

O Direito Penal Contemporâneo - Fundamentos (*)

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR (**)

Iniciaremos este ensaio fazendo um brevíssimo resumo das últimas mudanças ocorridas no mundo e seus conseqüentes efeitos no Direito e, principalmente, no Direito Penal, pois este, de todas as disciplinas jurídicas é a mais sensível às transformações políticas.

Na década anterior e nesta em que vivemos, o mundo parece ter girado mais rapidamente. No Brasil tivemos o fim da ditadura, a Constituição de 1988, o impedimento de um governo corrupto e um Presidente da República que se tornou notório por seu ideário marxista, e, a despeito disso, executa um projeto neoclássico e agora, após demolir quase todas as conquistas progressistas de 1988, pretende eternizar-se, imperialmente, no poder.

No mundo, a superação da tensão leste-oeste, com o esfacelamento da União Soviética, foi o fato mais significativo, dando lugar a um processo de globalização no qual o econômico prevalece sobre a própria liberdade, gerando a redução do Estado, a “reabertura dos portos” e a formação do blocos regionais... Mas, paradoxalmente, a despeito disso, em vários pontos do mundo persistem a injusta distribuição da riqueza, a intolerância, as guerras, as ditaduras, as reiteradas violações dos direitos humanos, o crescimento demográfico descontrolado, fatos que provocam a morte, sofrimentos e migrações forçadas de milhões de pessoas.

Paradoxalmente, também nos países econômica e tecnologicamente centrais, ao lado do fenômeno da globalização, está ocorrendo um outro, que lhe é oposto, o racismo. O ressurgimento do etnoregionalismo, por exemplo, como os movimentos separatistas ou de reação ao poder central de escoceses, galeses, católicos da Irlanda do Norte, bretões, corsos, ocitanos, galegos, catalães, bascos, flamencos, tirolezes do sul são fruto da cultura do racismo.¹

Movimentos como os citados assumiram proporções catastróficas, após a derrocada do império soviético, principalmente na ex-Yugoslávia. Inacreditavelmente, tudo isso se passa numa Europa, que pretende ser cada vez mais unida, concreta e unitária...

¹ Sobre o tema, veja-se Peter Waldman: *Etnoregionalismo, un desafio para el mundo nacional*; EGUZKILORE, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminologia, San Sebastián, nº 7, 1993, pág. 2832.

Esses fenômenos políticos e econômicos refletiram-se em todos os ramos do Direito e, em consequência:

a) O Direito Civil está sofrendo uma espécie de publicização, seja no âmbito da família, seja na área relativa à propriedade, perdendo assim o rigor privatístico;

b) O Direito do Trabalho, ao contrário, tende a tornar-se mais desregulamentado e flexível, pois tendo o trabalho, em palavras de **Arion Romita**², se tornado um bem escasso, não há mais espaço para um Direito do Trabalho protecionista e paternalista;

c) O Direito Tributário, por seu turno, está deixando de ser um puro instrumento destinado a garantir a arrecadação de tributos, passando a se preocupar com sua própria legitimação, atribuindo valor fundamental à idéia de capacidade contributiva e justiça fiscal;

d) O caráter individualista extremado do Direito Processual a cada dia se mitiga, ao passar a tratar de questões como "igualdade de armas", acesso à justiça, garantia do contraditório, devido processo legal e da natureza do próprio sistema processual;

e) o Direito Comercial publicizou-se no moderno Direito Marítimo e Aeronáutico, na regulação internacional dos títulos de crédito, no controle das Sociedades Comerciais e, principalmente, no seu rebento mais jovem, o Direito Econômico;

f) A face conceitual do Direito Internacional está sendo modificada por força da superação dos regimes políticos anteriores e da reconstrução econômica, política e jurídica provocada pelos chamados "Espaços Econômicos Integrados", como a União Européia e o MERCOSUL. Tal mudança está conduzindo ao surgimento de novo arcabouço teórico no âmbito do Direito Internacional. Cumpre destacar, também, que, de regra, as grandes mudanças anteriores que tiveram lugar na sociedade internacional foram frutos de atos de força de guerra ou de revoluções, ainda quando estas adotassem refinadas formas jurídicas. O grande fenômeno da nossa contemporaneidade está em que as mudanças atuais não nasceram da força, mas sim do interesse comum e do consenso. Este é um fato novo, com qual ainda não sabemos bem como lidar. A grande preocupação do direito Internacional, portanto, é saber se do ponto de vista teórico, haverá ou não a permanência do Estado, como ainda o conhecemos hoje.

