indícios, Greco decide por “renunciar à pretensão de interpretar univocamente o ponto de vista de Jakobs” (2005, p. 229). Por todas as

ambiguidades presentes em seus trabalhos, seria muito difícil chegar a uma interpretação certa de suas ideias, supondo que ela existe de fato. E mais: caberia ao próprio autor o esforço de esclarecer suas ideias, e não à comunidade científica.

Com base na constatação de que falta precisão às exposições de Jakobs para ser possível detectar o conceito de direito penal do inimigo por ele adotado, também fica prejudicada a resposta do segundo questionamento. “A falta de clareza no proponente provocou a falta de clareza dos oponentes” (GRECO, 2005, p. 229). Com base neste cenário, Greco observa uma variedade de percepções na literatura, “se vê o conceito de direito penal do inimigo sendo utilizado de modo não unívoco” (2005, p. 229).

E assim, à revelia da discussão sobre qual teria sido a perspectiva adotada por Jakobs ou qual teria sido a percepção da comunidade científica, Greco passa a analisar cada um dos conceitos de direito penal de maneira pormenorizada e engenhosa, no intuito de “introduzir uma distinção conceitual que pode ser útil para um aumento na precisão do debate” (2005, p. 229).

A primeira perspectiva analisada por Greco diz respeito ao conceito afirmativo legitimador do direito penal do inimigo. É esse o conceito escolhido porque o autor entende que há poucas dificuldades em criticá-lo. A noção de que o Estado tem não só o direito, mas o DEVER de tratar seres humanos como se não fossem pessoas é abominável e se revela marcadamente autoritária. E por isso mesmo, insustentável.

Um conceito afirmativo de direito penal do inimigo seria inadmissível por três razões.

A primeira delas é que se trata de um ponto de vista que ignora por completo a noção de limitação do poder punitivo, legitimando exageros na intervenção penal. A aplicação implacável da lei se justifica unicamente por motivos de prevenção. Na esteira desse raciocínio, o ser humano é usado como instrumento para atingir a finalidade preventiva, não importando como este será tratado, desde que seja alcançada a máxima efetividade na prevenção. A perspectiva consagrada na filosofia ocidental de que o homem é um fim em si mesmo, que serve como fundamento para qualquer perspectiva de limitação do poder punitivo, é completamente ignorada. Na sistemática do direito penal do inimigo, é a punição que se mostra como um fim em si mesmo, sendo o ser humano seu instrumento.

Greco também destaca, como segunda razão, que o direito penal do inimigo é

um conceito desnecessário. Existem outras formulações mais precisas e mais adequadas para serem utilizadas nas ciências criminais, e que não despertam tanto repúdio. Como bem pontuado:

Ou seja, mesmo onde se trata de controlar perigos oriundos de um determinado agente, não é necessário recorrer ao conceito do direito penal do inimigo; e se tentarmos utilizá-lo, veremos nossas dificuldades aumentadas pelas obscuridades oriundas não apenas dos próprios problemas, mas principalmente da palavra direito penal do inimigo, que parece apta a legitimar quase que automaticamente qualquer intervenção estatal imaginável.(GRECO, 2005, p.233)

A última razão apresentada por Greco é, na verdade, um complemento da primeira. Ressalta o autor que um conceito de inimigo é “incompatível com a imagem de ser humano adotada pelo ordenamento jurídico” (2005, p.234). Esta perspectiva polarizada, adversarial (“nós vs. eles”, ou, em termos mais adequados com o discurso midiático contemporâneo. “bandidos vs. cidadãos de bem”), promove um discurso de intolerância, e pode agravar ainda mais a situação da criminalidade que se pretendia combater por meio do direito penal.

Por tudo isso, Greco se opõe ao conceito afirmativo do direito penal do inimigo. Sintetizando sua exposição:

Como primeira conclusão pode-se, de acordo com a opinião majoritária, recusar decididamente o conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo. Uma idéia que leva a que se anulem todos os limites absolutos ao poder de punir (razão epistemológica), que não é precisa o suficiente para iluminar os aspectos preventivos que se mostrem dignos de discussão (razão pragmática) e que ainda apresenta um sabor autoritário (razão retórica) de nada pode prestar à ciência do direito penal. (GRECO. 2005, p.235)

Ao analisar o conceito descritivo do direito penal do inimigo, Greco pontua que esse não só parece ser pouco útil às ciências penais, mas também pouco possível.

O termo “inimigo”, por si só já provoca um antagonismo, de forma que, aquele que o utiliza, na prática, se vê obrigado ou a se opor à condição de inimigo, ou a legitimá-la. Também por isso, há tanta ambiguidade nas ideias de Jakobs:

Por isso não podemos estar surpresos com o fato de que Jakobs, apesar de repetir que está apenas descrevendo, na verdade seja entendido por quase

todos como alguém que esteja já legitimando. (GRECO, 2005, p. 236).

Greco destaca que existe uma grande dificuldade em se utilizar o termo “inimigo” sem se aproximar de nenhuma das partes em oposição, ao lidar com o direito penal. De certo que tal postura seria possível no caso de outros conflitos de menor importância ou menor complexidade: num dos exemplos elencados pelo autor, uma desavença entre dois professores que não se cumprimentam. É fácil para um observador analisar este embate por uma perspectiva remota.

Contudo, uma postura distanciada ao se lidar com o direito penal se mostra difícil. Isto porque, aqueles que se debruçam sobre essa seara o fazem na condição de penalistas, e não de desinteressados. Uma análise do direito penal, seja pela perspectiva filosófica ou dogmática, pressupõe uma tomada de posição – afirmativa ou crítica. Nos termos do autor:

Mas nenhum penalista consegue limitar-se a descrever, e se ele tentar extrair de algum conceito descritivo uma diretriz para decisões judiciais ou uma fundamentação para a legitimidade da pena, já abandonou ele o plano da descrição e passou para o da valoração. (GRECO, 2005, p. 237)

Outrossim, o direito penal representa uma matéria que povoa o interesse das pessoas, o que se mostra ainda mais acentuado no cenário da sociedade de risco e da globalização. O medo da criminalidade, a sensação de insegurança, (tópicos já debatidos neste estudo) contribuem para que os indivíduos se sintam na condição de vítimas em potencial, em razão da polarização fomentada pela atuação midiática. E assim, “é quase inevitável que a introdução de categorias como amigo/inimigo leve a uma tomada de partido, e que ela ocorra em desfavor daqueles que foram declarados inimigos” (GRECO, 2005, p.238), ou seja, legitimando a exasperação punitiva e o avanço da intervenção estatal.

Diante do exposto, mais uma vez, Greco ressalta que o conceito de direito penal do inimigo, neste cenário, se mostra desnecessário e pouco preciso – e por isso mesmo, dispensável. Esse não existindo, poderia ter sua falta suprida pela referência a conceitos como “direito penal do autor”, “criminoso habitual” e “periculosidade”, que cumprem papel semelhante ao desempenhado pelo direito penal do inimigo.

Resumindo sua exposição:

Como segunda conclusão intermediária podemos dizer: um conceito descritivo de direito penal do inimigo não parece possível, porque o uso de um termo tamanhamente carregado de valorações como o “inimigo” força tanto a ciência (normativa) do direito penal, como o discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem; e esse conceito tampouco é necessário, enquanto não for explicitado em que medida ele pode contribuir para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos tradicionais de que já dispomos. (GRECO, 2005, p. 239/240).

Por fim, Greco analisa o conceito denunciador-crítico do direito penal do inimigo. A partir desta perspectiva, afirmar que um dispositivo é “direito penal do inimigo” implicaria “no plano dogmático, que o dispositivo deve ser interpretado de modo restritivo; no plano jusfilosófico, que se deve negar-lhe legitimidade; e, no plano político-criminal, que deve ele ser reformado”. (2005, p. 240)

De todos os pontos de vista analisados, esse é o conceito que parece ter mais utilidade para a ciência do direito penal. Isto porque ele permite o exercício de uma autocrítica dos dispositivos normativos. Ao detectarmos que um dispositivo é “direito penal do inimigo”, fica revelado que sua existência é inexplicável ou injustificável. São muitos os dispositivos que mereceriam esta análise. Aponta Greco:

Dois aspectos ficam, assim, claros. Primeiro, o conceito de direito penal do inimigo pode ser utilizado no sentido de denunciar criticamente certos institutos do direito penal. Segundo, uma severa autocrítica é algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita. (2005, p. 243)

Mesmo percebendo essa utilidade do direito penal do inimigo, Greco manifesta que não necessitamos deste conceito. E justifica sua afirmação ressaltando que: “Ele não é apenas crítico, mas excessiva e exageradamente crítico” (2005, p. 243). Qualquer manifestação em defesa de um dispositivo que se enquadre nas características do direito penal do inimigo será rechaçada de maneira categórica. Não só seu conteúdo será atacado, mas também seu autor. Isto porque, defender o direito penal do inimigo significa defender a noção de que nem todos os seres humanos merecem ser tratados como pessoas. Muito dificilmente um debate nestes termos não se dará de maneira exaltada.

Em outras palavras:

O principal problema do conceito crítico do direito penal do inimigo é que ele

escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião. Uma tal atitude não parece de modo algum útil para uma discussão sóbria e objetiva. (GRECO, 2005, p, 244).

