

A pena criminal na democracia: o compromisso da dogmática com a racionalidade

Ney Fayet Júnior*

Professor Titular de Criminologia e Direito Penal da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul (Brasil). Advogado
<http://orcid.org/0000-0002-5304-693X>

SUMÁRIO

Introdução

Desenvolvimento

Conclusão

Bibliografia

* E-mail: neyjr@fayet.adv.br.

Introdução

É necessário, antes de tudo, advertir que o presente artigo quer pôr em evidência algumas características da pena criminal no quadro da democracia,¹ perspectivadas tanto por compromissos intrínsecos de legitimação e justificação – que são concebidos pela Dogmática – como por programas de ação – que são articulados e traçados pelo pensamento criminológico e, sobretudo, político-criminal.

Nesse cenário, afloram diferentes abordagens que trazem, a ferro e fogo, as marcas de suas concepções ideológicas, dado que as teorias da pena (notadamente as atuais) têm sido estruturadas em um contexto pretensamente mais amplo, dentro de cujos limites se encontram o indivíduo, a sociedade e o Estado. O embate sobre a resposta punitiva não se encontra aferrolhado às ciências tradicionalmente comprometidas com o saber (global) penal (direito penal; criminologia; penologia; entre outras) ou com a justificativa (moral) da pena (filosofia; ética), na medida em que se abre a novos campos do conhecimento que têm, pouco a pouco, incorporado à sua temática, de maneira orgânica, [a pesquisa sobre] o papel desempenhado pela punição na sociedade contemporânea (sociologia; psicologia; antropologia); além disso, oferecem um contributo bastante expressivo na edificação de um programa de ação interventivo, de vários movimentos criminológicos² (os quais, por sua vez, também espelham diferentes orientações político-criminais) ou, mesmo, de concepções dogmático-jurídicas vinculadas fortemente ao constitucionalismo.

Esse debate – que tem acompanhado, ao longo dos anos, o desenvolvimento da ciência penal – apresenta, nos dias que correm, novos ingredientes, como, de um lado, (i.) um maior punitivismo social – que vem a reboque da crescente importância eleitoral que os partidos políticos concedem ao fenômeno

1 Democracia implica uma vinculação bastante estreita do Estado com uma determinada ordem política que incorpora e garante o poder de seu povo; a mais disso, em uma noção toquevilliana, a democracia apresenta uma dimensão prática, isto é, ostenta uma postura ativa em face da realidade objetiva e social.

2 Como vertente crítica preponderantemente aceita na América Latina, sobretudo a partir das décadas de 1970 e 1980, ver: BARATTA, 1978, p. 7-21, e 1982, p. 5-37; LYRA FILHO, 1982, p. 54-74; PIMENTEL, 1979, p. 37-48; e FAYET JÚNIOR, 2016.

criminal,³ em geral, e à segurança individual,⁴ em particular⁵ –; e, de outro, (ii.) o fator tecnológico, admitido que, além de todo aspecto ideológico, a utilização da tecnologia tem sido concebida como um verdadeiro programa de ação estatal, que, imediatamente, se transmite à readequação dos discursos sobre a punição (as ideias de eficiência, de redução de custos, de diminuição de efeitos colaterais a partir do uso da tecnologia prisional [tornozeleiras eletrônicas, monitoramento eletrônico, castração química, entre outras] têm inspirado, decisivamente, uma nova onda neorretribucionista); ou, ainda, (iii.) o papel dos meios de comunicação no processo de consolidação de um discurso expansivista da intervenção penal; bem como, finalmente, (iv.) a produção legislativa, que tem caminhado *pari passu* com a tendência expansivista, à proporção que «torna as penas mais duras e permite um número cada vez maior de métodos investigativos que interferem nos direitos fundamentais dos cidadãos».⁶

Trata-se, apenas, de alguns dos principais planos sobre os quais se tem conduzido, em diferentes e cada vez mais amplos âmbitos, o desenvolvimento dessa discussão. Por óbvio, o debate sobre as penas e as suas finalidades tem um longo percurso existencial, pois – como indica Max Ernst Mayer – «así como en todos los tiempos y por todos los pueblos se han impuesto penas, de igual modo cada vez y en todas partes en que la reflexión filosófica no ha sido ajena al

3 Como anota GÜNTHER, 2009, p. 54, «a política já reconheceu há muito tempo o potencial desse tipo de emotividade para obtenção e manutenção do poder. Em disputas eleitorais conta também, e sobretudo, a disputa político-criminal: saber quem defende métodos de combate à criminalidade mais convincentes e eficazes, bem como a execução penal mais rigorosa. Para os agentes do sistema político é fácil assumir uma posição pseudodemocrática e basear-se no desejo manifestado pela maioria para atuar de maneira mais dura contra a criminalidade».

