

**O DIREITO PENAL COMO CÁPSULA DE
CONTENÇÃO DA GUERRA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
CONSTRUINDO OS PRESSUPOSTOS PARA
A COMPREENSÃO (HERMENÊUTICA) DO
DIREITO À PROTEÇÃO (ALEXY)**

**PENAL LAW AS A WAR CONTROL CAPSULE
IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW:
BUILDING THE BASIS FOR THE (HERMENEUTIC)
COMPREHENSION OF THE RIGHT TO
PROTECTION (ALEXY)**

*Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**
*Wilson Engelmann***
*André Luis Callegari****

* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); mestre em Direito Público pela Unisinos; professor da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) e Unisinos; advogado. Contato: madwermuth@gmail.com

** Doutor, mestre e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); professor da Unisinos; líder do Grupo de Pesquisa Jusnano (CNPq/Unisinos). Contato: wengelmann@unisinos.br

*** Doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autónoma de Madrid (2001); doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México); advogado; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989); especialista em Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) (1991); vice-presidente acadêmico do Instituto Ibero-Americano de Derecho Penal (México); professor visitante do Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México); professor visitante na Cátedra Latino-Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia; professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Contato: acallegari@unisinos.br

RESUMO

As políticas criminais contemporâneas, inspiradas por discursos de índole essencialmente repressivista, podem ser consideradas como políticas simbólicas de endurecimento do combate ao crime, decorrentes de uma apropriação política dos discursos midiáticos que transformam a criminalidade em uma rentável “mercadoria”. Isso pode ser considerado como um “desvio” da forma como se estruturam, no plano dos pressupostos conceituais, a política criminal e a atividade punitiva do Estado. Esse desvio representa uma séria ameaça aos direitos humanos, a demonstrar a premência da construção de uma política criminal consentânea com os postulados do Estado Democrático de Direito, o que perpassa pela retomada da noção de centralidade dos direitos humanos, nos moldes projetados por Robert Alexy, de forma a conter a violência estrutural e a desigualdade.

Palavras-chave: Política criminal. Mídia. Direitos humanos. Proteção.

ABSTRACT

The current criminal policies, inspired by essentially repressive discourses, may be considered as symbolic policies on rigorous measures against crime, due to a political appropriation of mediatic discourses, which transform criminality into profitable “market product”. Such transformation can be considered as some sort of “deviation” from the form in which are structured, conceptually, the criminal policy and the punitive activity of the State. And this deviation represents a serious threat to the Human Rights, demonstrating the prominent criminal policy congruent with the principles of the Democratic State of Law, which implies reconsidering the notion of human rights centrality, according to the molds proposed by Robert Alexy, so that it could be possible to curb structural violence and inequality.

Keywords: Criminal policy. Media. Human rights. Protection.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da Constituição da República de 1988, estabeleceu-se, na sociedade brasileira, uma mudança significativa de concepções acerca do mundo circundante. Uma das mais significativas está grafada logo no início do seu texto, ao assinalar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, oficialmente instalado no Brasil a partir da sua promulgação. Não se trata simplesmente de uma nova Constituição, mas de um texto, carente, em seu conteúdo, de atribuição de sentido para que o projeto de sociedade nela inscrita efetivamente possa ganhar a realidade, transformando-a.

O Direito, um dos principais veículos dessa (r)evolução paradigmática social-constitucional, assume um lugar de destaque e, com ele, todas as suas formas de expressão (as suas fontes). Há um movimento radical de mudança, que se instala gradativamente, ou seja, “[...] a paisagem ainda inscrita em nossas memórias não desapareceu, mas seus componentes se dispersaram”.¹ Aí está o núcleo do desafio trazido com a nova Constituição: instalar o aprendizado da memória no horizonte histórico onde se projetará a pré-compreensão para a movimentação do círculo hermenêutico, tendente à atribuição de sentido aos princípios, valores e regras insculpidos no texto constitucional. Não se trata de abandonar a memória da experiência aprendida até o momento, mas de utilizá-la para a definição de novos componentes, fundamentos, objetivos e diretrizes a serem instalados na sociedade agora batizada de democrática, por meio do viés de sustentação assegurada pelo Direito, que não é simplesmente um “plus”, mas a sua espinha dorsal.

Ocorre que, na linha de atuação que se verifica na política criminal atual, ainda se percebe um forte resquício da época ditatorial, quando a repressão e o endurecimento da persecução criminal eram os dois principais focos de respostas dadas pela sociedade, e o Direito às condutas que não se amoldavam ao perfil desenhado pelas normas jurídicas desenvolvidas nesse contexto, percebendo-se, em muitas situações, um forte conteúdo de discriminação sociorracial na atuação prática dos órgãos que integram o sistema punitivo brasileiro, particularmente das corporações policiais. Por isso, dever-se-á trazer à memória a mencionada dispersão dos componentes, ou seja, o contexto social-político-jurídico mudou, desinstalou-se, a fim de dar lugar

a outro. No mundo circundante, onde cada ser humano e instituição estão inseridos, será necessária a percepção e incorporação de um fenômeno tríplice:

[...] de *retirada de marcos*, de *surgimento de fontes* novas que acabariam relegando o Estado e a lei à categoria de acessórios e de *deslocamento das linhas* que modificam o plano de composição, de modo que as pirâmides, ainda inacabadas, fiquem como que cercadas de anéis estranhos que escarnecem do velho princípio da hierarquia² (Os destaques estão no original).

É no movimento tríplice do fenômeno de instalação de uma sociedade democrática, sustentada pelo Direito, que se projetará o círculo hermenêutico de produção do sentido dos pilares projetados pelo legislador constituinte. Para tanto, os antigos marcos normativos deverão ser deslocados ou substituídos, abrindo-se o espaço para a emergência de novas formas de expressão (fontes) do Direito. Elas, ao invés de estarem situadas no ordenamento jurídico hierarquicamente, serão dispostas horizontalmente, favorecendo o diálogo inter e transdisciplinar, por meio de redes em constante ponto de mutação.

Assim, ter-se-á também um novo cenário para o planejamento e execução da política criminal: ela tem “[...] por objeto permanente garantir a coesão e a sobrevivência do corpo social, respondendo à necessidade de segurança das pessoas e dos bens”.³ A partir desse escopo, “[...] no mundo moderno, as escolhas de política criminal – quer se trate de delimitar o fenômeno criminal ou de definir as respostas a este fenômeno – se orientam de forma diferente conforme essa necessidade de segurança seja apreciada, sentida, compreendida por meio de um ou outro valor considerado fundamental”.⁴ É justamente esse viés substancial que se considera adequado constitucionalmente e em sintonia com o projeto de sociedade projetado no período que antecedeu a promulgação da Constituição da República.