E mais do que isso, ainda que exista uma série de situações detectáveis no direito penal contemporâneo (dentre as quais Greco elenca as prisões preventivas intermináveis e a tortura policial de detentos), merecedoras de crítica por seu caráter autoritário, pelo sacrifício de garantias fundamentais ou pelo uso instrumental do ser humano para o exercício de funções preventivas, não é preciso invocar o direito penal do inimigo para denunciar nenhuma destas situações. A única postura possível a ser tomada diante destes fenômenos é uma repulsa absoluta, uma oposição ostensiva. “É necessário apenas explicitar que tais fenômenos desrespeitam os mais básicos e fundamentais limites a qualquer exercício legítimo do poder estatal.” (GRECO, 2005, p. 245). O conceito de direito penal do inimigo é dispensável nesta tarefa, serve apenas como um intermediário para a referência as violações detectadas.

Sintetizando suas conclusões, Greco leciona:

Como última conclusão parcial pode-se afirmar que também o conceito denunciador-crítico de direito penal do inimigo deve ser recusado: primeiramente por sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, em segundo lugar por sua dispensabilidade. (GRECO, 2005, p. 246).

E assim, com base em tudo que foi apontado, o autor brasileiro anuncia que o direito penal do inimigo não tem lugar na ciência do direito penal. “Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo” (2005, p. 246). Defender sua existência é negar ao ser humano sua condição de humanidade. Descrevê-lo, sem justificar ou refutar sua existência, parece impossível. Utilizá-lo para criticar o direito penal, é desnecessário.

E por isso, pedimos licença para invocar as palavras de Greco mais uma vez, no desfecho que condensa o conteúdo de sua análise:

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam

estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo. (GRECO, 2005. p. 246/247)

A noção de criminoso como indivíduo apartado da sociedade, fomentada a partir de uma polarização (pelo binômio amigo/inimigo), o uso instrumental do indivíduo em favor do exercício da prevenção punitiva, a efetividade da lei penal a qualquer custo – características identificadas no direito penal do inimigo, são também reconhecidas no chamado “direito penal de emergência”.

É também possível afirmar que o direito penal do inimigo se constrói a partir de um discurso de emergência e excepcionalidade. Conforme apontado acima, parte da literatura observa que ele surge como resultado de uma junção do direito penal simbólico e o direito penal punitivista. E mais: a divisão “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo” representa um paralelo análogo ao par “direito penal ordinário” e “direito penal de emergência”, ou seja, a noção de que deva existir um ordenamento jurídico apartado, excepcional, mais severo, dedicado à parte dos delinquentes.

O direito penal de emergência, por outro lado, apropria-se, por sua vez do discurso do direito penal do inimigo, para corroborar a adoção de medidas punitivas mais severas.

Dizer que os dois movimentos coincidem, por terem este ponto de encontro, seria uma simplificação de ambos.

Entretanto, é preciso reconhecer que o direito penal do inimigo em sua construção teórica vale-se da noção de emergência.

### **3.3. Direito Penal Secundário e Emergência Penal**

A ideia de emergência no Direito Penal tem impulsionado a sua expansão. Entretanto, nem toda expansão do direito penal pode ser dita “direito penal de



emergência”. Essa última se trata da expansão ilegítima, por implicar sacrifício de garantias fundamentais.

Se o direito penal de emergência representa a expansão ilegítima do direito penal, é possível supor que haja uma expansão legítima, aceitável, segundo parâmetros bem definidos.

Em virtude dos avanços sociais experimentados no contexto da globalização, novos valores tem adquirido relevância para o direito penal. Assim, tem-se verificado uma ampliação da intervenção penal sobre diversas áreas, em especial a economia e o meio ambiente. O Direito Penal que surge por esta perspectiva é denominado Direito Penal Secundário

Para realizar a tutela desses bens jurídicos, o Direito Penal tem deixado de lado sua essência – a proteção de bens jurídicos pessoais - para realizar a proteção de bens jurídicos supraindividuais, amplos e indeterminados, com isso, invadindo de maneira mais incisiva a esfera de liberdade do cidadão (BECHARA, 2008, p. 245).

Nesse sentido, o Direito Penal Secundário, por se afastar da proteção de bens jurídicos individuais, tem sido objeto de duras críticas. A doutrina tem destacado que esse é um modelo punitivo de intervenção mais severa, que “limita em excesso a liberdade do cidadão” (BECHARA, 2008, p.425). E mais: um modelo que “tipifica condutas carentes de lesividade ou com lesividade irrelevante” (BECHARA, 2008, p.425) sob o pretexto de promover a tutela dos bens jurídicos coletivos. Daí o motivo de ser caracterizado como direito penal simbólico, cuja função preponderante é a de apaziguar a população (BECHARA, 2008, p.425).

Apesar de todo o exposto, o Direito Penal Secundário não é necessariamente ilegítimo. De fato, muitos dos problemas da legislação penal relativos a criminalização de ofensas a bens coletivos estão relacionados à uma técnica legislativa inadequada: “a exemplo da criação de tipos muito abertos, não taxativos” (BECHARA, 2008, p.425). Não é porque as normas inadequadamente redigidas não estejam surtindo efeito que afirmaremos que aquele valor por elas protegido não é merecedor da tutela penal

Também Silva Sanchez (2002, p.147) admite um espaço legítimo de expansão do direito penal.

O recém mencionado autor espanhol vislumbra a construção de um novo modelo dentro do que se tem chamado Direito Penal Secundário, o direito penal de

segunda velocidade.

Sob esta perspectiva é possível admitir a flexibilização de certas garantias penais e de critérios de imputação, entretanto, não se cogita da aplicação de pena privativa de liberdade.

À proposta de Silva Sanchez tem-se questionado: Se estamos lidando com um modelo que não utiliza a sanção típica do Direito Penal e que necessita flexibilizar sua estrutura tradicional, por que mantê-lo no âmbito do Direito Penal?

O mesmo autor responde:

Para resumir, pode ser dito que, na medida em que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente - exatamente pelo que foi aludido - manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas "corporais" permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.146/147).

Em outras palavras, o uso da pena de prisão só poderá se dar em estrita observância de "todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia" (2002, p. 147). Por critérios clássicos de imputação, compreenda-se a prática de condutas que lesionam ou exponham a perigo concreto bem jurídico, seja ele de caráter individual ou coletivo.

Por sua vez, sempre que houver flexibilização nas garantias fundamentais ou nos critérios de imputação, movimento que tem sido notado e lamentado pelo autor, operado a partir do uso de tipos penais de perigo abstrato, fica inadmitida a adoção da pena privativa de liberdade. Conforme destaca: "a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão." (2002, p. 147)

Assim sendo, as observações em destaque apontam, mais uma vez, que o traço distintivo da expansão do direito penal, que a define como legítima ou ilegítima

é o respeito às garantias fundamentais. Com efeito, o que faz Silva Sanchez é admitir a flexibilização de algumas destas garantias, delimitando um âmbito para esta flexibilização, restrito a um universo de condutas que não tenham como consequência a aplicação da sanção penal típica e mais severa.

### 3.3 Lei e Ordem e Emergência Penal

Como recém assentado, o direito penal de emergência representa manifestação disfuncional da expansão do direito penal. Entretanto, nem toda expansão disfuncional do direito penal deverá ser considerada direito penal de emergência.

Zaffaroni ressalta que os dois fenômenos se sobrepõem, mas não integralmente:

Desde entonces el fenómeno que se insinuaba en estas anécdotas [o Derecho Penal de Emergencia] ha crecido y adopta diversas manifestaciones. Se combina con otro, que es el crecimiento desmedido de leyes y disposiciones penales. En parte se superpone con éste, pero bueno es de notar que no en forma total. De allí que creamos conveniente considerar en conjunto las características de las modalidades contemporáneas de legislación penal, para luego tratar de distinguir cuáles de sus manifestaciones corresponden a la emergencia. (ZAFFARONI, 2008, p. 614)

Como explica Laufer (2013, p. 145), em referência à Zaffaroni (2008), o crescimento desmedido de leis e disposições penais apresenta uma série de características, sendo que apenas algumas destas abrangem o fenômeno emergencial no Direito Penal.

Nesse sentido, o mestre argentino enumera uma lista de traços distintivos presentes na “*creciente legislación penal producida en los últimos años*” (2008, p. 615), os quais explica detalhadamente: “descodificación, transnacionalización, frontalismo, renormalización, fiscalización y banalización”(2008, p. 615), assim identificadas, em tradução livre: **descodificação, transnacionalização, forntalismo, renormalização, fiscalização e banalização.**

Estas características são assim comentadas e traduzidas por Laufer:

**i) descodificação** (o ideal de organização legislativa e de código não está presente nos legisladores posmodernos); **II) diretivas transnacionais** temporalmente prolongadas que **impõem praticamente a todos os países legislações penais diferenciadas da legislação penal ordinária** (tóxicos, lavagem de dinheiro etc); **iii) modelo econômico globalizador** que condiciona desocupação e expulsão do aparato produtivo e **exclusão social**, o que gera um aumento da conflitividade social; **iv) leis penais frontalistas**, eis que tendem a impressionar o observador por sua monumentalidade; **v) tentativa da sociedade de informação em expor situações que permaneciam normalizadas como delitos** – com a resposta pelo legislador por meio de **tipos penais insólitos, indefinidos, vagos** etc.; **vi) fiscalização diuturna por meio do Direito Penal (Direito Penal fiscal) e vii) banalização (administrativização do Direito Penal)**. (2013, p. 145, GRIFO NOSSO)

Para Zaffaroni, os atributos da **transnacionalização** (legislação definida por normativas internacionais, exigindo a criação de um sistema apartado e mais severo para o combate a algumas searas delitivas), **frontalismo** (leis implementadas para cumprir função simbólica, para encantar por sua grandiosidade) e **renormalização** (intervenção do direito penal sobre situação supostamente em controle, mas alegadas como descontroladas pela pressão da opinião pública) se sobrepõem com o direito penal de emergência.