O Direito Penal, por maior razão, não ficou imune a essa nova forma de encarar o mundo. Tanto isso é verdade, que o movimento descriminalizador, que caracterizou a legislação mundial nos anos setenta, está sendo substituído pela onda criminalizadora exigida pela mudança do paradigma dos bens jurídicos. Nos anos oitenta e nesta última década do século, as propostas dos funcionalistas do Direito Penal, aliadas à descoberta de bens jurídicos supra-individuais, estão conduzindo a

² **Arion Sayão Romita**: Ementa da disciplina Teorias do Direito do Trabalho, no Curso de Mestrado em Direito, área de concentração em Teorias do Ordenamento Jurídico Brasileiro, da Universidade Estácio de Sá.

um movimento neocriminalizador. Daí a punição dos novos crimes provocados pela biotecnologia, dos crimes contra a ordem econômica, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra as novas formas de tráfico (órgãos, menores), contra os sistemas de informação e transferência de dados, contra o Estado Democrático, contra a segurança e higiene do trabalho, e a punição do crime organizado.

A modificação maior, entretanto, ocorreu no próprio fundamento do Direito Penal, graças à tensão existente entre segurança e liberdade, ou seja, entre prevenção e garantias. O projeto globalizador exige segurança, enquanto o que nos resta de subjetividade exige garantias.

É, fundamentalmente, essa crise de identidade que caracteriza o Direito Penal contemporâneo e gera as tendências para o futuro. É disso que iremos tratar especificamente neste ensaio. Presente e futuro.

A antinomia entre liberdade e segurança acompanha o Direito Penal desde o seu nascimento. Porém, somente muito modernamente, os cientistas tomaram consciência dessa antinomia, com as características que aqui serão analisadas.

Desde os primórdios do Direito Penal, juristas e filósofos dedicam-se a responder a uma pergunta que **Roxin** formulou nos seguintes termos: como justificar “que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida”?³

A resposta a essa interrogação, que importa em fundamentar o direito de punir, ou seja o Direito Penal em sentido subjetivo, implica solucionar a crise contemporânea, qual seja, a antinomia que existe no interior do Direito Penal, entre liberdade e segurança, ou entre prevenção e garantias ou, como afirma **Jesus Maria Silva Sánchez**⁴, entre legalidade e política criminal.

Em síntese, o Direito Penal, entendido como poder punitivo do Estado (*jus puniendi*) fundamentado e limitado por um conjunto de normas jurídicas (Direito Penal objetivo), exige legitimação.

Modernamente, entende-se que tal legitimação somente ocorrerá quando se estabelecer o seu real fundamento, ou em outras palavras, no momento em que for identificado o melhor modelo a ser adotado e lealmente demonstrada a sua utilidade social.

Inacreditavelmente, essa nova visão da eterna crise do Direito Penal somente começou a se instalar nos anos setenta, quando em nosso âmbito cultural ocorreu a ruptura definitiva do esquema tradicional do Direito Penal retributivo. Vejamos:

– Por Direito Penal retributivo entende-se a orientação que, segundo **Antonio Pagliaro**, catedrático de Palermo,

³ **Claus Roxin**: “Sentido e limites da pena estatal”; in *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, VEGA, Lisboa, 1986, p. 15.

⁴ **Jesús Maria Silva Sánchez**: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1992, p. 13.

em livro do ano passado (1996), concebe o Direito Penal como um complexo de normas jurídicas, que procura orientar a conduta humana por meio da intimidação e da emenda ⁵.

A doutrina retribucionista, em palavras do próprio **Pagliari**, pode ser assim sintetizada: “o bem deve ser recompensado com o bem e o mal punido com o mal”. Essa idéia de “justiça”, segundo as diversas posições, teria:

a) Fundamento divino. Quem comete um crime ofende a Lei de Deus. Deus delegou ao homem uma parte da sua justiça, por isso, quando a justiça humana pune o culpado, atua como justiça divina ⁶;

b) Fundamento moral. É uma exigência profunda da consciência humana que o bem seja recompensado com o bem e o mal com o mal. Esse é um imperativo categórico, para usarmos a expressão do “**Solitário de Königsberg**” ⁷;

c) Fundamento jurídico. A retribuição, segundo a dialética hegeliana dos opostos é a negação de uma negação e, por isso, a reafirmação do Direito do Estado ⁸.