A eleição dos valores que orientarão a estrutura da política criminal requer serenidade e seriedade na deliberação. Por isso, incompatível com atropelos e impulsos irracionais promovidos pela sociedade. Muitas vezes, especialmente no Brasil recente, tem-se observado esse tipo de decisão precipitada, no calor da emoção, colocando

em risco o trinômio: igualdade, liberdade e autoridade. Sem se fazer uma ordem prioritária, não se deve esquecer de que os três valores são fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito e a precária análise de um deles compromete a força de sustentação dos demais. Um desses desvios ocorre com base em do momento em que os referidos valores são apropriados pela política, a partir de referenciais produzidos pelo discurso midiático, sem uma ponderação isenta e racional, jogando-os para o centro do senso comum social, numa panaceia equivocada e sinalizando que a única forma de protegê-los é por meio do endurecimento das penas e outras medidas repressivas. Com isso, projeta-se uma “política criminal” parcial e sem atender aos requisitos essenciais que deveria observar.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar, em um primeiro momento, os “desvios” que se apresentam, diante do processo de expansão do Direito Penal, na política criminal e na atividade punitiva do Estado. Por fim, buscam-se apresentar alternativas aos sobreditos “desvios” da atividade punitiva do Estado a partir da noção de centralidade dos direitos humanos para uma política criminal consentânea com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A construção do artigo será orientada pelo método fenomenológico-hermenêutico,⁵ inspirado nas lições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, considerando-se que o tema das políticas de endurecimento do combate à criminalidade, permeadas por discursos midiáticos, encontra-se na sociedade onde os pesquisadores (autores do artigo) estão inseridos, portanto não há cisão entre o sujeito (o pesquisador) e o objeto de estudo do artigo. E mais: na perspectiva do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão, que está conectada à interpretação e aplicação do Direito, o mencionado contexto – a situação fática vivenciada pela sociedade brasileira e mundial – deverá receber a atribuição de sentido, para viabilizar a construção de uma resposta hermeneuticamente orientada na salvaguarda dos direitos humanos, materializados por meio do direito à proteção.

O PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: DA SOCIEDADE DE RISCO AOS RISCOS ÀS GARANTIAS

A preocupação com o enfrentamento aos riscos representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade é senso comum no discurso jurídico-penal contemporâneo, sobremaneira após os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos albores deste novo século, que suscitaram a discussão sobre a capacidade dos Poderes Públicos em dar respostas efetivas a esses problemas, desembocando, invariavelmente, em respostas de índole punitiva. Em um modelo social intitulado de Sociedade de Risco – expressão desenvolvida por Ulrich Beck⁶ (1998) –, dita discussão alcança ainda maior relevância. Com efeito, a par da economia rapidamente variante e dos constantes avanços tecnológicos que nos proporcionam um aumento do conforto e do bem-estar, surge o aspecto negativo desse modelo de sociedade: o incremento dos riscos a que todos estão constantemente submetidos.

Em um contexto tal, a necessidade (!?) de expansão do raio de intervenção do Direito Penal – com a consequente flexibilização dos princípios e garantias que davam sustentação à sua teorização liberal em nome de uma maior eficiência no combate à criminalidade – orienta os debates, vicejando cada vez mais a tese de que o endurecimento das leis e medidas punitivas é imprescindível para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que em detrimento dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos. Quer dizer: *os riscos que orientam o processo expansivo do Direito Penal implicam um risco às garantias penais liberais.*

A postura teórica do jurista alemão Günther Jakobs⁷ é ilustrativa do até aqui exposto. Defende o autor que o combate efetivo a algumas formas de criminalidade somente se viabiliza na medida em que haja uma diferenciação no trato daqueles que podem ser *considerados* como cidadãos, e aqueles que só podem ser *enfrentados* como *inimigos* do Estado, pois das suas regras se afastaram definitivamente, por exemplo, no caso dos indivíduos pertencentes ao crime organizado. Nessa perspectiva, defende-se que também devem existir duas formas de Direito Penal: um para ser aplicado especificamente aos cidadãos – marcado

pelas garantias penais e processuais –, e outro para ser aplicado especificamente aos inimigos – no qual há uma extensa antecipação das proibições penais sem nenhuma redução da pena cominada, assim como uma grande restrição das garantias processuais características de um Estado Democrático de Direito. Isso porque, nessa perspectiva, os inimigos não podem ser tratados como pessoas, mas sim combatidos como não pessoas, pois o tipo de criminalidade por eles levada a cabo denota que não aceitam participar de uma sociedade civilizada. Em outras palavras: não é outra a função do Direito Penal do inimigo senão eliminar o perigo representado pelos indivíduos (não pessoas) que se encontram fora da ordem social estabelecida.

Discute-se se a postura teórica de Jakobs é apenas descritiva ou legitimadora de um modelo tal de intervenção punitiva. Mas o fato é que, na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, verifica-se o surgimento de múltiplas figuras típicas novas e, não raro, surgem setores inteiros de regulação. Além disso, constata-se uma atividade de reforma dos tipos penais já existentes, no sentido de tornar mais severas as consequências da prática delitiva. Silva Sanchez,⁸ atento a essa realidade, prefere falar em um Direito Penal de “velocidades” diferenciadas.

Não se pode deixar de observar que as mudanças recentemente experimentadas pelo Direito Penal são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na fase de criação ou concepção legislativa, uma vez que os *mass media* não são somente *transmissores* de opiniões e impressões, mas também *delineadores* dos limites de determinados problemas e até mesmo *criadores* de certos problemas. Isso decorre do fato de que os casos mais dramáticos, por significarem mais audiência, são divulgados *ad nauseam*, formando uma opinião pública acerca do crime e da criminalidade lastreada em discursos falaciosos gerados a partir da apresentação de casos *sui generis*, como se fossem corriqueiros.⁹

Uma das chaves da compreensão desta forte vinculação entre mídia e sistema penal pode ser buscada justamente no comprometimento das empresas que exploram o negócio das telecomunicações com o empreendimento neoliberal, o que implica a criação de determinadas crenças e a consequente ocultação de informações que as desmintam.

Nesse rumo, apresenta-se a pena como um rito sagrado de solução de conflitos, como panaceia universal, cujo efeito principal – conforme lembra Baratta¹⁰ – é o *exorcismo*.

Por outro lado, a constante exibição, na mídia, de imagens de agressões, roubos, assaltos, homicídios etc. cria uma sensação difusa de medo e insegurança, fazendo com que a população, a partir de um processo de “importação” de discursos repressivistas gestados para atender a outros tipos de realidade social, aumente o clamor pelo recrudescimento da intervenção punitiva em nome de “mais segurança”.

Isso reflete em uma pressão popular sobre os poderes públicos, no sentido de que sejam buscadas soluções rápidas e eficientes para o problema da “sempre crescente criminalidade”. E os Poderes Públicos, sabendo dos efeitos políticos positivos decorrentes do atendimento a essas demandas, respondem mediante promessas legislativas de intervenções penais mais duras e radicais e, não raro, verifica-se que os Poderes Públicos, inclusive, fomentam a criação de uma atmosfera de medo e insegurança em relação a determinados fatos, no intento de conseguir facilitar a aprovação de reformas legislativas ou impulsionar a população na demanda por leis mais duras.