Os dois últimos atributos – **fiscalização** (direito penal fiscal) e **banalização** (administrativização do direito) não podem ser qualificados como manifestação do direito penal de emergência. Isto porque, no entendimento de Zaffaroni, tratam-se de outro fenômeno: o avanço do estado de policia sobre o Estado de Direito mediante a proliferação irresponsável de dispositivos penais (2008, p. 616). Em outras palavras: “pura irresponsabilidad republicana del legislador” (2008, p.616).

Zaffaroni sintetiza sua posição nos seguintes termos;

El crecimiento desmedido de la legislación penal no corresponde siempre a un Derecho Penal de emergencia: ambos fenómenos son secantes. El primero surge como resultado de leyes que pueden ser: *a)* condicionadas transnacionalmente, *b)* frontalistas, *c)* renormalizantes, *d)* recaudadoras y *e)* banalizantes.

La emergencia: *a)* se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; *b)* la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; *c)* la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; *d)* adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su

área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general.

Si comparamos ambos términos, veremos que las dos últimas modalidades de leyes penales posmodernas no responden al Derecho Penal de emergencia, aunque forman parte del crecimiento de la legislación penal. (2008, p. 620)

A política de “lei e ordem”, também denominada “tolerância zero” tem origem nos Estados Unidos da América. Trata-se, sem dúvida, de expansão desarrazoada do direito penal, mas não se pode confundi-la com o chamado “direito penal de emergência”.

Como bem observa Silva (2014) a obra fundamental que inspirou o desenvolvimento desta construção política foi o artigo publicado por James Q. Wilson e George Kelling, em 1982, intitulado “*Broken Windows*” (janelas quebradas).

A ideia central desse artigo é a alegação de que condutas incômodas, que atingem o espaço social – por exemplo, a existência de janelas quebradas, indicada no título do trabalho - colaboram para criar um cenário que favorece a prática delincente. Por isso, essas condutas devem ser duramente combatidas pelo Estado, para evitar que gerem a práticas de condutas mais graves e criminosas.

A lógica é simples: endurecer no combate às condutas delinquentes leves, com atuação policial ostensiva, controle rígido dos espaços públicos, sanções penais severas, para garantir que esses delinquentes e outros em potencial não pratiquem condutas mais graves. Se uma pessoa quebra uma janela e não sofre nenhuma consequência por este ato se sentirá incentivada a fazer coisas mais graves. Assim explicam os autores na obra original:

Psicólogos sociais e policiais tendem a concordar que se uma janela em um edifício é quebrada e deixada sem reparos, todo o resto das janelas também será quebrado em breve. Isto é verdade nos bairros bons e nos mais deteriorados. A quebra de janelas não ocorre necessariamente em maior escala em algumas áreas por haver maior concentração de quebradores de janela, enquanto outras áreas são povoadas por amantes de janela; Em vez disso, uma janela quebrada não reparada é um sinal que ninguém se importa, e assim quebrar mais janelas não custa nada. (Sempre foi divertido.)<sup>8</sup> (1982, p. 2/3) TRADUÇÃO NOSSA

---

<sup>8</sup> Texto original: “Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken. This is as true in nice neighborhoods as in run-down ones. Window-breaking does not necessarily occur on a large scale because some areas are inhabited by determined window-breakers whereas others are populated by window-lovers; rather, one unrepaired broken window is a signal that no one cares,

Ainda em defesa desse ponto, os autores comentam (1982, p. 3) a realização de um experimento em 1969, coordenado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, preparado para testar a validade da teoria das janelas quebradas.

O teste de Zimbardo consistiu em deixar um veículo abandonado em duas localidades: o bairro do Bronx, na cidade de Nova York, conhecido pelo seu índice elevado de violência; e uma rua da pacata cidade de Palo Alto na Califórnia.

O carro deixado no Bronx foi destruído em poucos minutos. Rapidamente foram retiradas suas partes de valor. Já o carro deixado em Palo Alto permaneceu intocado por mais de uma semana. Contudo, Zimbardo danificou por conta própria parte do carro com uma marreta. E assim, dentro de poucas horas ele foi completamente destruído.

Os autores concluem que ações de vandalismo e destruição podem ocorrer em qualquer lugar, ainda que em regiões como o Bronx, por suas características (anonimidade, postura habitual de “ninguém se importa”, frequência com que carros são destruídos e abandonados), é possível que este comportamento disruptivo ocorra mais rapidamente. Mas, mesmo em regiões como Palo Alto, em que as pessoas manifestam maior preocupação com a propriedade alheia, o vandalismo prospera quando o senso de obrigação e civilidade é abaixado (como, por exemplo, com a destruição parcial do veículo, que ficou impune, no caso relatado).

A perspectiva de Kelling e Wilson se apresenta como representante da vertente criminológica da “*rational choice*” (escolha racional, em tradução livre ou “eleição racional”, nos dizeres de SILVA, 2011). Essa vertente emergiu no final da década de 1970, a partir da edição de uma série de trabalhos, defendendo a ideia de que os criminosos são atores racionais que planejam seus crimes, temem a punição, e merecem ser penalizados por seus erros, em oposição à noção que prosperava até então, de vertente positivista, que entendia que a criminalidade era causada por fatores sociais ou problemas psicológicos (SIEGEL, 2006, p.99).

Outra obra do mesmo autor, James Q. Wilson, é um dos marcos deste movimento. Seus apontamentos são precisos em revelar a perspectiva político-criminal por ele adotada. Conforme ressalta Siegel:

---

and so breaking more windows costs nothing. (It has always been fun.)”

Em um livro de 1975 que simbolizou uma renovação do interesse nas visões clássicas, o cientista político James Q. Wilson desmentiu a visão positivista de que o crime era uma função de forças externas, como a pobreza, que poderiam ser alteradas por programas governamentais. Em vez disso, ele argumentou, que os esforços deveriam ser direcionados para reduzir a oportunidade criminosa por meio da dissuasão dos potenciais criminosos e encarceramento dos criminosos conhecidos. As pessoas que são suscetíveis ao cometimento de crimes, não tem inibição contra má conduta, sentem a emoção e excitação ao quebrar a lei, não aderem à conformidade, e estão dispostos a assumir maiores riscos do que a pessoa média.<sup>9</sup> (2006, p.99). TRADUÇÃO NOSSA

Uma das principais práticas associadas à “*broken windows theory*” diz respeito à atuação policial nas comunidades. De certo que o patrulhamento ostensivo se mostra como uma medida de extrema necessidade neste programa de ação – tendo em vista a necessidade de permanente vigilância dos espaços públicos e das situações favoráveis à prática delinvente.

Como explica Siegel (2006, p. 524), o patrulhamento deveria ser realizado com os policiais caminhando, sem veículos, para que se familiarizassem com os moradores da comunidade, tivessem contato direto com seus problemas, e inspirassem um sentimento de segurança pública. Nos termos do autor:

Wilson e Kelling pediram aos administradores da polícia que tirassem seus oficiais dos carros de patrulha despersonalizadores. Em vez de implantar policiais com base nos índices de criminalidade ou nas áreas onde os cidadãos fazem mais pedidos de ajuda, os administradores da polícia deveriam colocar seus oficiais onde eles podem fazer mais para promover a confiança do público e obter a cooperação do cidadão. Preservação da comunidade, segurança pública e manutenção de ordens - a luta contra o crime não deve se tornar o foco principal da polícia. Implícito no modelo de Wilson e Kelling havia um papel proativo da polícia. Em vez de simplesmente responder a pedidos de ajuda (conhecidos como policiamento reativo), a polícia deve desempenhar um papel ativo na comunidade, identificar problemas e necessidades de vizinhança e definir um curso de ação para uma resposta eficaz.<sup>10</sup> (2006, p.524) TRADUÇÃO NOSSA

---

<sup>9</sup> Texto original: “In a 1975 book that came to symbolize renewed interest in classical views, *Thinking about Crime*, political scientist James Q. Wilson debunked the positivist view that crime was a function of external forces, such as poverty, that could be altered by government programs. Instead, he argued, efforts should be made to reduce criminal opportunity by deterring would-be offenders and incarcerating known criminals. People who are likely to commit crime, he maintained, lack inhibition against misconduct, value the excitement and thrills of breaking the law, have low stake in conformity, and are willing to take greater chances than the average person”

<sup>10</sup> Texto original: “Wilson and Kelling asked police administrators to get their officers out of depersonalizing patrol cars. Instead of deploying police on the basis of crime rates or in areas wherer citizens make the most calls for help, police administrators should station their officers

Outra conclusão apontada pelos autores é que a prática de comportamentos indesejados nas comunidades está relacionada à efetividade de mecanismos de controle, muitas vezes informais. E o processo de “demolição” destes mecanismos pode acontecer muito rapidamente. Uma propriedade é abandonada. Começa a crescer vegetação em volta dela. Uma janela é destruída. Crianças e adolescentes começam a adotar comportamento turbulento. Pessoas começam a dormir nas ruas. Nos casos extremos, em que a comunidade fica abandonada, onde prospera a falta de civilidade, o ambiente se torna muito favorável à prática delincente. E mais do que isso, as pessoas sentem que a delinquência está em ascensão, e começam a se comportar de maneira diferente: andando rapidamente nas ruas, sem interagir com demais residentes, sem se envolver com os problemas em evidência. E a situação se agrava (1982, p. 3)

Em concreto, a atuação policial originária da política das janelas quebradas demonstra mais preocupação com a sensação de segurança do que com a segurança e a prática delincente de fato. E isso ajuda a entender os motivos dessa política ter traços tão conservadores. Wilson e Kelling detectaram que a principal demanda da população das comunidades mais atingidas pela criminalidade, era uma preocupação não com a prática delincente em si, mas com a ocorrência de comportamentos indesejados e perturbadores da ordem.