Como se pode ver do que acabou de ser escrito, o tradicional Direito Penal retributivo pretende legitimar-se por si mesmo, uma vez que tem como objetivo fazer justiça, compensando a culpa do autor com a pena. Essa idéia de justiça através da compensação entre a culpa e a pena é racionalmente indemonstrável, assumindo, assim, caráter puramente metafísico. Além disso, como afirma **Padovani**, a teoria absoluta (retribucionismo) da pena exige um conceito não menos absoluto de Estado. Porém, no Estado Moderno não existe, nem se pode pretender que exista, uma tal legitimação ética ou metafísica ⁹. No mesmo sentido é a lúcida lição de **Figueiredo Dias**, para quem não se pode hoje, em verdade, deixar de reconhecer a incompatibilidade absoluta entre a idéia de Estado de Direito Democrático e Social, inevitavelmente secularizado e pluralista, e a imposição de penas em nome de exigências absolutas de “retribuição” e “expição”. ¹⁰

Ademais de tudo isso, o mundo dos homens não pode pretender realizar uma função própria de Deus.

O Direito Penal de um Estado Democrático, secularizado, humano, não pode estar fulcrado em considerações metafísicas, nem pode pretender ser a sua expressão.

⁵ **Antonio Pagliaro**: *Principi di Diritto Penale, parte generale*; 5ª ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1996, p. 3. Mais amplamente, na p. 675 e ss.

⁶ **Maggiore**: *Diritto Penale*, I, p. 682 e ss.

⁷ **Kant**, I.: *La dottrina del diritto*; tradução italiana, Giuffrè, Milão, 1916, p. 144.

⁸ **Pessina**: *Elementi di diritto penale*, Nápolis, 1882, p. 37 e ss.

⁹ **Tullio Padovani**: *Diritto Penale*, 3ª ed.; Giuffrè Editore, Milão, 1995, p. 394.

¹⁰ **Jorge de Figueiredo Dias**: *Diritto Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime*; AEQUITAS, Lisboa, 1993, p. 61.

Num Estado assim concebido o Direito Penal há de ser um instrumento de política social.

Como lembra **Anabela Rodrigues**, se bem que com óbvias e reconhecidas características próprias, o Direito Penal se coloca entre os instrumentos que concorrem para a socialização. Por isso, a intervenção punitiva do Estado desvincula-se de qualquer finalidade teológica ou metafísica.¹¹

O Direito Penal contemporâneo, portanto, não tem por finalidade fazer justiça. Aliás, a essa conclusão, já em 1966, haviam chegado os autores do célebre Projeto Alternativo alemão. No Preâmbulo daquele Projeto, apresentado por um grupo de professores em oposição ao Projeto Oficial de 1962, afirmava-se que o fenômeno punitivo não constitui um expediente metafísico, mas sim, “uma amarga necessidade da comunidade de seres imperfeitos, que são os homens”. A necessidade de manutenção da convivência é que exige a atividade punitiva. Neste ponto, é preciso destacar, o Brasil tem a primazia dessa tese. No século passado, **Tobias Barreto**, antes de qualquer outro, afirmava que o fundamento do Direito de Punir “não é filosófico, nem jurídico, mas político”, embora afirmasse, também, que tal discussão importava numa “espécie de adivinhação que os mestres se crêem obrigados a propor aos discípulos, acabando, uns e outros, no mesmo estado de perfeita ignorância”.¹²

O Direito Penal retribucionista gerou uma dogmática clássica, dedutivo-ontológica, absoluta, a histórica, alheia às realidades sócio-culturais do crime. A ciência dogmática via o delito de maneira abstrata e com uma vocação quase “artística”, para usarmos a expressão de **Gimbernat**¹³. Com a ruptura do esquema retribucionista, também a dogmática entrou em crise, dando espaço a novas construções, dentre as quais sobressai a moderna teoria da imputação¹⁴. Daí questões como: **a)** imputação objetiva, que deu nascimento a uma nova teoria da conduta típica (princípio da confiança, risco permitido) e cuja questão jurídica fundamental consiste em estabelecer os critérios segundo os quais queremos imputar determinados resultados a uma pessoa, ou seja, o ajustamento axiológico dos dados empíricos (relação de causalidade); **b)** imputação subjetiva, na qual o dolo não é mais visto como alguma coisa de natureza psíquica, naturalista. Tanto isso é assim, que será possível a imputação de pena ao autor que, desconhecendo que estava realizando uma conduta antijurídica, pratica um crime por erro, quando esse erro de

¹¹ **Anabela Miranda Rodrigues**: *A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, p. 316.

¹² **Roberto Lyra e João Marcello de Araujo Junior**: *Criminologia*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 80.

¹³ **Gimbernat Ordeig**: “Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” in *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 140.