Trata-se, em última instância, de uma utilização do Direito Penal como “arma política”, como um “instrumento de comunicação” por meio do qual os Poderes Públicos deixam de se preocupar com o que pode ser *feito* de melhor para se preocupar com o que pode ser *transmitido* de melhor, até porque, caso não admitam as demandas populares em prol do recrudescimento punitivo, correm o risco de perder sua clientela eleitoral e/ou serem vistos como antiquados ou “fora de moda”. Agindo de acordo com as demandas, os Poderes Públicos conseguem obter capital político por meio da demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal.¹¹

Nesse contexto, o Direito Penal se expande e se rearma como resposta aos medos e inseguranças da população, assumindo algumas características principais que podem ser assim sintetizadas:

- a) em decorrência do medo de tornar-se uma delas, verifica-se uma maior identificação da população com as vítimas da criminalidade; olvida-se, assim, o papel do Direito Penal como

um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal para compreendê-lo como uma “Magna Carta da Vítima”;

- b) surge um crescente processo de *politização* do Direito Penal, a partir de uma concepção política da noção de segurança; isso representa uma simplificação do discurso político - criminal, que passa a oscilar ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas sérios e efetivos de política criminal;
- c) constata-se uma maior instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo, ou seja, uma utilização do Direito Penal como instrumento preventivo em lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente delimitado; assim, torna-se possível falar em uma gestão punitiva dos riscos em geral;
- d) vislumbra-se uma crescente utilização, na elaboração legislativa, de estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem um resultado material lesivo, como consequência da concepção do Direito Penal como instrumento de prevenção de riscos;
- e) há um despreço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança que permeia as relações sociais na contemporaneidade.

O contexto social no qual se produzem os novos sentimentos de insegurança e consequente expansão do Direito Penal coincide com o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, que redundava em uma desigualdade social que cada vez mais se agudiza. O processo de globalização coloca-se como o contraponto das políticas do *Welfare State*, visto que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho.

Como destaca Faria,¹² os ganhos da produtividade são obtidos à custa da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho convencional, o que resulta em uma espécie de *simbiose* entre a marginalidade econômica e a marginalidade social.

Com efeito, uma das principais consequências da globalização, apontada por Pérez Cepeda,¹³ é justamente o surgimento de um “mundo mercantil” onde as pessoas pertencem ou não a uma única classe, qual seja, a classe *consumidora*. Bauman (1999) atribui dita polarização social a consumidores/não consumidores ao fato de que, ao contrário da sociedade predecessora, qual seja, a sociedade moderna, a sociedade da segunda modernidade – usando-se a classificação de Ulrich Beck¹⁴ – não engaja seus membros como “produtores” ou “soldados”, visto que ela prescinde de mão de obra industrial em massa ou de exércitos recrutados. É por isso que o engajamento de seus cidadãos, na contemporaneidade, se dá na condição de *consumidores*. Assim, a maneira por excelência de a sociedade atual moldar seus membros é ditada pela sua capacidade de desempenhar o papel de consumidores.

No entanto, deve-se levar em consideração o fato de que

[...] todo mundo pode ser *lançado* na moda do consumo; todo mundo pode *desejar* ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo *pode* ser um consumidor. Desejar não basta; para tornar o desejo realmente desejável e assim extrair prazer do desejo, deve-se ter uma esperança racional de chegar mais perto do objeto desejado. Essa esperança, racionalmente alimentada por alguns, é fútil para muitos outros. Todos nós estamos condenados à vida de opções, mas nem todos temos os meios de ser optantes.¹⁵

Nessa lógica, ou o indivíduo é um consumidor, ou não é levado em consideração nas relações jurídico-econômicas. A capacidade de consumir converte-se em um critério de integração ou exclusão social, gerando polarização e assimetrias. É justamente em virtude disso que as desigualdades globais são cada vez mais evidentes, criando dois novos *status* de seres humanos: os incluídos em uma economia globalizada e flexibilizada, por um lado, e os *apátridas*, carentes de identidade como consequência de sua falta de competência ou de sua impossibilidade

para alcançar os mercados de consumo, por outro. Nessa lógica, o mercado converte-se no grande igualador e separador da sociedade.¹⁶

Essa nova polarização social resulta na dicotomia “aqueles que produzem risco” *versus* “aqueles que consomem segurança”, o que implica uma atualização do antagonismo de classes. E o modelo de controle social que se impõe, nesse contexto, é o de exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma *funcionalidade* para o modelo produtivo e que, por isso, constitui uma fonte permanente de riscos.¹⁷

Isso porque a já referida simbiose marginalidade econômica/social obriga o Estado a concentrar sua atuação na preservação da segurança e da ordem internas. Com isso, os marginalizados perdem progressivamente as condições materiais para o exercício dos direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos de segunda e terceira gerações. Eles se tornam “descartáveis”, vivendo sem leis protetoras garantidas efetivamente e condenados à marginalidade socioeconômica e a condições hobbesianas de existência. Não mais aparecem como detentores de direitos públicos subjetivos. Mas isso não significa que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais. Nesse contexto, as instituições judiciais do Estado assumem funções eminentemente punitivo-repressivas, em detrimento da proteção dos direitos civis e políticos e da garantia da eficácia dos direitos sociais.¹⁸

É nesse contexto que se desenvolvem e se legitimam campanhas político-normativas de Lei e Ordem que se fundamentam na hipersensibilização de alarmes sociais específicos e constituem “[...] políticas basadas en la represión férrea aplicada a ciertos espacios ciudadanos, la dureza de las sanciones, una cierta permisividad a la rudeza policial y en la búsqueda de la eficacia fundada en principios de represión/reactividad”.¹⁹

Essas políticas se concentram mais nas consequências do que nas causas da criminalidade e são responsáveis pelo surgimento de “[...] nuevas estrategias defendidas por la nueva criminología administrativa que pretenden la aplicación de una política de segregación represiva y punitiva de las poblaciones de riesgo”.²⁰

Dessa forma, o propalado êxito do programa de combate ao crime por meio da “tolerância zero” a toda e qualquer infração penal, antes da redução da criminalidade supostamente verificada a partir de sua aplicação, deve-se ao fato de que ele constitui a atitude, em termos de repressão penal, que melhor se amolda ao contexto mundial de enfraquecimento do Estado de bem-estar social diante do modelo de Estado mínimo neoliberal, no qual se pretende “[...] remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo”.²¹

Na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas como agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam as demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.

Torna-se, assim, possível a afirmação de que ditas campanhas punitivas constituem, antes de tudo, um mecanismo hábil de controle social e racial, que opera por meio de uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres – típicas do *Welfare State* – por estabelecimentos penais. Ou seja, a seletividade socioracial no âmbito penal constitui uma das armas de que o Estado neoliberal lança mão para manter sob controle a população economicamente hipossuficiente, a qual, abandonada pelo Estado (mínimo em se tratando dos setores social e econômico), busca, por meio da delinquência, a satisfação de seus desejos de consumo – largamente instigados pela mídia – e, conseqüentemente, de equiparação à população inserida no mercado.