Como destacam, é o caso dos moradores dos projetos de habitação pública de Boston, que expressavam maior medo com relação à desordem e incivilidade do que com o crime (1982, p. 4). Rotineiramente a população acionava a polícia para lidar com essas situações, contudo as autoridades policiais nem sempre conseguiam responder a estes chamados: por falta de pessoal, ou pela impossibilidade de punir judicialmente os atos de baixo potencial ofensivo ou os delinquentes de primeira passagem pelo sistema punitivo. Isso gerava uma sensação de frustração na população (182, p. 4).

Daí a necessidade de punir severamente a criminalidade de pequena monta e

---

wherever they can do the most to promote public confidence and elicit citizen cooperation. Community preservation, public safety, and order maintenance – not crime fighting should become the primary focus of police. Implied in the Wilson and Kelling model was a proactive police role. Instead of merely responding to calls for help (known as reactive policing), police should play an active role in the community, identify neighborhood problems and needs, and set a course of action for an effective response”



as primeiras experiências delinquentes. Justamente para evitar que esse panorama prospere.

Nesse sentido, os autores veem como equivocada a postura em favor da descriminalização do comportamento desviado que não “não atinge ninguém”. Ainda que prender um bêbado ou um vagabundo que não tenham lesado nenhum bem jurídico alheio pareça injusto, trata-se de comportamento plenamente justificável. Deixar de fazê-lo seria deixar de atender a demanda da população. Seria permitir que um bêbado virasse uma centena de bêbados. Seria condenar a comunidade à destruição (1982, p.7).

Frise-se: o texto paradigma do movimento, já em sua primeira página (1982, p.1), aponta que a atuação policial nos moldes indicados não foi capaz de reduzir a criminalidade – mas serviu para aumentar a sensação de segurança dos cidadãos. Em síntese: a atuação policial ostensiva serve para fomentar sentimentos de civilidade na população, impedir o desmonte das comunidades, dificultando o surgimento de um ambiente propício à delinquência. E mais: aqueles que mesmo assim escolham racionalmente pela prática de delitos, devem ser punidos com rigor.

Como bem sumarizam os autores, se a comunidade perde o senso de civilidade, perde sua “ordem”, os comportamentos disruptivos vão acontecer de maneira escalonada:

O cidadão que teme o bêbado mal cheiroso, o adolescente ruidoso ou o mendigo importunador não está apenas expressando seu desgosto pelo comportamento indecoroso; Ele também está dando voz a uma afirmação de sabedoria popular que passa a ser uma generalização correta - a saber, que o crime de rua grave floresce em áreas em que o comportamento desordenado não é controlado. O mendigo não controlado é, na verdade, a primeira janela quebrada. Assaltantes e ladrões, sejam oportunistas ou profissionais, acreditam que reduzem suas chances de serem apanhados ou até mesmo identificados se operarem em ruas onde as potenciais vítimas já estão intimidadas pelas condições prevalecentes. Se o bairro não consegue impedir um mendigo de importunar alguém que passa por lá, o ladrão pode inferir que é ainda menos provável que chamem a polícia para identifica-lo ou para interferir se um assalto realmente ocorrer. (1982, p. 5)  
TRADUÇÃO NOSSA<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Texto original: “The citizen who fears the ill-smelling drunk, the rowdy teenager, or the importuning beggar is not merely expressing his distaste for unseemly behavior; he is also giving voice to a bit of folk wisdom that happens to be a correct generalization -- namely, that serious street crime flourishes in areas in which disorderly behavior goes unchecked. The unchecked panhandler is, in effect, the first broken window. Muggers and robbers, whether opportunistic or professional, believe they reduce their chances of being caught or even identified if they operate on streets where potential victims are already intimidated by prevailing conditions. If the neighborhood cannot

A teoria das “janelas quebradas” ganhou notoriedade especialmente após o início do mandato de Rudolph Giuliani como prefeito da cidade de Nova York, cargo que ocupou entre 1994 e 2001. Em sua administração, Giuliani intensificou o combate à pequena delinquência e aos comportamentos socialmente incômodos. A política de Giuliani caiu nas graças da opinião pública, apesar de seu contestável sucesso em reverter os índices de criminalidade, o que colaborou para um amplo avanço de legislações semelhantes em vários estados americanos, e mesmo para além das fronteiras estadunidenses, chegando até o Brasil.

A política criminal orientada por estas teorias se mostra marcadamente conservadora. Na esteira desse raciocínio, o objetivo do Estado no combate à delinquência passa a ser a atuação sobre as causas que incidem sobre as oportunidades que favorecem as práticas criminosas, e não as causas que a motivam. Uma política preocupada com as demandas da população, a despeito das implicações para os investigados, e altamente comprometida com o endurecimento punitivo.

Assim sintetiza Silva:

Significa dizer que, na formulação de políticas de segurança pública, deve-se priorizar a elaboração de estratégias denominadas de “prevenção situacional”, consistentes na adoção de técnicas que diminuem o número de oportunidades para a prática delitiva, influenciando, portanto, no espaço físico que rodeia a pessoa e onde desenvolve suas atividades, por meio da opção por medidas que aumentem a vigilância e a proteção dos bens jurídicos (como, v.g., estabelecer medidas de controle de acesso aos lugares públicos e privados; impor toques de queda; restringir o uso de armas; aumentar a vigilância seja por meio do incremento do aparato policial, seja através da segurança privada) e, por outra parte, ampliando os métodos de incapacitação, como o encarceramento e a restrição de direitos. A partir desse enfoque, é enfatizada a necessidade de proteção da coletividade em detrimento da proteção individual, e daí deriva o renascimento da finalidade de incapacitação da prisão. Logo, o fortalecimento dessa tese se reflete na adoção de políticas de segurança pública cada vez mais repressivas e menos garantistas, que privilegiam a proteção da segurança à liberdade. (2011)

Quanto à temática de “lei e ordem” se mostra extremamente necessária a

---

keep a bothersome panhandler from annoying passersby, the thief may reason, it is even less likely to call the police to identify a potential mugger or to interfere if the mugging actually takes place.”

referência às obras do sociólogo francês Loïc Wacquant, autor de expressivo renome, dedicado especialmente ao estudo da marginalidade e no caso que mais nos interesse, ao exame do exercício do poder punitivo.

Em um de seus estudos, Wacquant discute os mitos por trás da teoria de “lei e ordem”, desvendando-a de maneira brilhante.

Destaca-se que o trabalho em comento se encontra inserido como um dos capítulos da edição inglesa da aclamada obra “Punir os pobres” (“*Punishing the poor*”, 2009). Para a felicidade do público lusófono, este mesmo estudo tem versão adaptada publicada em língua portuguesa, texto que foi editado na aclamada Revista Brasileira de Ciências Criminais (2004).

A análise de Wacquant se inicia sobre o panorama de ascensão da política de “lei e ordem” na França, análise muito semelhante à destacada pelos autores dedicados ao direito penal de emergência. Estão presentes às referências ao “panico moral” (2004, p.229), a sensação de insegurança, fomentada pela atuação midiática. A exploração ostensiva da violência na televisão. Os discursos que associam a criminalidade à delinquência urbana violenta, como se essa fosse a única forma de delinquência, reforçando a seletividade do sistema punitivo. O uso simbólico do direito penal, o endurecimento punitivo como medida de reforço dos ideais neoliberais. O privilégio da segurança, em detrimento aos demais atributos sociais, como o emprego. A superexposição das estatísticas criminais. As reclamações populares contra a impunidade, a ineficiência da justiça.

Todo esse cenário serviu de pano de fundo para o implemento de uma serie de medidas punitivas (2004, p. 231): intensificação da atividade policial; endurecimento com a criminalidade de massa (jovens imigrantes, moradores de periferia); omissão quanto à delinquência de “colarinho branco”, aceleração dos procedimentos judiciais; aumento de penas; incremento no uso da pena de prisão (um equívoco absoluto, tendo em vista que, para o autor, já ficou provado que o encarceramento apenas incentiva a prática delinquente). Todas essas medidas voltadas para a “manutenção da ordem social pela força” (2004, p.231).