¹⁴ **Günther Jacobs**: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*; Cuardenos Civitas, Madrid, 1996.

conhecimento poderia ter sido evitado. Haverá ainda reflexos na fundamentação da culpabilidade; c) legitimação dos crimes de perigo abstrato, por estarem compreendidos no conjunto dos elementos sociais que determinam a sua identidade, desde que, com eles, não se pretenda punir meros casos de preparação. Mas este não é o lugar, nem o momento para tratarmos da crise da dogmática e, por isso, é preciso retomar a exposição relativamente ao que aconteceu a partir da ruptura com o modelo retribucionista.

Os anos setenta e os primeiros dos oitenta foram marcados por três grandes movimentos de política criminal, dois deles que se substituíam ao retribucionismo e um terceiro que o fazia sobreviver sob o pomposo nome de movimento de lei e ordem.

Na Aula Inaugural que ministramos na UERJ em 1983, fizemos o primeiro exame desses movimentos. Mais tarde, em 1986, esse exame foi aprofundado no estudo "Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo", em folheto publicado pelas Faculdades Integradas Bennett. A versão definitiva foi publicada na Espanha, em dezembro do mesmo ano.¹⁵

Tais movimentos eram os da Novíssima Defesa Social, da Política Criminal Alternativa e os Movimentos de Lei e Ordem.

Hoje, esses movimentos evoluíram, absorveram idéias novas e se combinaram entre si, de uma forma tão íntima, que não é mais possível reconhecê-los em sua pureza original.

Contemporaneamente, o pensamento político-criminal se divide, também, por três vertentes, denominadas: ressocializadora, abolicionista e garantista. Examinaremos, a seguir, cada uma delas.

A corrente ressocializadora é de todas a mais antiga e fruto de maior evolução. Diferentemente do retribucionismo, o movimento da ressocialização parte da idéia de que o Direito Penal exerce uma função preventiva, de real proteção da sociedade. Ela busca, através principalmente da pena privativa de liberdade, promover a reinserção social dos condenados, com o objetivo de reduzir a taxa de reincidência. Vincula-se, portanto, à idéia de prevenção especial. Essa função ressocializadora possuiria, por isso, o condão de legitimar o Direito Penal.

A idéia de ressocialização, como já ficou dito, é antiga, deitando suas raízes no pensamento da Escola Positiva, que supunha que o crime tivesse suas causas exclusivamente no homem e, portanto, se a ele fossem aplicados meios científicos de tratamento, essas causas poderiam desaparecer. Nas origens, a Escola Positiva chegou ao extremo de pretender a substituição da pena pelas medidas de segurança, uma vez que essas, por sua indeterminação, estariam mais aptas a promover a

¹⁵ João Marcello de Araujo Junior: "Los grandes movimientos actuales de política criminal (aspectos)", in Boletín de Información del Ministerio de Justicia, ano XL, nº 1.493, Madrid, 1986, p. 3 e ss.

ressocialização, que, ao tempo, se chamava “recuperação do criminoso”. Essa corrente primitiva, salvo em alguns momentos na Escandinávia e nos Estados Unidos, não logrou acolhida.

Tal, entretanto, não ocorreu com o sistema misto composto por penas e medidas de segurança, no qual, também as penas passaram a ter finalidade de prevenção especial. Era o sistema da dupla via, que no Brasil, por influência italiana, se traduz pela denominação “duplo binário”. Esse sistema deu origem ao movimento da Nova Defesa Social, de que se cuidou em 1983, que prevaleceu, desde logo, principalmente na França e na Itália.

Na Alemanha, onde por mais tempo perdurou a idéia de retribuição, o sistema da dupla via somente veio a ser acolhido pelo Projeto Alternativo, em 1966, que fazendo nítida distinção entre penas e medidas de segurança e, conseqüentemente, entre culpabilidade e periculosidade, como ensinavam **Maurach** e **Zipf**, teve como conseqüência mais importante, a criação de estabelecimentos sociais terapêuticos, destinados a promover cientificamente a ressocialização ¹⁶.

A teoria ressocializadora não se limita, como na antiga teoria da prevenção especial, a uma atividade de intimidação. Ao contrário, opera através do oferecimento de meios ao condenado que o capacitem para uma futura vida em liberdade. Nessas condições, a busca da ressocialização passou a ser elemento essencial, aceito pela generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Como afirma **Silva Sánchez**, a teoria ressocializadora, entretanto, viveu, apenas, vinte anos de glória, durante os quais chegou a concentrar em si a idéia de legitimação do Direito Penal ¹⁷.

A decadência do pensamento ressocializador começou a ocorrer quando se descobriu a existência de certos crimes em que a ressocialização não é necessária ou não é possível, em razão das circunstâncias. Mas o motivo principal que levou ao descrédito da teoria foi o fenômeno da sua “absolutização”. A obsessão pela reinserção social do condenado levou o Sistema de Justiça Penal a uma atitude de violação de garantias, uma vez que rompeu a relação de proporcionalidade que deve existir entre o fato e a reação social. Daí a imposição de penas muito brandas ou muito severas, em desproporção com a realidade do fato praticado. Com isso, nasceu a ideologia do tratamento.