O escopo desse controle, portanto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda, qual seja, “[...] a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência”.²²

Ressaltando a diferença entre os papéis assumidos pela prisão na contemporaneidade e na época do seu surgimento como sanção penal, Bauman²³ revela que, nos moldes de Bentham, fossem quais fossem seus outros propósitos imediatos, as casas panópticas de confinamento eram antes e acima de tudo *fábricas de trabalho disciplinado*. No entanto, essa busca por reintegração punitiva do apenado só faz sentido quando há trabalho a fazer. Ocorre que, na contemporaneidade, o capital, outrora ansioso em absorver quantidades de trabalho cada vez maiores,

[...] reage com nervosismo às notícias de que o desemprego está diminuindo; através dos plenipotenciários do mercado de ações, ele premia as empresas que demitem e reduzem os postos de trabalho. Nessas condições, o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras da mão-de-obra produtiva quando falham os métodos 'voluntários' comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particularmente rebeldes e relutantes de 'homens livres'. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes *uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho 'ao qual se reintegrar'.²⁴

Na prática, portanto, a "tolerância zero" visa à retirada das ruas e à posterior neutralização daquela parcela da população que se mostra insubmissa em frente aos desígnios da configuração neoliberal do Estado, uma vez que a considera responsável pela desordem social e pela criminalidade que abala a classe que se adapta à lei do capital. Verifica-se, assim, como consequência da implementação da "tolerância zero", o estabelecimento de uma simbiose estrutural e funcional entre o gueto e a prisão, em que "[...] as duas instituições se interpenetram e se completam na medida em que ambas servem para garantir o confinamento de uma população estigmatizada por sua origem étnica e tida como supérflua tanto no plano econômico como no plano político".²⁵

Para Wacquant,²⁶ a integração gueto/prisão bem serve para ilustrar a função atribuída ao sistema penal pelas políticas de Lei e Ordem, qual seja, a de *isolar e neutralizar* a população que de nada serve à configuração atual da sociedade. Nesse sentido, torna-se possível a afirmação de que, se os campos de concentração "[...] serviram como laboratórios de uma sociedade totalitária nos quais foram explorados

os limites da submissão e servidão” e se as prisões panópticas “[...] serviram como laboratórios da sociedade industrial nos quais foram experimentados os limites da rotinização da ação humana”, as prisões contemporâneas constituem “[...] laboratórios da sociedade globalizada”, ou seja, locais onde “[...] são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugo da globalização e explorados os seus limites”.²⁷

Nesse contexto, passa-se a adotar a responsabilidade individual como mecanismo de “escolha” dos clientes do sistema penal, em detrimento da análise das causas da criminalidade por meio do ponto de vista sociológico, ao qual é reservada a alcunha de “desresponsabilizante”. Assim, as causas coletivas da criminalidade são

[...] relegadas ao nível de ‘desculpas’ a fim de melhor justificar sanções individuais, que, estando seguras de não ter influência sobre os mecanismos geradores de comportamentos delinquentes, são incapazes de ter outras funções senão a de reafirmar a autoridade do Estado no plano simbólico (com vistas a objetivos eleitorais) e reforçar seu setor penal no plano material, em detrimento de seu setor social.²⁸

De acordo com Garland,²⁹ em um ambiente tal, o crime passa a funcionar como legitimação retórica para políticas econômicas e sociais que punem a pobreza, dentro de um contexto de Estado disciplinador. Ao invés de indicar privação social, o crime passa a ser visto como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social deficiente, ou seja, como produto da lassidão na aplicação da lei, assim como de regimes punitivos lenientes, que abrem espaço para indivíduos perversos optarem, de forma racional, pela via delitativa, para satisfazerem as necessidades de suas personalidades antissociais.

Fala-se, aqui, em uma “teoria da escolha racional”, que revive uma explicação meramente utilitária da conduta criminoso:

[...] el modelo da la elección racional considera los actos delictivos como una conducta calculada que intenta maximizar los beneficios, como consecuencia de un proceso simple de elección individual. Este modelo representa el problema del delito como una cuestión de oferta y demanda, en el marco de la cual el castigo opera como un mecanismo de establecimiento de precios. Considera a los delincuentes como

oportunistas racionales o delincuentes profesionales cuya conducta es disuadida o desinhibida por la puesta en marcha de desincentivos, un enfoque que hace de las penalidades disuasivas un mecanismo evidente de reducción del delito.³⁰

Não há, portanto, como discutir os motivos que levam alguém a delinquir, uma vez que “[...] a justiça está aí para punir os culpados, indenizar os inocentes e defender os interesses dos cidadãos que respeitam a lei”.^{31 32} Nesse contexto, salienta Faria,³³ a concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é radicalmente alterada, de forma a torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo com o escopo de disseminar o medo e o conformismo em seu público-alvo.

No Brasil, isso resta evidenciado a partir da forma como ocorrem as incursões policiais nos bairros populares e o clima bélico que lhes subjaz, tornando possível equipará-las às invasões militares contra um território estrangeiro ou uma zona de guerra. Por meio dessas operações policiais, o Estado busca reafirmar sua autoridade com intensidade, e para esse objetivo vale tudo: tropas derrubando portas de casas e intimidando seus moradores ao atirar indiscriminadamente, escolas fechadas, humilhações públicas e prisões ilegais, execuções sumárias, restrições arbitrárias à livre circulação etc, tudo ao som de “cânticos de guerra” do tipo daqueles entoados pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia carioca, trazidos ao conhecimento do “grande público” por Soares *et al.*:³⁴

*Homem de preto,
qual é sua missão?
É invadir favela
e deixar corpo no chão.*

*Alegria, alegria,
sinto no meu coração,
pois já raiou um novo dia,
já vou cumprir minha missão.
Vou me infiltrar numa favela
com meu fuzil na mão,
vou combater o inimigo,
provocar destruição.*

Nesse sentido, pode-se afirmar que a ética deslegitimante do sistema penal brasileiro se estabelece principalmente a partir da percepção dos próprios *atos* decorrentes da atuação dos órgãos que o compõem. Tais fatos constituem verdadeiros “choques com a realidade” e, em virtude disso, não podem ser negados, não obstante as manobras discursivas empreendidas pelo discurso jurídico-penal com esse escopo. De acordo com Zaffaroni,³⁵

[...] a magnitude do *fato da morte*, que caracteriza o exercício de poder de nossos sistemas penais,³⁶ pode ocultar-se das instâncias conscientes mediante algumas resistências e negações introjetadas. No entanto, não é possível impedir totalmente sua captação, por mais intuitiva e defeituosa que seja, em nível de *consciência ética*.

Em face da realidade operativa do sistema penal, o discurso jurídico que o sustenta não consegue mais ocultar sua falsidade ao lançar mão de “[...] seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: [ele] se desarma ao mais leve toque com a realidade”.³⁷

Claro que não se podem desconsiderar as avanços que já se observaram no que se refere ao respeito aos direitos humanos pelo sistema penal brasileiro. No entanto, deve-se considerar que as denúncias de abusos/violações também são frequentes,³⁸ o que denota que ainda há, no Brasil, uma forte tendência repressivista orientando principalmente a atuação das corporações policiais, em que pese o fato de que há formação dos agentes das referidas corporações para uma atuação consentânea com o respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, o debate acerca do tema se revela de curial importância, no sentido de aproximar cada vez mais a atuação do sistema punitivo do modelo preconizado pela Constituição Federal, qual seja, o garantista.