A adoção dessa política tem de fato grande influência dos Estados Unidos – pela posição de superpotência hegemônica que esse país tem no cenário global, ditando os rumos do mundo, especialmente nos aspectos econômicos. Como bem aponta Wacquant, as duas máximas do século são a ciência e a América. E a

importação de ideais americanos une o melhor dos dois mundos: “a ciência americana aplicada à realidade americana” (2004, p.232). Explica o autor:

Do mesmo modo que a visão neoliberal em economia se apoia sobre os modelos de equilíbrio dinâmico construídos pela ciência econômica ortodoxa *made in USA*, país que detém um quase-monopólio sobre os prêmios Nobel nessa disciplina, a vulgata sobre segurança desta virada de século se apresenta sob a exteriorização de um discurso científico que pretende colocar a “teoria criminológica” mais avançada a serviço de uma política decididamente “racional”, portanto ideologicamente neutra e finalmente indiscutível”, já que guiada por puras considerações de eficácia e eficiência. E, assim como a política de submissão generalizada ao mercado, ela provém diretamente dos Estados Unidos, que se tornaram, após a derrocada brutal do império soviético, a sociedade farol da humanidade, a única da história dotada dos meios materiais e simbólicos para converter suas particularidades históricas em ideal trans-histórico e de alcançá-lo, transformando por toda parte a realidade à sua imagem. (WACQUANT, 2004, p.232).

Diante desse cenário, vários países do “mundo ocidental” tem se voltado para os EUA nas últimas décadas atrás de estratégias para o combate da criminalidade de massa, a procura das técnicas utilizadas pelas autoridades estadunidenses.

O problema nessa postura está no fato de que a política criminal norte-americana se assenta sobre fundamentos equivocados, que Wacquant chama de “mitos do saber”, os quais divide em quatro movimentos (2004, p. 233).

O primeiro tópico discutido pelo sociólogo francês diz respeito à noção de que a criminalidade nos EUA se encontrava em níveis descontrolados, e a partir do implemento das políticas de “lei e ordem” esse cenário foi solucionado. Em paralelo, as taxas de criminalidade teriam avançado nos países europeus, especialmente por meio de casos de violência urbana, ao ponto que superaram o quadro vivenciado nos EUA.

Esta mudança de panorama foi amplamente noticiada nos meios de comunicação, mas Wacquant revela sua inexatidão.

Em referência aos estudos realizados pela International Crime Victimization Survey (IVCS) o autor aponta que as taxas de criminalidade nos Estados Unidos são muito semelhantes a de outros países ocidentais avançados (dentre os citados, Canadá, Inglaterra, França, Holanda, Suíça, Austria). Os dados da referida pesquisa levam em consideração a incidência da vitimização, e não as estatísticas oficiais levantadas pelas autoridades governamentais, que, conforme explica Wacquant

“medem melhor a atividade da polícia do que a dos delinquentes”(2004. p. 234).

A exceção para o equilíbrio nesses números é um índice significativamente superior de homicídios nos EUA, cerca de 06 vezes maior que nos demais países (em média), o que se deve, especialmente, aos altos índices de violência mortal por arma de fogo, à abundância de armamento e sua livre circulação no país, e a intensidade de conflitos sociais ligados à segregação social e econômica nas grandes metrópoles (2004, p.235).

E mais: quanto à situação dos países europeus, a tendência tem sido para um declínio das taxas de criminalidade. No caso específico da França, mesmo nos atos que tem passado por ligeira ascensão, caso das lesões corporais, os níveis de violência tem diminuído. Muitas das ofensas tem sido apenas verbais, com cerca de 25% dos casos resultando em ferimentos.

O segundo “Mito” destacado por Wacquant diz respeito à afirmação de que foi a atuação policial o fator responsável por promover a diminuição da criminalidade. Esta noção veio amparada pelo argumento, repetido pelos apoiadores do movimento, que:

(...) a baixa contínua da estatística criminal nos Estados Unidos ao longo dos últimos oito anos seria devida à ação enérgica e inovadora das forças da ordem, depois que estas se houvessem enfim liberado dos tabus ideológicos e das amarras jurídicas que as acorrentavam até então, e cujo paradigma é oferecido pela espetacular reviravolta na situação, operada em Nova York pelo Prefeito republicano Rudolph Giuliani (...) (WACQUANT, 2014, p. 237)

Mais uma vez, os fatos desmentem este raciocínio. Observa Wacquant que a diminuição nas taxas de criminalidade em Nova York, apesar de ligeira, já havia se iniciado três anos antes de Giuliani assumir o governo da cidade (em 1994), e nesse período se mantiveram estáveis. E mais: a taxa de homicídios já vinha caindo desde 1979. Nenhuma dessas curvas, na visão de Wacquant, tem qualquer relação com a política de Giuliani.

Outro fator destacado pelo autor francês é o fato de que outras grandes metrópoles americanas (por exemplo, Boston e São Francisco) também experimentaram nível de diminuição nos índices de criminalidade no mesmo patamar de Nova York, sendo que nenhuma dessas adotou política semelhante à “tolerância zero”.

A análise de Wacquant não só desmente a afirmação de que a atuação policial foi significativa na mudança nos índices de delinquência, como aponta os motivos que de fato foram responsáveis por esta mudança, todos esses “independentes da atividade da polícia e da justiça” (2004, p. 238).

O primeiro deles foi o significativo crescimento econômico vivido nos EUA nas décadas de 80 e 90, que repercutiram numa notável retração nos índices de desemprego. O efeito sobre a população marginalizada foi considerável, especialmente sob a perspectiva de que a criminalidade de massa tem profunda relação com o cenário de disparidades econômicas e sociais, típicos das grandes metrópoles.

O segundo ponto destacado (2004, p. 239) se refere à diminuição no percentual da população jovem (18 a 24 anos). Essa mudança teve impacto especialmente por ser este o estrato populacional mais propenso ao envolvimento com a criminalidade violenta.

Wacquant também observa (2004, p.239) uma mudança no mercado de drogas: o abandono do crack e das brigas de gangue, dando lugar ao comércio de maconha, heroína e metanfetaminas, substâncias que, por suas características de venda, o tráfico gera menos extorsões.

O final da década de 1980 já anunciava uma postura de guerra às drogas nos EUA, que teve como efeito muitas mortes violentas e prematuras, um encarceramento massivo e uma epidemia de casos de abuso de substância. Este cenário contribuiu para que se formasse um “efeito de aprendizado” (2004, p.240) nos jovens nascidos à época, que se afastaram da criminalidade pelo receio de serem atingidos pelas mesmas mazelas.

E, além disso, surgiram nessa época diversos movimentos organizados, mobilizando-se ativamente em favor desta ação de afastamento dos jovens da criminalidade. Estes movimentos vieram de entidades diversas: igrejas, escolas, associações de bairros, grupos de mães atingidas por chacinas – todos eles com forte atuação nas regiões periféricas.

E mais: as estatísticas criminais da época em que Giulliani assumiu, no início da década de 90, se encontravam em patamar elevado a nível anormal, em razão de fatores excepcionais, como a explosão inicial do tráfico de crack. Tudo indicava que estes fatores não fossem perdurar e fatalmente as estatísticas descenderiam, que foi

o que de fato ocorreu.

São estes os fatores que explicam a queda da criminalidade nos EUA, obtidos por meio da análise científica. Contudo, todos estes elementos só puderam ser observado muitos anos depois do implemento das políticas de Giuliani. Se aproveitando do “retardo natural da investigação criminológica” (2004, p.241) o discurso midiático, incentivado pela “máquina de propaganda de Giuliani” (2004, p.241), reproduziu a ideias de que a repressão policial estava surtindo grande efeito positivo, graças à sua postura endurecida. De fato, a polícia exerceu um certo impacto na delinquência, o que nos leva ao próximo tópico debatido.

O terceiro mito diz respeito à efetividade da política de tolerância zero: notadamente, quanto à postura de perseguição implacável a qualquer perturbação da ordem, em atenção à teoria das janelas quebradas, que seria capaz de funcionar em qualquer cidade do mundo na visão de seus defensores.

Observa Wacquant que de fato a polícia Novaiorquina passou por um processo de mudança – movimento muito mais ligado a sua reestruturação e modernização do que efetivamente a uma mudança de postura no combate a criminalidade. Este processo envolveu uma reestruturação burocrática operada a partir da descentralização dos serviços, horizontalização dos níveis hierárquicos e rejuvenescimento do quadro de policiais (com a demissão de cerca de 75% dos policiais de altos cargos) (2004, p. 242/243).

Além disso, o quantitativo de pessoal também teve um crescimento considerável: de 27.000 em 1993 para cerca de 41.000 na data de edição do texto original (2001). Compara Wacquant: este quantitativo corresponde à metade dos policiais da França inteira, para oito milhões de habitantes. O que permitiu todo esse crescimento foi um aumento no orçamento policial de 50%, ao custo de um corte nas despesas ligadas aos serviços sociais (postura típica da cartilha neoliberal).

A modernização tecnológica da polícia também foi notável, em especial pelo implemento de um sistema de informação eletrônico que oferece dados em tempo real das ocorrências e permite direcionar policiais para as regiões atingidas.

De maneira geral a polícia se tornou mais organizada, agindo por ações bem definidas, funcionando quase como se fosse uma empresa. Mas, como bem adverte Wacquant: “se essa mutação burocrática exerceu um notável impacto sobre a criminalidade – e ninguém até aqui logrou demonstrá-lo – esse impacto em nada se

deve a tática de polícia adotada” (2004, p. 244).