A realidade da vida demonstrou ser extremamente difícil promover-se a reforma do indivíduo para viver em liberdade, trancafiando-o numa prisão. Finalmente a última crítica à teoria da ressocialização inspirada na teoria do tratamento está em

¹⁶ **Reinhart Maurach e Hainz Zipf**: *Derecho Penal, parte general*, I; Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 102.

¹⁷ **Jesús María Silva Sánchez**: *ob. cit.*, p. 28.

que ela importa numa sutil, mas grave violação aos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que viola o seu direito de ser diferente, ao impor uma ressocialização que ele não deseja. Aliás, ressocializar a que sociedade? Àquela que o marginalizou ou à outra? Não seria o caso de ressocializar-se, primeiro, a sociedade?

Por tudo isso, a ideologia do tratamento falhou e se torna necessário demonstrar como os cientistas chegaram a essa conclusão, uma vez que no Brasil, a ideologia do tratamento, que é a síntese da teoria da ressocialização, continua muito arraigada na mentalidade dos penalistas.

A “ideologia do tratamento” surgiu nos Estados Unidos nos primeiros decênios do século atual e pretendeu, como já ficou dito, através das ciências humanas, resolver o problema da criminalidade, solucionando o do criminoso. A ideologia do tratamento emigrou dos Estados Unidos para a Europa, por via dos países escandinavos e, daí, para o resto do mundo.

Baseava-se num sentimento humanitário em relação a membros das classes sociais mais débeis que, em razão da pobreza (que se pensava ser o principal fator criminógeno), tinham dificuldades de integração social e, por isso, delinqüiam.

Tais idéias prosperaram por suporem que poderiam ser ministradas, com proveito, “técnicas terapêuticas” capazes de “reformatar” o homem condenado, tornando-o mais apto à reinserção social.

A **ideologia do tratamento**, com seu mito médico, expressão criada pelos peritos britânicos **Sinclair** e **Clark**, em relatório apresentado ao Conselho da Europa em 1973¹⁸, resultou, entretanto, num retumbante fiasco. A pesquisa empírica demonstrou que as taxas de reincidência não diminuíram. Mas a essa conclusão não se chegou da noite para o dia e foi preciso percorrer um longo caminho de investigação para que fosse aceita.

O fracasso dessa ideologia já havia sido antevisto, nos Estados Unidos, sua terra natal, por **Power** e **Withmer**, desde 1951¹⁹ e foi confirmado pelos estudos de **Robert Martinson** (1974)²⁰, autor do conhecido “nada funciona” (*nothing works*). Os trabalhos realizados no Canadá por **Denis Szabo** (1980)²¹,

¹⁸ “Rapport sur les méthodes d'évaluation et de planification de la criminalité”, redigido em 1972 e apresentado ao Conselho da Europa em 28/30 de novembro de 1973; em “Deviance, Cahiers de l'Institut de Criminologie de Paris”, n° 1, 1974, pág. 17.

¹⁹ **E. Power** e **H. T. Withmer**: *An experiment in the prevention of delinquency*, New York, the Cambridge-Sommerville, Youth Study, Columbia University Press, 1951.

²⁰ *What Works? Questions and answers about prison reform*, New York, The Public Interest, Spring, 1974.

²¹ “Au milieu de l'affrontement des doctrines criminologiques”; em *La Criminologie, bilan et perspectives* (Mélanges Pinatel), Paris, Ed. A Pedone, 1980.

Maurice Cusson (1983)²² e **Marc le Blanc (1988)**²³ confirmaram os de seus colegas americanos. Foi, entretanto, o X Congresso Internacional de Criminologia (Hamburgo, 1988) que lançou a pá de cal sobre a ideologia do tratamento.

Na Europa, a situação não foi diferente, tanto assim, que os pesquisadores, de forma mordaz, afirmavam que o sucesso penitenciário dependia mais das “qualidades” do diretor da prisão, do que do “tipo de tratamento aplicado”. Daí sustentar **Rupert Cross**, citado pelo vice-presidente da Sociedade Britânica de Criminologia **Hall Williams**, que “é chegado o momento de abandonar a crença de que a prisão pode reformar”²⁴.

Tanto o que afirmamos é verdade, que, como se pode ver de **Antilla**²⁵, até nos países escandinavos, sempre apontados como modelares em matéria prisional, as experiências com os “estabelecimentos sociais terapêuticos” foram abandonadas, como se pode ler no recente livro de **Raimo Lahti e Kimmo Noutio**²⁶.