O GARANTISMO PENAL E A DEFESA INCONDICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: CONSTRUINDO A CÁPSULA DE CONTENÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA

O garantismo penal, a partir de uma análise da obra de Luigi Ferrajoli, pode ser considerado como uma posição teórica intermediária

entre aquela que defende a hipertrofia e a abolição do Direito Penal, uma vez que se entende, aqui, que a pena, além da prevenção de delitos, também tem por função evitar os castigos excessivos e/ou arbitrários que seriam impostos ao delinquente na sua ausência. Nesse sentido, a prevenção de novos delitos corresponde à tutela da maioria não desviada, ao passo que a prevenção de penas excessivas corresponde à tutela da minoria desviada em face do arbítrio punitivo que contra ela se manifestaria – a partir da vingança do ofendido ou de forças sociais ou institucionais a ele solidárias. Dessa forma, Ferrajoli recorre a um segundo parâmetro utilitário da pena, que, além de proporcionar o máximo de bem-estar possível aos não desviados, também tem por função possibilitar o mínimo mal-estar necessário aos desviados. Ou seja, para além dos interesses da sociedade, também se volta a pena à defesa dos interesses do réu, uma vez que ela não se presta somente para prevenir a prática de delitos, mas também para evitar punições arbitrarias e/ou injustas.³⁹

Nessa dupla função atribuída por Ferrajoli à pena, os seus limites mínimo e máximo representariam, respectivamente, as funções de prevenção geral do delito e de prevenção geral da vingança. Em relação ao limite mínimo da pena, aduz o autor⁴⁰ que “[...] a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um *tributo*, e não cumpriria nenhuma função dissuasória”. Já no que tange ao seu limite máximo, refere que a pena “[...] não deve superar a violência informal que na sua ausência sofreria o réu pela parte ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas”.⁴¹ Nesse sentido, “[...] é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma”.⁴²

Na proposta de Ferrajoli, portanto, a pena “[...] vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas”.⁴³ Isso porque, do ponto de vista histórico,

[...] o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*, em descontinuidade e em conflito com a mesma e

não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la. É bem verdade que a pena substituiu, nas origens do direito penal, a vingança privada, mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem tampouco justificável axiologicamente com a finalidade de melhor satisfazer o desejo de vingança, que, por si só, constitui uma 'culpável e atroz paixão', mas, ao contrário, com aquela de solucioná-lo e de prevenir-lhe as manifestações. Nesse sentido, podemos bem dizer que a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança.⁴⁴

Na perspectiva de Ferrajoli, portanto, a pena seria um instrumento político de negação da vingança, um limite ao poder punitivo, o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência. Assim, a função do Direito Penal, como óbice às penas arbitrárias ou desmedidas, deve se sobrepor, segundo Ferrajoli, à sua função preventiva geral de delitos, isso por quatro motivos: em primeiro lugar, por duvidar o autor do poder de prevenção geral de delitos a partir do Direito Penal, dadas as inúmeras razões de ordem social, psicológica, cultural etc, que conduzem ao delito, não neutralizáveis apenas com a imposição de uma pena; em segundo, porque entende que a prevenção das penas arbitrárias e a defesa das garantias dos acusados é a função mais idônea desempenhada pela pena, razão pela qual deveriam passar a fazer parte da pauta do legislador, historicamente preocupado tão somente com a ideia de defesa social; em terceiro, porque acredita que somente a partir do privilégio dessa função é que será viabilizada a construção de um Direito Penal mínimo e garantidor; e, por fim, porque entende que, por meio do destaque a essa função é que se viabiliza a diferenciação do Direito Penal em relação a outras formas de controle social (do tipo policialesco e terrorista, por exemplo).⁴⁵

Em suma, o que Ferrajoli busca, a partir da sua proposta duplamente preventiva do Direito Penal – por ele denominada de *utilitarismo penal reformado* – é a redução da violência na sociedade, seja aquela ocasionada pelo delito, seja aquela desencadeada a partir da reação vindicativa do ofendido ou das pessoas a ele solidárias (por exemplo, seus familiares) contra o réu. Ferrajoli refuta, assim, explicitamente – ao contrário da postura teórica defendida por Günther Jakobs – qualquer estado de guerra, eis que seu modelo de Direito Penal se estrutura na

O Direito Penal como cápsula de contenção da guerra no estado democrático de direito: construindo os pressupostos para a compreensão (Hermenêutica) do direito à proteção (Alexy)

tolerância que, a seu ver, exclui a guerra e a sua lógica amigo/inimigo, porque reconhece o outro como valor, não como meio, mas como fim, em uma palavra, como “pessoa”, não apenas que não deva ser combatida ou repelida, mas respeitada, não apesar de, mas justamente porque é diversa.⁴⁶

Nesse sentido, o Direito Penal, na perspectiva em tela, constitui um instrumento de

[...] proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhes são solidários. Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas.⁴⁷

O Direito Penal, destarte, por meio de sua dupla finalidade, atua como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais do ser humano, que, a partir dessa ótica, são considerados como “[...] bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições”.⁴⁸

A proteção dos direitos humanos constitui, assim, o fundamento incondicional do modelo de justificação traçado por Ferrajoli. Para ele, a defesa dos direitos humanos dos cidadãos (desviados e não desviados) representa a finalidade última do Direito Penal e, a partir dela, devem ser estabelecidos os limites e vínculos, ou as condições mediante as quais o monopólio da violência pode ser exercido legitimamente pelo Estado.

Essa busca pela legitimação do Direito Penal como instrumento de defesa dos direitos humanos não é, no entanto, segundo Ferrajoli, democrática. Eis que não provém de um consenso da maioria, mas sim *garantista*, uma vez que

[...] significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, consti-

tui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.⁴⁹

Destarte, para Ferrajoli, a atuação do sistema penal apenas se justifica quando o conjunto das violências por ele efetivamente prevenidas é superior à soma das violências decorrentes dos delitos por ele não prevenidos e das penas a estes cominadas. Ou seja, o sistema penal só se justifica na medida em que constitui um mal menor do que aquele que seria produzido na sua ausência. Daí a necessidade de o Direito Penal, que lhe dá sustentação, ser ao mesmo tempo mínimo e garantidor.⁵⁰

Portanto, os direitos humanos apresentam-se, na atualidade, como um espaço para onde deverão convergir todas as preocupações com o gênero humano. Não se trata de um conceito acabado, mas flexível e em constante construção e reconstrução. Sempre se constata algo a fazer, algo ainda não realizado. É nesse espaço paradoxal que se deverá inserir o direito à segurança, como um dos pilares da segurança pública dentro do cenário do Estado Democrático de Direito.