Por fim, o último “mito” destacado pelo autor francês põe em xeque o caráter inovador da política de tolerância zero: notadamente, a partir da afirmação de que esta postura já era adotada pela polícia Novaiorquina.

O “discurso oficial” aponta que a política policial Novaiorquina nasceu com base na teoria das “janelas quebradas”, supostamente uma “teoria criminológica cientificamente validada” (2004, p.244). O postulado da teoria em comento, já amplamente discutido no presente estudo, era, nos termos de Wacquant, “que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública abarca o desencadeamento dos grandes atentados criminais, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem” (2004, p.244).

Wacquant espanca a credibilidade científica da suposta teoria: “essa autodenominada teoria é tudo menos científica” (2004, p. 244), pelos motivos que expõe. Seu texto fundamental, já discutido neste trabalho, é um breve artigo de cerca de 09 páginas publicado em um periódico cultural de tiragem semanal, e não numa revista criminológica conceituada, onde seria avaliado por pesquisadores.

E mais: o autor francês aponta que nenhum esforço foi empreendido originalmente para se comprovar empiricamente as afirmações contidas no texto. Pesquisas realizadas em várias cidades estadunidenses, posteriormente, foram todas inconclusivas.

Por todo exposto é que se afirma que o impacto provocado pela atuação policial sobre as taxas de criminalidade se deu não “pelo restabelecimento da civilidade e pela comunicação de uma mensagem de recusa da impunidade” (2004, p.246), mas simplesmente pelo aumento massivo no efetivo policial, o que repercutiu num incremento nas ações de vigilância.

Em termos conclusivos, Wacquant apresenta uma constatação que lhe chama atenção, por se tratar de curiosa observação: a política de policiamento ostensivo e severo, de endurecimento contra os pobres não tem nada de novo e não tem relação com nenhuma teoria criminológica. Ela já constituía o *modus operandi* das forças de segurança de Nova York. Foi só posteriormente ao desenvolvimento da teoria das “janelas quebradas” que esta passou a ser invocada, para dar uma roupagem mais institucional a uma prática já conhecida nos bastidores.

Os apontamentos do autor francês chegam ao seu auge quando este assinala



que mesmo grandes defensores da política de Giuliani assumiram publicamente que o raciocínio por trás das “janelas quebradas” é “patético”, incompatível com o que mostra a experiência prática.

Assim, Wacquant desvenda todos os mitos por trás da teoria da “lei e ordem”. De fato, essa não possui nenhuma validade científica, e mesmo assim tem sido usada como plataforma para justificar a adoção de medias de endurecimento punitivo por todo o mundo.

Em complemento às manifestações inapeláveis de Wacquant, apresentamos algumas considerações da doutrina nacional, na mesma esteira da crítica ao movimento em análise.

Destacamos uma passagem de Silva, autora já comentada neste trabalho, que evidencia as consequências danosas do movimento de “lei e ordem”: aumento da população em privação de liberdade, reforço da seletividade punitiva e da marginalização. Tudo isto sem melhoras para as taxas de criminalidade. A saber:

De fato, são vários os estudos que demonstram que a maior severidade da resposta penal não exerce nenhuma influência sobre a diminuição das taxas de criminalidade, o que serve para demonstrar a ineficácia de medidas repressivas, sobretudo no que corresponde ao controle da criminalidade de massas. Com efeito, observa-se que a implementação de políticas de segurança pública pautadas na máxima de “lei e ordem”, produziu, nas últimas décadas, não apenas nos EUA, mas também nos demais países que a adotaram, um incremento vertiginoso da população carcerária ou sob *probation*. Em contrapartida, não se verifica relação direta entre o incremento da população carcerária e a diminuição dos índices de criminalidade. Ao contrário, observa-se que o maior rigor punitivo em nada repercutiu para efeitos de prevenção de algumas formas de criminalidade compreendidas entre a pequena delinquência sobretudo se confrontada com o recrudescimento da exclusão social e da criminalização da pobreza que dela deriva. Isto é, a lógica do endurecimento e da repressão contra a pequena e média criminalidade, como mecanismo de prevenção e controle da criminalidade de massas, termina por aguçar a criminalização e estigmatização de setores já marginalizados ou excluídos da sociedade de consumo, eliminando por completo a sua possibilidade de reinserção ou de reabilitação. (p.3)

Recorrendo mais uma vez às lições de Silva Franco, destacamos passagem de sua clássica obra “Crimes Hediondos”, nessa oportunidade em versão atualizada em parceria com os autores Rafael Lira e Yuri Félix. O trecho destacado aponta uma preocupação com o alastramento dos discursos de endurecimento punitivo, inspirados pelo movimento de “Lei e ordem”, o que representa uma “Involução” do

sistema punitivo, um avanço desmedido sobre as garantias fundamentais. Ressaltam os autores a importância de se manifestar contrariamente a esse movimento:

É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. Se esta involução não for decididamente contrariada, não será arriscado predizer que, para justificá-la, voltarão em breve a ouvir-se vozes na doutrina prevenindo sobre os perigos de uma exasperação das garantias pessoais no processo penal e a lembrarem que elas devem ser submetidas ao interesse social. É preciso, por isso, manter a todo custo o princípio de defesa da liberdade, mesmo, perante aqueles que mais veementemente a negam. E manter conseqüentemente, a função do processo penal de proteção dos direitos daqueles que pelos meios mais reprováveis os combatem. (SILVA FRANCO; LIRA; FÉLIX. 2011, p.172)

Conforme assinalado, são muitos os pontos de aproximação entre direito penal de emergência e a política de lei e ordem.

De certo que estes dois movimentos compartilham da mesma perspectiva sobre a legislação penal – ela deve ser mais severa, implacável com a prática delincente. São respostas governamentais no campo da política criminal implementadas para atender as demandas da população.

Contudo, há notáveis elementos que distinguem os dois movimentos.

A começar por sua origem, bem como o objetivo pretendido pelo movimento. O direito penal de emergência surge no contexto do combate à criminalidade organizada, especialmente a de atuação transnacional. Nasce a partir de uma legislação mais severa, na criação de um sistema apartado do normal, excepcional. A necessidade de se implementar uma legislação mais gravosa é consequência da dificuldade em combater uma criminalidade muito ordenada, que atua para além das fronteiras nacionais, a partir de práticas extremamente complexas.

Por sua vez, a política de lei e ordem surge a partir da doutrina das janelas quebradas, da experiência policial nas comunidades. Da noção de que mesmo os atos mais brandos que atentem contra a ordem devem ser severamente punidos – para se evitar que atos mais gravosos sejam praticados.

Ainda que a severidade punitiva seja a tônica em comum, um modelo nasce para combater os atos mais gravosos e complexos, o outro os atos mais simplórios e insignificantes.

Em certa medida, esta discrepância fica um pouco atenuada, tendo em vista que, conforme analisado, os discursos de emergência penal incentivam o avanço da severidade punitiva também sobre os atos criminosos mais simplórios, sobre a criminalidade de massas, ao consolidar uma cultura de endurecimento punitivo.

Outro ponto de afastamento entre as teorias diz respeito à sensação de segurança. Nos dois casos ela é invocada pela opinião pública para demandar o implemento de legislações mais severas. Contudo, na política criminal da lei e da ordem, a postura institucional é de combate à própria sensação de insegurança, mais do que a criminalidade em si.

E mais: neste sentido, o uso simbólico do direito penal, ou seja, a utilização de medidas punitivas normativas de maneira a combater a sensação de insegurança, se na perspectiva do direito penal de emergência é visto como uma providência vazia (uma vez que não lida com o problema da criminalidade, apenas dá a impressão de um legislador atuante), na política das janelas quebradas é a própria solução desejada pela população (que se preocupa mais com a perturbação da ordem do que com o crime em si).

Diante de todo exposto, faz-se ressaltar que fica aparente uma certa banalização no uso do termo “Lei e Ordem”.

Habitualmente, quando a literatura se depara com uma medida de endurecimento no campo penal, já a identifica como decorrente da influência desse movimento.

Pelo que foi analisado até aqui, percebe-se que o movimento do direito penal de emergência é uma perspectiva igualmente satisfatória para se entender a ascensão da severidade punitiva na legislação penal.

Não que este autor se atreva a discordar dos grandes mestres analisados. Mas, na prática, fica difícil identificar qual movimento é responsável por influenciar de maneira mais significativa a edição de qual legislação. Mesmo os diplomas legais mais notórios, como é caso da lei de crimes hediondos, são apontados como exemplos paradigmáticos dos dois movimentos.

Contudo, é certo que as observações levantadas pelos autores aqui discutidos, tratando da legislação surgida por influência da política de lei e ordem, são todas pertinentes para entender também o panorama do direito penal de emergência. Isto porque, por suas aproximações os dois movimentos colaboraram

para consolidar uma cultura de severidade punitiva. Ainda que partam de caminhos diferentes, chegam ao mesmo destino. A perseguição do criminoso a qualquer custo, mesmo que isso represente o sacrifício de garantias fundamentais.

## **CAPÍTULO 04 – DIREITO PENAL ECONÔMICO E EMERGÊNCIA PENAL**

A criminalização de condutas relativas à atividade econômica, não se pode deixar de reconhecer, não se trata de fenômeno recente. Já na Antiguidade, conforme registra Tiedemann, todos os Estados, “especialmente em tempos de crise, pero también para protección de abusos de poder económico en el acontecer económico, sancionaban penalmente las intervenciones en el libre desarrollo económico” (2009, p. 78).