4 A propósito, em face deste acúmulo de avanços civilizacionais percebido nos últimos tempos, verifica-se, ainda, um conjunto de reivindicações, no campo social, que não estão, a rigor, presas, diretamente, à (questão da melhor) distribuição de renda, mas sim ao reconhecimento (demandas de reconhecimento). Sob seu raio de influência, tratar-se-ia de reivindicações grupais ou coletivas exigidas por segmentos sociais historicamente discriminados ou vulneráveis, as quais visariam à remoção «de barreiras legais, económicas y sociales que impiden o limitan su participación o acceso a esferas sociales tales como la representación política, la educación o el empleo» (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 18); e essa procura por reconhecimento (ou visibilidade) – *un poco a la fuerza de las cosas* – também se projetou aos agrupamentos de vítimas, os quais têm, em larga medida, buscado acautelar seus próprios interesses.

5 E essa alteração discursiva não conhece, por assim dizer, polos ideológicos, na medida em que, na América Latina, tradicional e historicamente, a esquerda considerava que (o discurso sobre) a defesa da segurança era indicativa de um discurso marcadamente conservador (vinculado – como aponta ANIYAR DE CASTRO, 2006, p. 4 – a políticas repressivas que serviam de contenção ao protesto social ou, ainda, associado à tímida noção de «segurança nacional», que serviu de legitimação aos regimes autoritários no contexto latino-americano); contudo, essa situação se modificou acentuadamente quando a esquerda assumiu, em alguns países, posições de governo ou de responsabilidades executivas, tendo, a partir disso, «la ocasión de escuchar la demanda de inseguridad, o al menos la queja permanente del sentimiento de inseguridad, de las clases populares. De esta manera tomó conciencia de una necesidad sentida y de cómo la seguridad dejó de ser un bien público para convertirse en un privilegio de las clases media y alta que podían financiarla» (ANIYAR DE CASTRO, 2006, p. 4).

6 GÜNTHER, 2009, p. 54.

espíritu del tiempo y del pueblo, ha habido ideas acerca del sentido de la pena»;⁷ contudo, as teorias da pena permanecem vinculadas a margens relativamente pouco alargadas, dentro das quais o debate se prende a poucas posições fundamentais, que, por seu turno, têm um longo arraigamento histórico.⁸ Sem embargo, a abordagem quer concentrar-se no panorama atual, isto é, no marco histórico da democracia (que, no Brasil, se encontra em avassaladora vertigem), no interior do qual se alistam e se consagram as estratégias da punição. E essa consideração tem significado transcendente, porquanto a pena (assim como os seus limites e sentidos) continua a ser o centro de gravidade do Direito Criminal, o ponto de culminância de nossa disciplina, o aspecto de maior impacto na realidade objetiva – especialmente em virtude de suas terríveis consequências e de seus escassos benefícios (se é, verdadeiramente, que os haja).⁹

Desenvolvimento

Com efeito, a pena, apesar de simbólicas limitações de índole humanitária (as quais, no mais das vezes, se inscrevem tão somente no plano do «dever ser»), segue sendo um mal, que pode ser tão dolorosa e brutal como algum injusto típico.¹⁰ Aliás, a mera investigação criminal já pode, em face da posição social do imputado, ser-lhe insuportável pelo caráter vexatório e execrável que encerra.

Daí porque a utilização da pena – quer como instrumento resolutivo de conflitos sociais graves, quer como meio de controle social – deve ser submetida aos mais rigorosos critérios limitadores; e a sua legitimação, caminhar irmanada com a consolidação de padrões democráticos na perspectiva de uma

7 MAYER, 2007, p. 515.

8 STRATENWERTH, 1982, p. 10. Como ainda pondera DIAS, 1999, p. 90, «as respostas dadas, ao longo de muitos séculos – seja pela ciência do direito penal, seja pela teoria do Estado ou pela própria filosofia –, ao problema dos fins da pena se reconduzem a duas (*rectior*, a três) teorias fundamentais: as teorias absolutas, de um lado, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; as teorias relativas, de outro lado, que se analisam em dois grupos de doutrinas: as doutrinas da prevenção geral, de uma parte, as doutrinas da prevenção especial ou individual, de outra parte. Toda a interminável querela à roda dos fins das penas é reconduzível a uma destas posições ou a uma das infinitas variantes através das quais se tem tentado a sua combinação».