Na estrutura do Estado Democrático de Direito, a construção da segurança pública deverá pautar-se por alguns pressupostos éticos de atuação dos grupamentos policiais: “[...] o respeito absoluto, tanto das pessoas quanto da legalidade republicana e a necessária medida que deve presidir o uso da força”.⁵¹ Essas características deverão tomar conta da guarnição policial de dentro para fora e de fora para dentro, num movimento simultâneo na estrutura interna e na sua atuação externa. Além disso, esse cenário também aponta para uma abertura da “rede penal à sociedade civil”, fomentando “[...] uma cultura nova e mais refinada, comportando estruturas mistas e diversas formas de coabitação entre público e privado, na qual se manifestará o maior senso de responsabilidade coletiva”.⁵²

Dentro desse cenário, convém trazer à discussão o efetivo papel do Direito Penal como tipificador de condutas proibidas, em que a

guarnição policial está inserida desde sempre e que deverá ser percebida por ela: “[...] [elas] têm um objetivo simples que as justificam: que certas formas de conduta, inclusive certas omissões, ocorram com menor frequência do que normalmente ocorreriam”.⁵³ Há uma nítida situação que deverá estar entre as condutas sociais, coletivamente aceitas e praticadas, e aquelas que o grupo como um todo considera inadequadas e, portanto, para elas reconhece a caracterização de uma conduta que poderá merecer a reprovação social, por meio da pena. Para tanto, “[...] as proibições de direito penal [são permeadas por] “regras e princípios de equidade processual (“devido processo legal”) e equidade substantiva (devido mérito, proporcionalidade), que modificam muito substancialmente a busca do objetivo de eliminar ou minorar as formas indesejadas de conduta”.⁵⁴ Além disso, é preciso levar em consideração que os sistemas de direito penal “[...] são justificados porque o bem comum da comunidade é o bem de todos os seus membros; é um bem em aberto, uma participação em todos os valores básicos,⁵⁵ e sua manutenção não é um objetivo simples como aquele de manter uma trilha livre de ervas daninhas”.⁵⁶

É nesse viés qualitativo da organização social, onde se inserem o Direito e o Processo Penal, que se deverá investir na educação dos policiais nos direitos humanos, não se devendo esquecer que “[...] a sanção legal, então, deve ser uma resposta humana a necessidades humanas, e não moldadas em uma campanha de ‘defesa social’ contra a praga de gafanhotos, ou pardais [...] e não apenas a ‘higiene social’ de locais de quarentena, asilos para insanos e a prisão preventiva”.⁵⁷ Portanto, embora haja uma pressão social e da mídia pela punição dos recalcitrantes, é preciso examinar a situação com racionalidade e proporcionalidade, pois a sanção legal apenas ataca o efeito dos movimentos sociais.

Dessa forma, a atuação do sistema punitivo deve estar em consonância com a noção de “bem comum”: “[...] um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade”.⁵⁸ Aí está o ponto central: a persecução criminal deverá estar em sintonia com a contrapartida das condições para que cada membro do corpo

social possa atingir o “bem comum”. Essa é uma questão preliminar que integra os direitos humanos.

Nessa linha, também é preciso verificar como o “princípio da subsidiaridade” se insere na construção de políticas públicas direcionadas à inclusão da guarnição policial como um efetivo agente de transformação social e concretização dos direitos (básicos dos) humanos:

[...] esse é um princípio de justiça. Ele afirma que a função própria da associação é ajudar os participantes da associação a ajudar a si mesmos, ou, mais precisamente, a constituir-se a si próprios por meio das iniciativas individuais de escolher compromissos e de cumprir esses compromissos por meio de inventividade pessoal e esforço em projetos.⁵⁹

Assim, a questão também envolve um aspecto social: a perseguição criminal deverá ser alinhada à construção de uma sociedade, onde a subsidiaridade possa ser experimentada por todos, notadamente sem se esquecer da “função social do Direito”. Destarte, talvez seja o momento de se revisar a “figura” do “delinquente”, pois ele sempre esteve “[...] presente, mas passivo, e tem sido durante muito tempo, considerado como objeto da repressão mais do que como verdadeiro sujeito no processo penal”.⁶⁰ A pessoa não poderá ser objeto, ela é um ser humano. Colocando o “delinquente” como sujeito da relação processual penal, talvez haja espaço para a prática do retorno da prática a que ele está sendo considerado como autor e inserindo-o no contexto da subsidiaridade. Vale dizer, o grupo social será responsável pela produção da delinquência e, assim, pela sua recuperação. Tal mudança pode ser verificada pela confluência de várias técnicas, como:

[...] o desenvolvimento dos direitos de defesa, a consideração da personalidade, investigação rápida a fim de verificar a situação material, familiar e social do interessado ou, ainda, a disposição de modalidades de execução da pena baseadas em um espécie de contrato de confiança tácita com o juiz [*sursis*, penas alternativas e outras]”.⁶¹

A prática dessas mudanças poderá viabilizar uma mudança substancial no direito e processo penal, promovendo a participação do acusado de forma ativa e reflexiva da sua atitude. Aspecto que, na atualidade, está completamente fora da projeção sancionatória do Estado.

Nesse sentido, se a educação para os direitos humanos for efetiva e não meramente cosmética – no sentido de ser utilizada para o mero ocultamento de uma prática repressivista –, é que se poderá desvelar a real função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: atuar como cápsula de contenção do Estado de polícia,⁶² viabilizando, assim, o desenvolvimento humano.

Como síntese do exposto, portanto, cumpre salientar a lição de Zaffaroni,⁶³ no sentido de que “[...] os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto”.⁶⁴ Quer dizer, o pacto social da modernidade, o Direito moderno e suas Constituições, estão umbilicalmente ligados ao intento de conter a guerra, de civilizar e submeter a regras institucionais os conflitos políticos e sociais.

Com efeito, de acordo com Zúñiga Rodríguez, o reconhecimento dos direitos fundamentais e a construção do conceito de Estado Democrático de Direito que o acompanha, como paradigmas do Direito legítimo, podem ser tidos como a mais importante invenção do Ocidente e a mais louvável conquista do ser humano, uma vez que os direitos fundamentais e o conceito de Estado de Direito “[...] constituyen ideales con una legitimación axiológica capaz de oponerse a cualquier forma de opresión social e individual en el mundo”.⁶⁵

Nesse rumo, a condição de validade e eficácia do pacto social assentado no reconhecimento dos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito é a limitação da violência graças ao monopólio legítimo do uso da força por parte de um Estado imparcial. No entanto, deve-se atentar para o fato de que as “courageiras” que aprisionam o Estado de polícia no seio do Estado de Direito não o eliminaram de forma absoluta, apenas o encapsularam, razão pela qual “[...] o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca”.⁶⁶

Em virtude disso, afirma Baratta⁶⁷ que o Direito moderno, na intenção de conter a violência, acaba, na maioria das vezes, por ocultá-la, excluindo do pacto social os sujeitos débeis, tornando juridicamente invisível a desigualdade e a violência estrutural na sociedade.