O mesmo ocorreu na França e está dito nas, também, recentes obras de **Léauté**²⁷, **Négrier-Dormont**²⁸ e **Pradel**²⁹.

No Brasil, o assunto foi tratado no Colóquio **Marc Ancel (1990)**, sendo o fracasso da ideologia do tratamento reconhecido pela unanimidade dos participantes, tanto estrangeiros como brasileiros³⁰.

Esta é, portanto, a situação atual da teoria da ressocialização inspirada na ideologia do tratamento. Embora tenha perdido sua capacidade de legitimar o Direito Penal subjetivo, mantém alguns efeitos, isto porque, enquanto existir a pena privativa de liberdade, a sociedade não poderá renunciar a uma possibilidade de ressocialização, que melhor seria chamar-se socialização, porém não com caráter compulsório, como na ideologia do tratamento.

²² *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983.

²³ Conferência pronunciada durante o X Congresso Internacional de Criminologia (Hamburgo, 1987), publicada, também, na “Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique”, nº 1, 1988, págs. 11/35.

²⁴ Em *Criminologie, bilan et perspectives* (Mélanges Pinatel), Paris, Ed. A. Pedone, 1980, págs. 161/173.

²⁵ **Inkiri Antilla**: “La ideologia del control del delito en Escandinávia. Tendencias actuales”, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, p. 143/155.

²⁶ *Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law*, Helsinki, 1990.

²⁷ **Jacques Léauté**: *Les Prisons*, Paris, Cujas, 1990.

²⁸ **Lygia Négrier-Dormont**: *Le Criminologue dans la cité - Essai de criminologie sur l'acte, l'actuel, et les postulats de Droits de l'Homme*, La Garenne-colombes, Éditions Européennes ERASME, 1990.

²⁹ **Jean Pradel**: *Droit Pénal*, Paris, Cujas, 1992.

³⁰ **João Marcello de Araujo Junior (Org.)**: *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, 2ª ed.; Revan, Rio de Janeiro, 1992.

Contemporaneamente, não se atribui à pena nenhuma finalidade psicológica ou terapêutica. As “esperanças” que acompanham a pena são secundárias, pois a relação que se estabelece entre o crime e a pena é, apenas, a de uma irracional seqüência de dois males. O Direito Penal contemporâneo entende que a única relação racional que pode existir entre o crime e a pena é ser esta uma resposta que confirma a vigência e a utilidade da norma violada pela conduta do criminoso. Num Direito Penal funcional, que começa a se impor em certos pontos, a atividade socializadora é secundária e consiste na colocação, à disposição do condenado, do maior número possível de condições que permitam a este, voluntariamente, tratar-se para não voltar a delinquir.

A segunda vertente de política criminal atual é o abolicionismo.

O movimento da Política Criminal Alternativa dos anos 80 evoluiu para uma posição radical que se denomina Abolicionismo. O Abolicionismo, como seu nome indica, prega a abolição do Direito Penal e sua substituição por outras formas não punitivas de solução dos conflitos.

O Abolicionismo surgiu e predominou nos Estados Unidos, na Holanda e nos Países escandinavos, ou seja, naqueles países onde a ideologia do tratamento foi mais atuante, e logo em seguida às primeiras constatações do fracasso da idéia ressocializadora. Ele foi, também, fruto da Criminologia Crítica.

O Abolicionismo busca substituir o sistema penal, por uma forma diferente de solução dos conflitos de natureza privada e arbitral. Trata-se, em suma, de uma proposta que deixa nas mãos da sociedade a solução das chamadas “situações problemáticas” e pode ser sintetizada no famoso exemplo criado por **Hulsman**: “num apartamento moravam cinco estudantes, um dos quais quebrou o aparelho de televisão. Cada um dos outros quatro reagiu de uma maneira diferente diante do fato. Um propôs castigar o colega (modelo punitivo); outro que ele pagasse pelo dano causado (modelo compensatório); o terceiro achava que o colega tinha enlouquecido e que, por isso, devia ser submetido a tratamento (modelo terapêutico); o último por fim, entendia que todos deveriam fazer um exame de consciência para se descobrir os motivos pelos quais haviam chegado àquela situação”. **Hulsman** se inclina por essa última solução, que seria a abolicionista³¹.

O Abolicionismo declara a inutilidade da pena privativa de liberdade, seja como instrumento de controle social, seja como meio de promover a reintegração social do condenado. Além disso, vê na prisão um simples “ferro de marcar”, utilizado para oprimir e marginalizar.