9 Cabe indicar o conceito negativo e agnóstico da pena, de acordo com o qual a pena deve ser considerada como uma coerção, que impõe uma privação de liberdade (ou causa um sofrimento), que não repara nem impede as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes, quer dizer, trata-se de um conceito negativo tanto porque não assinala qualquer função positiva à pena como por ser obtido por exclusão. Além disso, é agnóstico porquanto a sua função permanece desconhecida (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2014, p. 56). Em sentido oposto, assinalando funções às penas, ver BOULOC, 2013, p. 414-9; e LUNA, 1985, p. 40-6; e 307-15.

10 NAUCKE, 2006, p. 36.

sociedade pluralista. Cuida-se, por esse modo, de esforços que se destinam à justificação racional da atividade estatal de caráter penal-persecutório, de volta com a explicação do exercício do poder punitivo na perspectiva do Estado social e democrático de direito – como padrão referencial teórico.¹¹

A pena é a peça chave por meio da qual o direito penal visa a se constituir como um instrumento de organização social, que deve, concretamente, ser utilizada para a sociedade e para os homens que a integram, auxiliando a formação de uma dinâmica social que garanta, ao conjunto da população, o pleno desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades, com respeito à pluralidade democrática que deve matizar a sociedade moderna.¹² Nesse quadro, têm interesse transcendental os discursos que visam à legitimação do poder punitivo (os quais se prendem, no plano superestrutural, com poucas variações, às funções genéricas de defesa social e, mais raramente, de segurança jurídica;¹³ ou, mesmo, de segurança dos cidadãos), que devem ser orientados aos fundamentos teórico-estatais da democracia, implicando, com isso, a demonstração cabal da indispensabilidade do emprego da pena para a solução de conflitos sociais.¹⁴ Deve considerar-se ainda que, a rigor, a legitimação de um

11 «A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século xx, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de *Rechtstaat*, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de *rule of the law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit*, *Stato di diritto*» (BARROSO, 2015, p. 65).

12 «Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção –, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais –, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais, entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio» (BARROSO, 2015, pp. 65-6).

13 ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 53.

14 Sobre a (construção mítica da) evolução histórica da punição, é imprescindível consultar: ALAGIA, 2018.

determinado ordenamento estatal, constituído em forma de códigos, visa não apenas à aceitação ou ao reconhecimento de fato de seus endereçados, mas, fundamentalmente, também almeja a merecer o reconhecimento,¹⁵ na medida em que se busca, em última instância, em padrões democráticos, o maior consenso possível dos destinatários de suas normas, que a elas adéquam o seu comportamento com a confiança de que tais normas espelham a regulação apropriada e conveniente das relações intersubjetivas que se estabelecem em sociedade; daí «a exigência de que o direito vigente ou válido (também chamado de positivo, enquanto posto, ou seja, criado, em conformidade com as normas de produção próprias de cada ordenamento) seja também justo, ou seja, em conformidade com os critérios que devem presidir a boa conduta e o desenvolvimento ordenado da coisa pública».¹⁶

Além disso, existem tendências teórico-criminais que se ocupam (do papel) do poder punitivo na sociedade contemporânea, tanto as que, em um polo, advogam a eliminação absoluta do recurso punitivo como forma de solução dos conflitos sociais, como as que, em outro, visam à constante ampliação do poder punitivo; bem como, ainda, outras vertentes teóricas que se apresentam como vias intermediárias entre aqueles extremos. Trata-se de algumas formulações básicas acerca do poder punitivo:¹⁷ de um lado, as que partem de uma percepção segundo a qual, basicamente, se estima a irracionalidade e a inutilidade da pena, que estaria aliada às estruturas de classes e que tenderia a perseguir os setores mais fragilizados da sociedade (a perspectiva abolicionista);¹⁸ de outro, as que encampam propostas de recrudescimento da intervenção penal, visando a um eficientismo, cuja expressão se ancoraria em um direito penal de índole intervencionista, invasiva e expansionista, pouco afeito às garantias históricas de proteção às liberdades públicas e aos direitos humanos, por meio do qual deveria haver não somente a criação de novos bens jurídicos, mas, igualmente, de novos tipos penais – em razão das novas formas de criminalidade que se produziram na sociedade globalizada e complexa – e a agravação das penas já existentes,¹⁹ principalmente no setor da criminalidade econômica e ecológica.