Na expressão de Zúñiga Rodríguez,⁶⁸ a legalidade formal se olvidou do aspecto material dos direitos. Significa isso que o mito do formalismo jurídico, “[...] el dominio de la legitimidad fundamentado en las formas jurídicas, en la validez formal de la norma, al resultar una abstracción total de la realidad, encubrió la desigualdad material que yacía – y aún permanecen – en las relaciones sociales”.

Em virtude do exposto, pode-se afirmar que o Estado de Direito histórico, qual seja, o Estado de Direito concreto, realizado no mundo, não pode nunca ser igual ao modelo ideal, justamente porque conserva em seu interior, encapsulado, o Estado de polícia. É por isso que, em determinados momentos históricos, quando os conflitos sociais assumem uma dimensão de guerra civil, assiste-se a um recíproco condicionamento entre a forma bélica de pensamento e de ação e as formas próprias da reação punitiva, fenômeno que, segundo Baratta,⁶⁹ não se produz somente nos processos de criminalização informal, mas também nos processos institucionais próprios de um sistema penal (paralelo) que acompanha de maneira natural os conflitos armados. Em um contexto tal,

[...] la fuerza del orden y el sistema penal legal asumen la forma de la guerra; al mismo tiempo, el *momento penal* se dilata desproporcionadamente, englobando las actitudes y las prácticas de las formaciones militares y paramilitares, de los grupos armados y de las organizaciones terroristas o criminales.⁷⁰

Esse condicionamento recíproco entre guerra e pena, entre violência armada e violência punitiva, tende a desaparecer na medida em que os conflitos diminuem e se localizam no tempo e no espaço. O sistema punitivo legal, então, sobrepõe-se ao sistema paralelo.⁷¹

Quer dizer, quanto maior a capacidade de contenção do Estado de polícia pelo Estado de Direito, mais próximo se estará do modelo ideal. No entanto, somente uma “aproximação” é possível, uma vez que o modelo ideal de Estado de Direito, lembra Zaffaroni,⁷² “[...] embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo”.

Nessa constante busca pela aproximação do modelo ideal de Estado de Direito, *exsurge*, como principal função a ser desempenhada pelo Direito Penal, “[...] a *redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis*, [já que] o Direito Penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia”.⁷³

Ou seja, a capacidade do Estado de Direito de exercer um controle efetivo sobre o sistema penal paralelo é condição necessária para a *normalização* do sistema penal legal. Somente assim é possível impedir a continuidade da guerra e permitir que os conflitos sociais e políticos sejam resolvidos de forma não violenta. Logo, “[...] la normalidad del sistema penal es una consecuencia de la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social y, por conseguinte, de la vigencia de la Constitución”.⁷⁴

Portanto, o Direito Penal deve sempre caminhar rumo ao Estado de Direito ideal, visto que, ao deixar de fazê-lo, o Estado de polícia avança, como se tem observado na realidade brasileira, na qual, a partir dos discursos de recrudescimento punitivo que vêm pautando a atuação do sistema punitivo, verifica-se que se está olvidando da função de contenção do Estado de polícia, abrindo espaço para o avanço do poder repressivo sobre todos os cidadãos, em um ambiente onde a forma bélica de pensamento prepondera e onde se percebe um processo de criminalização dos conflitos sociais, ou seja, de leitura dos conflitos a partir do código binário crime/pena.⁷⁵

O Direito Penal, nesse contexto, não pode ser neutro: deve ser parcial, e em qualquer circunstância deve estar a serviço da contenção das pulsões absolutistas do Estado de polícia. Em outras palavras, deve estar sempre ao lado do Estado de Direito, uma vez que, como teoria jurídica, não pode separar-se da prática sem que isso represente um inadmissível risco de desequilíbrio. Ao Direito Penal é proibido renunciar à responsabilidade política na dialética permanente de todo Estado de Direito histórico.⁷⁶

Nesse sentido, busca-se, na sequência, demonstrar que a consecução desse objetivo – transformação do Direito Penal em cápsula de contenção do Estado de polícia – perpassa pelo resgate da proteção dos direitos humanos como “centro”, “norte” ou, ainda, “fio condutor” da

atividade punitiva típica de uma política criminal adequada ao Estado Democrático de Direito.

OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À PROTEÇÃO (ALEXY) COMO PRESSUPOSTOS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL (HERMENEUTICAMENTE) ADEQUADA AO PROJETO CONSTITUCIONAL DE REFORÇO DA CÁPSULA DE CONTENÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA NO BOJO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A compreensão hermenêutica da política criminal deve partir do seguinte ponto: “[...] uma tarefa constante [deve ser] impedir uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido. Só então se chega a ouvir a tradição tal como ela pode fazer-se ouvir em seu sentido próprio e diferente”.⁷⁷ O cruzamento das questões criminais, nelas incluídas as políticas, com os direitos humanos exige, necessariamente, a valorização da aprendizagem trazida pela tradição. Nesse passo, não se poderá considerar uma autêntica política criminal quando é descuidado o seu centro irradiador de validade e legitimidade: o ser humano. Aí o problema das “políticas” geradas, por exemplo, a partir de discursos demagógicos e falaciosos produzidos pela mídia, pois esquecem o horizonte histórico de onde provêm as experiências e orientações para o aprimoramento do tratamento dado às questões penais e processuais penais, para além do mero texto legal.

A partir do momento em que se coloca a preocupação com os direitos (dos) humanos, ingressa no cenário a mensuração com o aprendizado construído a partir das experiências humanas do passado, que irradiam os seus efeitos no presente: “[...], o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte desta prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos”.⁷⁸ Este é um aspecto fundamental: a política criminal que se molda aos desafios e necessidades dos novos e atuais tempos deverá dar-se conta dessa imbricação com o passado, de onde busca a aprendizagem para demarcar as questões

com ela relacionadas no presente, a fim de se desenhar os alicerces para o futuro. Assim, “[...] o horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. [...] Compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”. A partir daí nasce o ponto da essencialidade: “[...] a fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”.⁷⁹ É por meio da mediação da linguagem e do círculo hermenêutico desenhado a partir de Gadamer, que se deverá preparar fenomenologicamente o caminho, com a (re)valorização da “[...] dimensão prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade e não numa instância superior, de cunho ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade”.⁸⁰ O ponto de inflexão, portanto, não é teórico-abstrato, mas prático-concreto, ligado à realidade de onde se busca a inspiração e para onde convergem as possibilidades abertas pelo ingresso da razão prática, onde está em jogo não o exato, mas o contingente, o mutável e o variável, próprio do acontecer humano na sociedade.