Entretanto, somente no século XX, iniciou o desenvolvimento moderno do Direito Penal Econômico. Deu-se, pode-se afirmar, paralelamente ao surgimento e consolidação do Direito Econômico.

As disposições do intervencionismo estatal, desenvolvidas durante a primeira guerra mundial para a satisfação das necessidades vitais, e que se dirigiram à usura e à elevação artificial de preços se mantiveram, também segundo Tiedemann, como técnica legislativa, mesmo após o encerramento do conflito mundial (2009, p. 78).

Já a partir de 1939, com o regime nazista, a planificação dos esforços de guerra conduziu a uma política de normas penais amplas e indeterminadas no campo da economia, que somente pôde ser superada com a vitória das forças aliadas.

O moderno Direito Penal Econômico, conforme o exposto, nasceu num contexto de guerra e, portanto, emergência. Tal contingência parece ter contribuído para que, ainda hoje, em seu âmbito, tenda-se a aceitar com maior facilidade a flexibilização de garantias.

Por outro lado, os modernos fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica, dão lugar, como ensina Jesús Maria Silva Sánchez (2002, p. 79 e 80) à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como a aparição de novas formas delitivas.

Vale a pena mencionar as palavras do professor espanhol:

Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também político e sociais. Sua capacidade

de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 80).

O chamado “Direito Penal de Emergência”, conforme já salientado, surge em resposta a um cenário de ascensão da criminalidade organizada. Esse significativo aprimoramento das organizações criminosas transnacionais se deu, em grande medida, como consequência do processo de globalização, fenômeno que representou o rompimento de fronteiras nacionais e intensificou atividades econômicas organizadas a nível global.

A globalização permitiu um crescimento sem precedentes nas trocas de informações, capital e pessoas. De certo que também as atividades ilícitas se intensificaram nesse cenário, em especial a delinquência organizada, que alcançou patamar de complexidade nunca antes observado. Esse quadro provocou grande preocupação a nível mundial. Criou-se a convicção de que a situação estava fora de controle. Como bem pondera Moccia:

No que diz respeito à luta contra o crime organizado, a amplificação na intervenção nesta seara criminal se deu como resultado de uma presunção, quanto a consistência destas organizações, sua capacidade de penetrar no território e em Instituições vitais, tidas como sem precedentes. <sup>12</sup> (1997, p.3)  
TRADUÇÃO NOSSA

Teradillos Basoco (2012) observa que o fenômeno da globalização provocou especialmente o avanço da **criminalidade econômica organizada**, que alcançou níveis insustentáveis, o que causou reação no campo normativo.

Nesse sentido, mais uma vez, em atenção às ideias de Moccia:

No que concerne à luta contra a criminalidade organizada, a ampliação da intervenção penal foi a consequência da assunção pelas organizações de uma especial consistência, de uma capacidade sem precedentes de penetração no território e nas mesmas instituições. Se a isso se soma a relevantíssima força econômica do crime organizado como empreendimento, a sua capacidade de operar e desafiar o livre mercado –

---

<sup>12</sup> Texto original: “Per quel che concerne la lotta alla criminalità organizzata, l’amplificazione dell’intervento penale è stata a la conseguenza dell’assunzione da parte delle organizzazioni di una consistenza, di una capacità di penetrazione nel territorio, e nelle stresse istituzioni, senza precedenti”

com imissões nos circuitos econômico-financeiros de ingentíssimas quantidades de capitais – o quadro de uma ilegalidade disseminada faz-se completo. (MOCCIA, 2011, p.33)

Diante desse cenário a doutrina se esforçou em apontar a enorme lesividade das condutas de direito penal econômico, até então toleradas em muitos casos. Ao mesmo tempo, percebeu-se a dificuldade de se fazer frente a essas atividades ilícitas – tendo em vista o nível de aprimoramento técnico de algumas práticas delinquentes.

Alguns questionamentos essenciais foram levantados nesse cenário. Numa cadeia organizada de atividades, envolvendo um sem número de pessoas, em diversos países, como detectar a participação de cada uma nas práticas delinquentes e definir suas responsabilidades? Como impedir que os autores se escondessem sobre o manto da pessoa jurídica para evitarem punição?

E foi justamente nesse contexto é que surgiu o Direito Penal de emergência, propondo diversas estratégias de flexibilização das garantias penais tradicionais, a saber: utilização de tipos penais de perigo abstrato criminalização de atos preparatórios, uso de analogia *in malam partem*, responsabilização objetiva da pessoa jurídica, adoção de penas desproporcionais – todas essas características que apontam para uma descodificação do direito penal, e invocam a noção de excepcionalidade do direito penal de emergência (Laufer, 2013, p.140). Ou seja: foi diante das dificuldades de combater a criminalidade econômica, por suas especificidades e seu alto grau de especialização, é que se desenvolveu um sistema excepcional de direito penal, com regras distintas, restrição de garantias e métodos inovadores de imputação.

Em posição semelhante são os apontamentos de Zini, segundo o qual o Direito Penal Econômico é sub-ramo do Direito Penal, “caracterizado pela mobilidade, pela flexibilidade, pela revisibilidade e pela maleabilidade oriundas de seu estreito relacionamento com o Direito Econômico” (2012, p.156)

Contudo, o sistema de emergência que surge para fazer frente a esse modelo de criminalidade complexa e específica, conforme destacado, se torna normalidade, deixa marcas definitivas no sistema penal. Isto implica num aumento na severidade para todo o tipo de delinquência, mesmo a menos organizada. E, em realidade, os mais prejudicados com a “involução” do sistema punitivo são os “criminosos

desorganizados”, mais vulneráveis ao sistema.

Ainda que tenha sido apontado que o direito penal de emergência surge na esteira do combate à criminalidade organizada, ele se consolida de fato na tentativa de dar resposta à criminalidade de massa, criminalidade tipicamente urbana, praticada por indivíduos de classes marginalizadas, normalmente por meio de delitos patrimoniais. E, a bem da verdade, são esses os delitos que costumam povoar os noticiários e acentuar a “sensação de insegurança”. São os acusados desses crimes que costumam ser expostos nos veículos de comunicação. São esses os indivíduos que costumam sofrer com o discurso de endurecimento punitivo.

Por outro lado, a criminalidade econômica costuma apresentar um perfil distinto para seus delinquentes. Atos organizados, complexos, praticados normalmente em ambiente empresarial, por autores de alto poder aquisitivo. Cumpre ressaltar que, de maneira geral, a literatura tem destacado que essa espécie de criminalidade costuma se beneficiar com uma impunidade crônica.

De fato, esse raciocínio apresenta o leitor a um aparente impasse: se o direito penal de emergência é fruto de um movimento de combate à criminalidade organizada e mesmo econômica, como pode este movimento atingir mais severamente outra população, com características tão diversas?

As lições de Basoco (2012), mais uma vez, trazem luz à questão. Destaca o autor que as legislações implementadas na esteira da tutela do direito penal econômico vieram a cumprir apenas efeito simbólico. As normativas elaboradas, em muitos casos, sequer são aplicadas – seja por falta de interesse político em perseguir práticas ilícitas de grandes empresários, seja por inadequação técnica dos dispositivos normativos (redigidos de maneira a tornar muito dificultosa sua aplicação), seja por falta de aparato estatal para fazer frente ao poderio das organizações criminosas.

Na prática, mantêm-se a inibição com relação à criminalidade econômica.

Além disso, há uma consequência ainda mais gravosa: não bastasse a impunidade nas condutas tipicamente praticadas pelas classes hegemônicas, reforçando a seletividade do direito penal, o raciocínio por trás do direito penal de emergência (que surge na tentativa de fazer frente a essa criminalidade), é transplantado para as outras searas do direito penal, consolidando um pensamento de supressão de garantias fundamentais e de endurecimento punitivo, sob o



pretexto de fazer frente à criminalidade comum. Como aponta Teradillos Basoco:

(...) de este modo, el denunciado expansionismo, agotado en la función simbólica, se traduce en mengua de garantías que afecta a todo el sistema. El olvido del principio de lesividad, el abuso de tipos de peligro o de normas penales en blanco, la flexibilización de criterios de imputación que se produce en la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, son otras tantas manifestaciones de degradación del sistema jurídico-penal, que nacen bajo la cobertura de la necesidad de hacer frente a necesidades preventivas ingentes y transitorias, incluso en el área de la delincuencia económica, pero que se expanden al resto de ámbitos delictivos, mientras que en el marco que nacieron apenas alcanzan presencia práctica. (2012, p.145/146)

O que se conclui, portanto, é que o Direito Penal de Emergência é verdadeiramente um instrumento para a acentuação da seletividade do direito penal. Apesar de ter surgido no contexto do combate à criminalidade econômica organizada, na prática, cumpre a função de fomentar um tratamento mais severo em desfavor da população mais marginalizada. A seletividade se manifesta no discurso da opinião pública, que dá destaque excessivo à criminalidade urbana e patrimonial - porque o patrimônio e o acúmulo de capitais são o centro da sociedade capitalista. São os delitos desta natureza que costumam povoar os noticiários policiais exaustivamente, acentuando a “sensação de emergência” e legitimando os discursos de severidade punitiva. Ao mesmo tempo, a criminalidade típica das classes dominantes (crimes societários, sonegações tributárias, “crimes de colarinho branco”) não tem a mesma divulgação e repercussão.

## CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento desta pesquisa, pode-se concluir:

- 1) O Estado Constitucional de Direito, modelo do Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli tem por finalidade promover a **proteção dos direitos e garantias fundamentais**. Toda a intervenção estatal se encontra vinculada pelas previsões constitucionais, que estabelecem as balizas para a produção legislativa no campo do direito penal, por meio de vínculos formais e materiais.
- 2) Todos os axiomas ou princípios que Ferrajoli propugna sejam utilizados para orientar e limitar a atuação do poder punitivo foram acolhidos, quer de maneira expressa ou implícita, pela Constituição da República Federal do Brasil, de 1988.
- 3) No léxico, verifica-se que a palavra emergência tem o seu significado associado a perigo, às noções de ameaça, urgência e gravidade.
- 4) O termo emergência tem sido utilizado em diversos ramos do conhecimento científico e inclusive na área da saúde. Discutindo aí a definição de emergência, bem como sua diferenciação em relação à urgência.
- 5) A expressão “Direito Penal de Emergência” surgiu na Itália, cunhada na década de 1970, para denominar mudanças realizadas no sistema penal italiano com o propósito de introduzir um conjunto de novas leis penais mais severas, para fazer frente à criminalidade organizada e ao terrorismo.
- 6) A denominação direito penal de emergência encontrou ampla acolhida também em outros países, como Espanha e Argentina. Tem sido utilizada para fazer referência a um conjunto de reformas legislativas mais ou menos contemporâneas à experiência italiana e que com ela compartilham

motivações e características semelhantes.

- 7) O chamado “direito penal de emergência” designa, sobretudo, duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à realidade alterada.
- 8) O “direito penal de emergência” surge, em geral, a partir de medidas legislativas implementadas de improviso, em conformidade com a pressão da opinião pública e carentes de sistematicidade. Trata-se de um modelo punitivo que busca uma intervenção penal mais severa e que, na prática, cumpre, muitas vezes, apenas efeito simbólico.
- 9) Também no Brasil, importantes manifestações legislativas parecem ter sido influenciadas pelo modelo do “estado penal de emergência”. Entre outras, a Lei dos crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86) e a Lei dos Crimes Hediondos ( Lei 8.072/90).
- 10) Dois elementos devem ser referidos como essenciais ao surgimento e difusão da ideia de emergência no direito penal: o medo associado à atuação da mídia e a chamada “crise da legalidade”.
- 11) Na esteira da difusão de ideias como a de emergência no Direito Penal, o mesmo tende a deixar de ser considerado como instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos, em atenção aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade – sendo invocado para atuar apenas na tutela dos valores mais importantes e nas afetações mais significativas dos principais bens jurídicos, para constituir-se em mero instrumento da política de segurança.
- 12) O princípio da razão de Estado é muitas vezes invocado à legitimação da intervenção penal por emergência. Entretanto, é incompatível com a noção moderna de Estado de Direito, pois não se trata de Direito nem de Jurisdição, mas de arbítrio policaiesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas.

- 13)** A distinção “direito penal do cidadão-direito penal do inimigo” representa um paralelo análogo à dicotomia “direito penal ordinário-direito penal de emergência”, pois em ambos os casos quer-se expressar existir uma forma de tratamento penal distinta, apartada, mais severa, para uma determinada parcela dos delinquentes.
- 14)** O chamado “direito penal de emergência” apropria-se também do discurso político criminal do “direito penal do inimigo” a fim de fundamentar suas medidas coercitivas. Contudo, a mera identificação de ambos, trata-se de uma simplificação equivocada.
- 15)** A ideia de emergência no Direito Penal tem impulsionado a sua expansão. Entretanto, nem toda expansão do direito penal pode ser dita “direito penal de emergência”. Essa última trata-se da expansão ilegítima, por implicar sacrifício de garantias fundamentais.
- 16)** O chamado “Direito Penal Secundário” não é necessariamente ilegítimo. Há espaço para uma expansão legítima do direito penal.
- 17)** A política criminal “da lei e da ordem” também representa uma manifestação disfuncional da expansão do direito penal, mas não se confunde com o “direito penal de emergência”. Assim, se o “direito penal de emergência” representa manifestação disfuncional da expansão penal, é preciso também reconhecer que nem toda manifestação disfuncional da ampliação do direito penal pode ser considerada “direito penal de emergência”.
- 18)** O moderno Direito Penal Econômico nasceu num contexto de guerra e, portanto, emergência. Tal contingência parece ter contribuído para que, ainda hoje, em seu âmbito, tenda-se a aceitar com maior facilidade a flexibilização de garantias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Marcio Thomaz. **Hedionda é a lei. A lei dos crimes hediondos deve ser revogada?** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0210199910.htm>> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro. Revan. 1990.

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Caso Isabella: mídia, violência e direito penal de emergência. In: **Boletim IBCCRIM**, v. 186, p. 11-12, 2008

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral I – 15. ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 29/05/2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. **CPI – sistema carcerário brasileiro [recurso eletrônico]: relatório final.** Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito Penal de Hoje. In: **Ciências Penais**, v. 16, p. 67-87, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CICHOVICZ, Alexandre Adriano. **A política criminal para o trânsito no Brasil [dissertação]: uma leitura a partir do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e do princípio da dignidade da pessoa humana /** Alexandre Adriano Cichovicz; orientador, Alexandre Moraes da Rosa. - Florianópolis, SC, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva:** criminalista do século. São Paulo: Método, 2001. p. 135-153.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal "de emergência": avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 598 p. ISBN 978-85-375-0419-2. p.209-225.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de. Colombia, 1999

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: **O novo em Direito e Política**/ Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

FRANCO, Alberto Silva. **Crime hediondos**. 5. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIGLIO-JACQUEMOT, Armelle. Definições de urgência e emergência: critérios e limitações. In: **Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacazes, RJ: Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N° 7, 2005.

ILANUD. INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal**: relatório final de pesquisa. São Paulo: Ilanud, 2005. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/torviolpolsist/ReIILANUD.pdf>> Acesso em: 28/11/2016

KELLING, George L.; WILSON, James Q. Broken windows: the police and neighborhood safety. **Atlantic Monthly**. 1982 Mar; 249(3):29–38. Disponível em <[http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/?single\\_page=true](http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/?single_page=true)> Acesso em 20 jun. 2015.

LAUFER, Daniel. Direito penal e processual penal de emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento. **Revista justiça e sistema criminal**: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 137-159., jan./jun. 2013

LOPES, Jair Leonardo. A política criminal da “Lei e da Ordem”: Anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal: uma visão crítica, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33., jan./abr. 2001.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre : S.A. Fabris, 2003.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p.58-91, jan./mar. 1999.

MOCCIA, Sergio **La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale**. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.19, n.92, p.31-57, set./out. 2011.

**NOVO DICIONÁRIO ELETRÔNICO AURÉLIO**. 5ª. Edição do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PUTTI, Alexandre. População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos. **Justificando**, 26 abr. 2016. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/>>. Acesso em 21/02/2017.

SIEGEL, Larry J. **Criminology**, Ninth Edition. Thomsom Reuters. 2006.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. **Lei e Ordem x Justiça Restaurativa – análise crítica das políticas criminais face à realidade brasileira**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10578-Lei-e-Ordem-x-Justi%EA-7a-Restaurativa-%96-an%EA-lise-cr%EDtica-das-pol%EDticas-criminais-face-%E0-realidade-brasileira>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2002.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. Rachel Sheherazade e o Coitadismo Penal. **Boletim IBCCRIM**, v. 257, p. 15-17, 2014a.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. "Senso comum criminal" e o discurso da impunidade. **Boletim IBCCRIM**, v. 264, p. 9-11, 2014b.

SOUZA, Taigura L. S. e. Estado Penal *versus* Estado Democrático de Direito: A Hipertrofia do Poder Punitivo e a Pauperização da Democracia. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ. V.16. N. 61. Janeiro/Fevereiro/Março 2013. p. 237-255.

SUEIRO, Carlos Christian. **Los paradigmas el derecho penal: sobre la armonía metodológica del derecho penal: la interdisciplinariedad de la penología, la criminología, la dogmática, el derecho procesal penal y la política criminal**. – 1ª. Ed. – Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 55 e ss.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária** – 4ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TERADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho Penal, Sistema Económico y empresa. GARCIA FALCONÍ, Ramiro; SCHÜNEMANN, Bernd; TERADILLOS BASOCO, Juan María. **Derecho Penal Económico, tomo I**. 1ª Ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

TERADILLOS BASOCO, Juan María. **Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo**, Ubijus, México D.F., 2011

WACQUANT, Loïc. **Punishing the Poor: The neoliberal government of social insecurity**. Durham and London: Duke University Press. 2009.

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada”: contos sobre segurança vindos da América. Trad. Celso Eduardo Faria Coracini. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Económico. Introducción y parte general**. Trad. Hector Hernandez Basualto, Rodrigo Aldoney Ramirez y Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Grijley, 2009.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Processo Penal midiático. **Justificando**, 31 mar. 2015. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/31/processo-penal-midiatico/>>. Acesso em 21/02/2017.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 8ª. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías Actuales em el Decho Penal**. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998. pp. 613-620.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, nº 60. Belo Horizonte: jan./jun., 2012.