Neste estado de coisas, convoca-se a dogmática jurídico-penal para se posicionar: deveria aceitar a expansão dos mecanismos penais, como forma de enfrentamento da criminalidade contemporânea, ainda que isso implique a derrogação de garantias e modelos tradicionais de proteção dos indivíduos? Ou deveria operar com os conceitos clássicos (ou nucleares) do sistema penal, por

15 HABERMAS, 2003, p. 67.

16 LUMIA, 2003, p. 119.

17 Sobre o amplo leque de possibilidades, pode ser consultado ELBERT, 2009, pp. 113-215.

18 Ver, por todos e especialmente, HULSMAN; CELIS, 1993, pp. 55-91.

19 SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 17-8.

meio dos quais se arrostaria, na medida do possível, essa criminalidade, porém sem se descuidar do arcabouço constitucional protetivo, limitador da intervenção punitiva; ou, ainda, deveria construir uma via conciliatória? E, no centro desse debate, encontra-se um tema da máxima importância, uma vez que se apresenta como essencial à compreensão dessas diferentes perspectivas: a finalidade da pena. Cuida-se, ao lado da definição da função do direito penal, de uma das principais bases sobre as quais toda discussão – modelos de política criminal; princípios dogmáticos; considerações criminológicas; entre outras – deve assentar-se.

A investigação sobre a finalidade da pena é, portanto, um dos eixos centrais para a compreensão do complexo sistema punitivo,²⁰ a cuja tarefa não somente o direito penal, mas igualmente outras (e variadas) disciplinas têm fornecido a sua cota de contribuição.²¹ Existe, desse modo, uma expressiva gama de conceitos e interpretações, o que muito contribui para que não haja, até o presente, uma concepção aceitável, de forma geral, sobre a sua finalidade.²²

A discussão sobre os fundamentos e legitimidade da intervenção punitiva estatal coloca-se no centro de um interminável debate (político, ideológico e acadêmico), em torno do qual continuam a surgir orientações que pretendem compatibilizar os fins do direito punitivo às novas exigências sociais.

Nas últimas décadas, de modo geral, nos domínios da criminologia (singularmente a que se posta em um campo democrático, dentro de cujos limites se inscrevem, por evidente, variantes de maior ou menor intensidade), estabeleceu-se certo consenso em relação à noção de que o sistema punitivo se traduz como a forma mais drástica de intervenção estatal em face do indivíduo – haja vista às terríveis consequências estigmatizadoras e aos inegáveis efeitos criminológicos que encerra, sem se descuidar, ainda, da ineficácia absoluta do efeito ressocializador –, com o que se buscou limitar, ao máximo e sob diferentes perspectivas, a atuação dos instrumentos e das soluções jurídico-penais. Assim, adquiriram força diversas propostas que abrangiam, *grosso modo*, em uma escala muito ampla, desde a simples redução do poder punitivo até a sua total abolição. (Essa diretriz reducionista não ostenta qualquer posição

20 ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, p. 59.

21 BETTIOL, 1976, pp. 77-8.

22 MIR PUIG, 1982, p. 15. Ainda HASSEMER e MUÑOZ CONDE, 2001, pp. 225-6, completam: «desde hace siglos, no sólo el Derecho penal, sino la Filosofía, la Sociología e incluso la Moral y la Ética se han ocupado de cuál es la respuesta que debe darse a la persona que ha cometido un delito y de si el delito en general puede ser prevenido de algún modo, y si no evitar totalmente su comisión, sí por lo menos reducirla a límites soportables. En el fondo de todas las elucubraciones que se han realizado hasta la fecha, late la cuestión de si el problema de la criminalidad puede ser solucionado de una forma satisfactoria y compatible con el nivel cultural de las respectivas sociedades. Las respuestas que se han dado a estas cuestiones han sido diversas, sin que se haya llegado todavía a una concluyente y definitiva».

hegemônica no debate moderno, dado que se movimentam outras propostas que, na contramão dessa perspectiva, tendem ao recrudescimento punitivo.²³)