A tese abolicionista é sedutora e possui o mérito de ser um importante esforço em favor da humanização do sistema penal, pois deixa à mostra os seus aspectos

³¹ Louk Hulsman e Jacqueline Bernart de Celis: *Peines Perdues, le système pénal en question*; Paris, Centurion, 1982, p. 98.

negativos, entretanto, como afirma **Ferrajoli**, “o abolicionismo penal - quaisquer que sejam os intentos libertários e humanitários que possam animá-lo - se configura como uma utopia regressiva elaborada sobre o pressuposto ilusório de uma sociedade boa ou de um Estado bom, que se utiliza de instrumentos de vigilância desregulamentados ou autorregulados...”³². Daí a sátira de **Hassemer**, quando afirma que “quem pretender abolir o direito Penal, a única coisa que deseja é afugentar o diabo com Belzebu”³³.

Iniciando a abordagem da corrente **garantista**, **Silva Sánchez** assim se expressa: “A decepção com o “ideal ressocializador” - com seus problemas de factibilidade e licitude - para legitimar por si só o exercício do *jus puniendi* e o rechaço categórico dos excessos da denominada “ideologia do tratamento” propiciaram o aparecimento de opções alternativas cujo propósito fundamental é acentuar o papel das garantias formais. Essas tendências partem da aceitação de que o que legitima o Direito Penal é basicamente a prevenção geral do delito, sempre que esta tenha lugar respeitando as garantias do Estado de Direito, verdadeira “Magna Carta” do delinqüente”³⁴.

O garantismo entende que o Direito Penal somente se legitima se atuar sobre o estado de liberdade do indivíduo sob um rigoroso controle do poder do Estado, atuação essa que deverá respeitar estritamente os princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, tudo tendo por base a culpabilidade e o fato cometido, e não a conduta da vida do agente.

Essa nova vertente político-criminal tem sido criticada, por não ser o sistema de garantias formais suficiente para legitimar o Direito Penal. Seria necessário que juntamente com as garantias formais fossem introduzidas novas exigências de conteúdo, de modo a conciliar as necessidades de proteção da sociedade com as garantias individuais, através de uma maior humanização do sistema penal.

Feitas essas observações históricas e críticas da política criminal atual, deveremos tratar, agora, das tendências para o futuro.

Acreditamos que, a despeito da onda neocriminalizadora do momento presente, esta deverá ser contida num futuro muito próximo, pois em verdade a inflação criminalizadora muitas vezes é empregada com finalidades puramente cosméticas. O legislador sabe que não é através da criminalização que serão resolvidos os grandes problemas sociais do nosso tempo. Mesmo assim, novas leis penais são editadas, apenas para satisfazer uma aparente necessidade de aplacar a opinião pública.

Essa onda certamente passará e em seu lugar surgirá o chamado “Direito Penal Mínimo”. Este parte do princípio de que sendo a pena uma “amarga necessidade”

³² **Ferrajoli**: *Poder y Control*, nº 0, 1986, p. 43.

³³ **Hassemer**: *Fundamentos*, p. 400, *apud* Silva Sánchez, *ob. cit.*, p. 25.

³⁴ **Jesús María Silva Sánchez**: *ob. cit.*, p. 34.

deverá ser aplicada dentro dos rigorosos limites da necessidade e, além disso, o rol dos crimes deverá ser reduzido à proteção dos bens jurídicos fundamentais, ou, como querem os funcionalistas, a garantir a identidade normativa da sociedade, indispensável à manutenção da convivência, ou seja, deverá ser evitada a “violência social informal”. É nesse sentido que deve ser entendido o princípio da “intervenção mínima”.

No Direito Penal Mínimo todas as garantias formais deverão ser respeitadas e, com ele, será exercida uma dupla função preventiva geral, a saber: o cometimento de crimes e o exercício de reações punitivas por parte dos indivíduos vitimados, em geral arbitrárias e desproporcionais. Os destinatários das normas devem se sentir protegidos duplamente: contra a ação criminosa do delinqüente e contra a ação desproporcionada e ilegítima do Estado. Um Direito Penal assim concebido se legitima, por ser instrumento de minimização da violência no seio da sociedade.

Com **Ferrajoli** podemos dizer que o Direito Penal Mínimo se caracterizará “pela máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e pela rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva”.

Esse Direito Penal Mínimo não terá sua eficácia vinculada à idéia de prevenção geral e especial negativa. Esse conceito deve ser esclarecido. Vejamos.