Cabe lembrar, nesta ordem de consideração, que existem várias tendências, muitas das quais marcadamente transdisciplinares, o que dificulta, ainda mais, a avaliação crítica sobre as contribuições que têm sido oferecidas para a compreensão do significado da pena na sociedade (tomemos, a título de mera exemplificação, a desafiadora proposta dos neorrealistas de esquerda).²⁴ Não pode perder-se de vista que o direito penal moderno – nascido durante a Ilustração, quando da estruturação do direito punitivo moderno, com a edificação dos primeiros Estados de direito – vivenciou uma situação de tensão permanente (ou de verdadeira crise), cuja manifestação se projetou ao direito penal contemporâneo, não havendo, na literatura criminal, uma explicação uniforme (ou, ainda, minimamente consensual) por meio da qual se possa bem determinar o tensionamento histórico da nossa disciplina. O que se busca, em todos os setores vinculados ao direito penal (dogmática penal; política criminal; filosofia penal), é um quadro de justificação, de validade; em última análise, a demonstração de sua legitimação, através da qual se possa conceber (e, sobretudo, compreender) a sua necessidade social. Posta assim a questão, o grande ponto de contraste do direito penal atual é, inegavelmente, a sua legitimação, ou seja, a sua justificação social como fenômeno interventivo nas relações sociais, uma vez que as teorias (sobre as finalidades) da pena se prestam, a toda evidência, a dar suporte àquela necessária legitimação.²⁵ Daí por que se tem como certo que o principal fator, na atualidade, de geração da crise do direito penal é, sem dúvida, o de sua legitimidade. Criar um contexto de racionalidade, de compatibilidade entre as novas exigências sociais e as (antigas) garantias públicas protetoras dos cidadãos, conciliando-as em uma perspectiva democrática, é a tarefa da política criminal racional, mediante a qual seria possível a

23 DEMETRIO CRESPO, 2004, pp. 13-4, percebe esse fenômeno aparentemente paradoxal, ao destacar que se produziu o giro no debate, «até o ponto de perder de vista o marco político-criminal recente que tinha gerado, [...], uma evolução positiva na humanização do direito penal. O referido marco foi “pulverizado”, mediante sua redução ao absurdo, pela via de um crescente recrudescimento punitivo, ao sabor da demagogia política e do espetáculo de mídia». [...] «Segundo essa concepção, a preocupação pelas garantias, além do “efeito estético” da proclamação dos princípios nas Exposições de Motivos, aparece como fruto da “falta de solidariedade”, da “maldade”, da “falta de visão”, ou, na melhor das hipóteses, da “ingenuidade acadêmica”, de quem se mantém nesse discurso.» [...] «Foi substituído por um programa guiado por uma fé inquebrantável na capacidade de intimidação das penas – foi introduzida, sem uma menção explícita, a prisão perpétua; foram recuperadas as penas curtas privativas de liberdade inferiores a seis meses, e a multirreincidência –, o “deslizamento” em direção a um Direito Penal do autor, e a limitação do arbítrio judicial».

24 Sobre o tema: FAYET JÚNIOR; WERLANG, 2012, pp. 345-65; e ELBERT, 2012, pp. 142-7.

25 Acerca das condições necessárias para a legitimação epistemológica da criminologia, ver ELBERT, 2012, pp. 198-200.

(re)legitimação do direito penal como fenômeno social, complexo e indispensável para a construção e o fortalecimento de um Estado democrático de direito. E a esse desiderato se deve lançar a dogmática penal verdadeiramente comprometida com a democracia, ao edificar a ciência penal de envolta com o respeito aos direitos humanos. Com efeito, modernamente, a avaliação do sistema penal deve ser conduzida, sob todos os títulos, a partir de duas dimensões básicas: a função do Direito Penal e a finalidade da pena em face do Estado democrático (e social) de Direito.

Sob a primeira dimensão, insiste-se na compreensão segundo a qual hoje, mais que nunca, a função do direito penal, no Estado democrático (e social) de direito, é a proteção de bens jurídicos mediante a prevenção de delitos, porquanto a utilização das ferramentas penais, de modo proporcional à ofensa praticada e à culpabilidade do agente, além de tolerada apenas em relação aos ataques mais graves, deve inspirar-se à luz da noção da *ultima et extrema ratio* (e não da *prima et sola ratio*) e de limites (derivados do Estado democrático e social de direito) relacionados ao exercício do *ius puniendi*, de cuja noção defluem os princípios da subsidiariedade, proteção exclusiva de bens jurídicos, fragmentariedade e legalidade, todos, em bloco, cimentados pelo princípio da racionalidade; e, finalmente, de princípios político-criminais que, por meio da formalização do controle social penal, visam a garantir as liberdades dos cidadãos frente ao Estado, de acordo com o princípio de mínima intervenção e os demais princípios garantistas. Na perspectiva da segunda dimensão, o núcleo básico em relação ao qual o sistema todo deve ser construído é o da evitabilidade dos delitos, mediante a prevenção geral, desde que haja limites necessários ao poder punitivo do Estado, para preservar nessa função preventiva aquilo que ela deve ter (no máximo possível) de justa e racional; e que esteja a serviço da preservação da ordem democrática, com um mínimo custo à liberdade individual. Agrega-se que prevenir é, porém, mais que dissuadir, dado que se deve entender por «prevenir» a intervenção nas causas do problema criminal. Os programas de prevenção primária são, obviamente, mais úteis que os de prevenção secundária; e estes, mais que os de prevenção terciária. Considerados esses aspectos, a função da pena, na dimensão da democracia, é prevenir os delitos, entendendo-se por tal prevenção uma política racional e proporcional, ancorada em vários princípios que visam a dar proteção ao indivíduo, notadamente aquele traduzido pela teoria do direito penal mínimo²⁶ – que objetiva a redução substancial do poder punitivo. Somos aqui acordes que a função da pena depende da função que se atribui ao Estado; e, nesse sentido, parece não haver dificuldades em se dizer de forma clara e direta que, na perspectiva de

26 Conferir BATISTA, 2013, pp. 82-8.

um Estado democrático de direito, a pena, essencial e fundamentalmente, deve assumir uma função preventiva.

A legitimação do poder punitivo estatal – cuja compreensão envolve tanto a linearidade histórico-constitutiva dos discursos de sua legitimação quanto as atuais tendências de avaliação do fenômeno – deve encasar-se, em maior ou menor escala, na ressonância do desenvolvimento de políticas criminais racionais. Em uma fórmula sintética, a operatividade do poder punitivo pode implicar restrição da esfera de liberdade do cidadão. Diante disso, à dogmática jurídico-penal cumpre ocupar uma posição de vanguarda, de fiel compromisso com a democracia, de defesa da Constituição, concebendo a pena tão somente como um derradeiro recurso de resolução de conflitos e de contenção social, preservando, sempre, as garantias do imputado e limitando, sempre, a vocação expansiva do poder (punitivo), pois a histórica imperfectibilidade do sistema punitivo não autoriza nem inspira uma outra atitude.

Conclusão

Em decorrência dessas premissas, e em todos os sentidos mais óbvios concernentes ao instituto da prescrição penal, talvez o mais racional seja que se lhe considere (ou se lhe atribua a função de) um limite diante do qual o poder punitivo não possa avançar; e essa opção não se traduz em um mero capricho, mas, sim, em uma (espécie de) guerra de posições, porquanto – malgrado as constantes e precisas advertências dogmáticas sobre a desinfluença substancial de alterações tópicas e superestruturais na disciplina punitiva – a temática da prescrição sofre, direta e acidamente, o influxo do populismo penal.²⁷

27 «A política já reconheceu há muito tempo o potencial desse tipo de emotividade para a obtenção e manutenção do poder. Em disputas eleitorais conta também, e sobretudo, a disputa político-criminal: saber quem defende métodos de combate à criminalidade mais convincentes e eficazes, bem como a execução penal mais rigorosa. Para os agentes do sistema político é fácil assumir uma posição pseudo-democrática e basear-se no desejo manifestado pela maioria para atuar de maneira mais dura contra a criminalidade. A produção legislativa acompanha essa tendência, à medida que amplia cada vez mais o direito penal, torna as penas mais duras e permite um número cada vez maior de métodos investigativos que interferem nos direitos fundamentais dos cidadãos [...]. Nada é [...] mais temido pela política do que um preso libertado prematuramente ou autorizado a sair da prisão que comete novos delitos. Isso vale especialmente para os casos de autores de ilícitos penais espetaculares, como delitos sexuais [...]. Por fim, a ameaça do terrorismo internacional resultou em uma imensa aceleração dessas tendências. Nesse ponto, a demanda por punição, tornada obsessiva, se conecta naturalmente e de modo obscuro com a demanda por segurança» (GÜNTHER, 2009, p. 54-5). Segue-se daí, por conseguinte, que, na realidade histórica de sistemas sociais altamente complexos e desiguais, a pena pode ser percebida como um fator – em termos de ajustamento à noção de uma ideologia hegemônica – de equilíbrio, ou melhor, de compensação àquele modelo social. «A partir da justificativa indireta da pena como a correção de uma distribuição injusta é possível explicar por que uma necessidade de punição assim motivada recebe sempre novo impulso e se articula na forma de exigências por penas mais duras quando a ordem distributiva na sociedade está