Tradicionalmente, a idéia de prevenção importava na intimidação. A crença na eficácia da intimidação dos potenciais criminosos contribuiu para o surgimento de um Direito Penal do terror, com longas penas privativas de liberdade, prisão perpétua, pena de morte, cuja execução era pública, com requintes de crueldade e precedida de tortura. Mais tarde, já nos começos do século XIX, passou-se a entender a prevenção como “ameaça penal”, daí a teoria da coação psicológica de que tratou **Feuerbach**. Esta consistia também na intimidação, não mediante terror, mas mediante o sentimento de desprazer ou de medo que o mal da pena gerava.

A essa forma de entender a prevenção dá-se o nome de “prevenção geral ou especial negativa”.

Para o Direito Penal Mínimo, entretanto, o sentido da prevenção se inverte. Trata-se de obter o mesmo efeito preventivo através da “tutela das expectativas da comunidade com a manutenção da validade da norma infringida”. Essa mudança de sinal da prevenção, que passa de negativo para positivo, como afirma **Figueiredo Dias**, deixa de ter em vista os potenciais criminosos para dirigir-se a todos os cidadãos ³⁵.

Com a pena fundamentada numa idéia de prevenção positiva o que se pretende assegurar é o restabelecimento e a manutenção da paz pública perturbada pelo

³⁵ **Jorge de Figueiredo Dias**: *ob. cit.*, p. 228.

cometimento do crime, através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, no respeito pelos comandos jurídico-penais, ou na palavra de **Jakobs**, o que se busca é a estabilização das expectativas comunitárias de validade e vigência da norma violada ³⁶.

A prevenção positiva, além de se caracterizar como uma força moralizadora, importa também na confirmação da fidelidade ao direito ou, em outras palavras, na estabilização das expectativas do ordenamento jurídico, sendo portanto um agente de integração social, legitimando o Direito penal.

Além do mais, a idéia de prevenção positiva é a que melhor se ajusta ao modelo do Estado de Direito Democrático. Este como ensina **Mir Puig** “deve apoiar o seu Direito Penal no consenso dos cidadãos, pelo que a prevenção geral não pode ser perseguida através da mera intimidação, que supõe a ameaça da pena para os possíveis delinquentes, antes deve ter lugar satisfazendo a consciência jurídica geral, mediante a afirmação das valorações da sociedade”³⁷.

Por tudo isso, o Direito Penal Mínimo do futuro, partindo de uma construção inovadora do sistema jurídico-penal, buscará a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas, pois a convivência requer uma certa segurança e estabilidade das expectativas de cada indivíduo frente ao comportamento dos demais. Por isso, as normas jurídicas devem ter validade independentemente de seu cumprimento real, pois servem de orientação para conduta individual nas relações de convivência. Mesmo que essas normas sejam violadas, ainda assim, a confiança na validade e vigência delas não pode ser abalada sob pena de tornar impossível a convivência. Por isso, a pena se destina a reforçar em todos os membros da comunidade a idéia de confiança na validade e vigência das normas e a certeza de que cada pessoa cumprirá o seu papel.

Estas são algumas das características fundamentais do Direito Penal contemporâneo e as mais prováveis perspectivas para o futuro.

³⁶ **Günther Jakobs**: *Schuld und Prävention*, p. 10 e 31, *apud* **Anabela Rodrigues**: *ob. cit.*, p. 321.

³⁷ **Santiago Mir Puig**: *Función de la pena y teoría del delito en estado social y democrático de derecho*; Barcelona, 1982, p. 30 e 31.

(*) Texto adaptado da Aula Magna pronunciada no dia 20 de fevereiro de 1997, na abertura do ano letivo da Faculdade de Direito da UNIGRANRIO. A presente publicação é dedicada ao meu querido Amigo, Procurador de Justiça, Adolpho Lerner, um homem que “sabe das coisas”, que aprendi a admirar pessoalmente, e a quem muito devo.

(***) **João Marcello de Araujo Junior** é Procurador de Justiça (aposentado) no Estado do Rio de Janeiro, Professor Convidado de Direito Penal da UNIGRANRIO; Doutor em Direito e Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Peru). Professor Convidado das Universidades de: Pau e da Região do Adour (França), Castilla La-Mancha, Alcalá, Salamanca e San Sebastián (Espanha), Gdansk (Polônia), Católica de Santiago e Valparaíso (Chile), Católica de Montevidéu (Uruguai), Buenos Aires e do Litoral (Argentina), Inca Garcilaso de la Vega (Peru), Federal do Rio de Janeiro, Federal do Paraná, Federal do Rio Grande do Sul, Estadual de Maringá, Estadual de Londrina, Católica do Rio Grande do Sul; Secretário Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Pénal; Diretor do Centro Internazionale Richerche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Itália); Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies (USA).