Se antes bastava elevar as escalas punitivas para haver a solução de todos os problemas postos, agora a única aquisição lógica que se pode descobrir em um discurso irracional (proponente de uma expansão material da intervenção penal) é investir contra a garantia (pois se trata, exatamente, de uma autolimitação da força punitiva – *Strafgewalt*) da prescrição, a qual é equiparada à impunidade. Como bem acentua Luis Prieto Sanchís, «a la dogmática le corresponde la tarea de proponer desde adentro las correcciones e interpretaciones conformes a la Constitución que permitan las técnicas de garantía ya establecidas por el sistema; y de sugerir desde afuera nuevas formas de garantía».²⁸ E isso porque esses discursos trazem em si o risco de ampliação – quase sempre não se compaginando com os interesses sociais da humanidade. Formou-se, na atualidade, considerável literatura crítica no sentido (da denúncia) da crescente e desordenada limitação dos direitos individuais, em um novo ciclo geoestratégico de tendências autoritárias. À luz dessa concepção, garantias têm sido postas em xeque, e ferramentas punitivas, ampliadas. Por conta disso, o momento histórico sugere e impõe uma atenta opção garantista à emergência punitiva (ou, em outras palavras, aos impulsos de poder); neste sentido, «en los momentos en que el poder punitivo avanza por efecto de una emergencia, el contenido pensante de su discurso cae en forma alarmante.

em geral abalada. O autor do ilícito aparece então como mais ousado, como alguém que se permite mais do que os outros, forçados à abnegação. Tanto o autor do ilícito quanto os terceiros indignados fazem balanços pessoais da justiça. O autor do ilícito enxerga-se como vítima de uma longa série de injustiças e toma, por meio da prática do ilícito penal, o que lhe cabe de acordo com sua própria concepção e que lhe foi negado até agora. Os terceiros indignados, que exigem punição mais dura, também se enxergam como vítimas de uma ordem de distribuição injusta, porque têm menos do que na realidade merecem – e dirigem sua indignação acerca do *déficit* no seu balanço pessoal da justiça não contra o autor do ilícito individualmente, o qual não se conforma com a injustiça como eles, mas simplesmente toma para si o que quer. A demanda por penas mais duras não seria nada mais do que um protesto mal dirigido e mal compreendido por si mesmo contra a injustiça social. Assim, a pena se torna proteção, por meio da individualização, de um sistema de distribuição percebido como injusto. Talvez isso explique por que paixões punitivas sempre se transformam em políticas populistas de penas mais duras nos lugares onde antes foram levadas a cabo reformas econômicas neoliberais e o Estado social foi reformado ou desmontado por meio de desregulamentação e privatização. As reformas por Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e Grã-Bretanha, implicaram sempre o endurecimento e a ampliação do direito penal. O Estado de livre mercado assim criado, paralelamente à ampliação dos espaços de liberdade econômica, aumenta também os riscos de fracasso e marginaliza os grupos populacionais incapazes de manter-se no mercado desregulado. Tais grupos não conseguem compensar as perdas sofridas com a reforma do Estado social e com uma política econômica orientada pela oferta, aproveitando individualmente das chances oferecidas pelo maior espaço de liberdade econômica. O medo do futuro e os sentimentos de ameaça e insegurança assim massivamente provocados na população são transferidos para os autores de ilícitos penais, considerados os verdadeiros culpados pela situação da insegurança. Tendo o sentimento indeterminado de insegurança encontrado seu objeto, torna-se fácil de comprar lealdade política com a promessa de agir com mais rigor contra os pretensos verdadeiros culpados. O conflito sistêmico é assim individualizado e personalizado. Um indivíduo desempenha a função de bode expiatório de uma estrutura social injusta [...]» (GÜNTHER, 2009, p. 89).

28 SANCHÍS, 2011, p. 78.

Cuanto mayor es su irracionalidad, menor contenido pensante tiene el discurso legitimante». ²⁹ Expressando, em último remate, a harmonia básica de nossa visão, a aparelhagem criminal se encontra em franca e articulada expansão em nosso país (quando, e faz muitos anos, eu tentava colocar em um tabuleiro – de cujas coordenadas começava a ter uma vaga e primeva noção – as peças fundamentais do desenvolvimento do *jeu* político-criminal, era fácil, *in genere*, perceber que não se podiam distanciar as relações jurídicas das de poder, porquanto tais relações se davam e se estabeleciam *pari passu*, como uma engrenagem, em virtude da qual os avanços e retrocesos dependiam das correlações de forças históricas), cristalizando interesses e padrões antigarantistas e estandardizados, bem como, em outro plano, fomentando uma guerra (*soi-disant* bem-intencionada) contra a criminalidade e a corrupção, para cuja vitória são necessárias, *comme d’habitude*, medidas de exceção, ainda que contrastantes com garantias constitucionais. Hoje, a relação que temos mantido com o direito penal se assemelha àquela narrada por Stendhal («um viajante inglês relatou a intimidade em que vivia com um tigre; tinha-o criado e o acariciava, mas sempre mantinha em sua mesa uma pistola carregada»), quer dizer, se o tigre estiver por perto, é melhor que esteja calmo e nós, preparados. Assim, a palavra de ordem dos democratas, *in presente*, deve ser idêntica ao histórico grito de Dolores Ibárruri na Guerra Civil Espanhola; depois, a busca da reversibilidade desse quadro se imporá naturalmente.

Bibliografia

- ABRAMOVICH, Victor; Courtis, Christian, 2006, *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires.
- ALAGIA, Alejandro, 2018, *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*, Revan, Rio de Janeiro.
- ANIYAR DE CASTRO, Lolita, 2006, *Seguridad: propuestas para una vida sin miedo y sin violencia con respeto a los derechos humanos*, in <http://redde-criminologia.blog.uces.edu.ar/files/2014/03/Lolita-Aniyar-de-Castro.pdf> (05.07.2016).
- BARATTA, Alessandro, 1982, «Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal.», *Revista de Direito Penal*, v. 31., pp. 5-37.
- BARATTA, Alessandro, 1978, «Criminologia crítica e política penal alternativa.», *Revista de Direito Penal*, v. 23, pp. 7-21.

29 ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2014, p. 201.

- BARROSO, Luís Roberto, 2015, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo.
- BATISTA, Nilo, 2013, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 12.ª ed., Revan, Rio de Janeiro.
- BETTIOL, Giuseppe, 1976, *Direito penal*, vol. III, *Revista dos Tribunais*, São Paulo.
- BOULOC, Bernard, 2013, *Droit pénal général*, 23.ª ed., Dalloz, Paris.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, jul.-dez. 2004, «Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”», *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, pp. 9-37.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo.
- ELBERT, Carlos Alberto, 2012, *Criminologia, ciência e mudança social*, Núria Fabris, Porto Alegre.
- ELBERT, Carlos Alberto, 2009, *Novo manual básico de criminologia*, Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- FAYET JÚNIOR, Ney, 2016, *Maracaibo 1974: uma outra criminologia (se tornou) possível*, Elegancia Juris, Porto Alegre.
- FAYET JÚNIOR, Ney; Werlang, Roberta, 2012, «Da contribuição do neorealismo de esquerda ao pensamento criminológico: um passo em frente, dois passos atrás», *Discurso sediciosos: crime, direito e sociedade*, vol. 17, n. 19/20, pp. 345-365.
- GÜNTHER, Klaus, 2009, *Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito*, Saraiva, São Paulo.
- HABERMAS, Jürgen, 2003, «Sobre a legitimação pelos direitos humanos» in *Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira (orgs.), Landy, São Paulo.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco, 2001, *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valência.
- HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de, 1993, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan, LUAM, Niterói (RJ).
- LUMIA, Giuseppe, 2003, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, Martins Fontes, São Paulo.
- LUNA, Everardo da Cunha, 1985, *Capítulos de direito penal: parte geral (com observações à nova parte geral do Código Penal)*, Saraiva, São Paulo.
- LYRA FILHO, Roberto, 1982, «A criminología radical», *Revista de Direito Penal*, v. 31, Forense, Rio de Janeiro, pp. 54-74.
- MAYER, Max Ernst, 2007, *Derecho penal: parte general*, Bdf, Buenos Aires.

- MIR PUIG, Santiago, 1982, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona.
- NAUCKE, Wolfgang, 2006, *Derecho penal: una introducción*, Astrea, Buenos Aires.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, 1979, «Breves notas para a história da criminologia no Brasil.», *Ciência Penal*, v. 2, Forense, Rio de Janeiro, pp. 37-48.
- SANCHÍS, Luis Prieto, 2011, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 1999, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid.
- STRATENWERTH, Günter, 1982, *Derecho penal: parte general I*, Edersa, Madrid.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2000, *Derecho penal: parte general*, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2014, *Manual de derecho penal: parte general*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, 1993, *Fundamentos de derecho penal*, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, València.