A imagem do círculo hermenêutico, onde se expulsa a reprodução – dado o respeito aos contornos de cada situação, no caso deste artigo, o exercício do “[...] direito à proteção do ser humano e dos seus direitos humanos-fundamentais – não deverá ser pensada como se a compreensão retorne simplesmente ao seu ponto de partida”.⁸¹ Pelo contrário, ela será capaz de avançar para um novo patamar à compreensão do papel do Direito Penal na sociedade contemporânea. Tal situação provoca:

[...] um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico [...]. Por isso, as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social.⁸²

O desenvolvimento do círculo hermenêutico, a partir da pré-compreensão definida pela tradição, indica um “[...] processo de

olhar para a frente e para trás que precisa repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo, uma frase ou parágrafo”.⁸³ É neste movimento do olhar para trás e para frente que o artigo pretende situar o “direito à proteção”, que está alicerçado na tradição humana construída a partir dos direitos naturais, notadamente o direito à vida e à liberdade, entendido neste artigo a partir dos contornos lançados por John Finnis.⁸⁴

A questão do círculo hermenêutico não apresenta apenas uma

[...] relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondentes à regra de ‘decompor e recompor’ [...]. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento. A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos.⁸⁵

É por isso que a política criminal, especialmente neste início do Século XXI, não poderá perder de vista que as escolhas não são inalteráveis, pois conectadas às correntes ideológicas e dos valores que ela projeta “[...] como princípio de organização social – liberdade, igualdade, alteridade, ou ainda solidariedade que exprime a interdependência de cada parte do corpo social”.⁸⁶ A par desses princípios, não caberá a adoção de uma política criminal excessivamente formalizada, mas, pelo contrário, alicerçada em pressupostos que identifiquem claramente os mencionados princípios e em condições de promover modificações rápidas às necessidades sociais de cada momento:

[...] as regulamentações minuciosas a ponto de esmiuçar até os mínimos detalhes dos comportamentos não oferecem a liberdade, apenas a escolha entre a adesão e a desobediência. Ora, a adesão suprime toda iniciativa: ela implica a conformidade a um modelo prefigurado. Quanto à desobediência, ela é particularmente tentadora em um domínio que depende da vida cotidiana, em que a multiplicidade das regras, além disso, não permite à polícia delas verificar continuamente o respeito, o que abre um amplo campo à impunidade, em que todas essas regras, enfim, não se evidenciam como igualmente necessárias, o que incita a ignorar aquelas que são julgadas supérfluas e a estender o desconhecimento mesmo àquelas que são subjetivamente necessárias.⁸⁷

Os referidos princípios de organização social indicarão o melhor caminho que se deverá percorrer para que, dentro e a partir da liberdade, se possa estabelecer o “justo meio” entre a adesão e a desobediência na construção da política criminal adequada constitucionalmente ao Estado Democrático de Direito brasileiro. O diálogo, próprio da matriz hermenêutica que sustenta este texto, fará as pontes para uma construção democrática que se “demore” na contemplação deliberativa focada nos direitos que todos os humanos têm, pela simples condição de ser humano racional. Este é o contexto viabilizado pela razão prática: é preciso “[...] temporalizar [que] significa: amadurecer, deixar surgir [...] o simultâneo, ou seja, o que surge com o tempo nesse seu modo [...]. O simultâneo do tempo são o vigor de já ser, o fazer-se vigor e o a-guardar, esse que nos resguarda e que costumamos chamar de provir”.⁸⁸

Os pressupostos e as regras que carregam a política criminal deverão avaliar a pertinência do seu conteúdo a partir dos sinais emitidos pelo grupo social onde são aplicados. Portanto, não será a constante alteração a melhor alternativa. Será melhor “temporalizá-las”, no sentido de se alinharem aos sempre novos contornos do comportamento social – seja lícito, seja ilícito. Em alguns momentos, o mais adequado será a manutenção das normas, mostrando a sensibilidade pelo seu amadurecimento. Isso fortalece as regras e consolida a política. Aliás, neste campo, não poderão ser adotados princípios oriundos do chamado “direito penal do inimigo”, aquele que “opta” pela desobediência das regras precisa ser respeitado em sua dignidade de pessoa humana que tem e a qual não poderá ser suprimida por esse motivo: “[...] o reconhecimento de direitos aos detentos não é incompatível com as necessidades da repressão. Bem mais, ele evita que o prisioneiro não tenha o sentimento de passar de um mundo do direito a um mundo do não direito, da tolerância e do favor. Evitando suprimir seu sentido das responsabilidades, até da liberdade, ele prepara sua liberação”.⁸⁹ Esse é o ponto. A política criminal deverá orientar-se pelo retorno do “transgressor” à sociedade. Sem isso, todo o aparato estatal-repressivo fica sem sentido.

Essa concepção encontra-se alinhada à perspectiva atual relativa aos direitos humanos que é “[...] indispensável para assegurar a mediação entre as exigências da ética pura, que se referem de maneira direta ao horizonte da universalidade, e a efetividade da vida política,

enquanto a mesma tende a inscrever-se em uma ordem jurídica”.⁹⁰ A percepção desse papel dos direitos humanos é a condição de possibilidade para enfrentar os discursos midiáticos da (im)punição da política criminal atual especialmente no Brasil. Aliado a esses aspectos de tratamento da matéria, pode-se acrescentar que representa o pressuposto da vida democrática: “[...] para que possam ser tomadas decisões efetivas em uma base democrática, é preciso que sejam dados, ao mesmo tempo, a força da convicção e o espaço da discussão [...]. Portanto, é sua função específica – assegurar a mediação entre ética, política e jurídico – que fundamentaria, definitivamente, a posição ocupada pelos direitos humanos”.⁹¹

É nesse cenário que o combate à criminalidade deverá ser examinado e abordado na prática, a fim de sintonizá-lo com as diretrizes e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro. O “amadurecer” e o “deixar surgir”, de Heidegger, indicam, para a aprendizagem trazida pela tradição, que “temporaliza” na calma e na consolidação do aprendido. Vale dizer, o reposicionamento sugerido para os direitos humanos exige tempo, a fim de se olhar para o passado, aprendendo a reorganizar o presente, possibilitando a projeção do/para o futuro.

Quando Robert Alexy apresenta os diversos *status* que os direitos fundamentais poderão receber, destaca-se: o *status negativo*, o “direito de defesa”. Para Alexy, apresenta como as faculdades que os indivíduos possuem em frente ao Estado são as liberdades jurídicas não protegidas, ou seja, o indivíduo é portador de uma esfera de liberdade.⁹² O que fundamenta essa posição é a capacidade de liberdade que os homens possuem, protegendo-os das investidas ilegítimas e inconstitucionais do Estado. Já no *status positivo*, especifica-se uma premissa diferente: o ser humano tem reconhecido, por parte do Estado, uma capacidade jurídica para a obtenção de um direito, ou seja, garante a ele pretensões positivas. Vale dizer, trata-se de uma pretensão do ser humano diante do Estado que se materializa de acordo com dois argumentos: o direito “a algo” e “competência” para o seu cumprimento.⁹³ Aqui estaria localizado o “direito à proteção”, seja do próprio Estado, quando este viole os direitos humanos daqueles que recebem a reprovação social-estatal-jurídica de sua conduta; seja em relação aos discursos punitivos demagógicos, próprios do neoliberalismo, mas contrários às regras e princípios inscritos na Constituição da República de 1988. O “direito

à proteção” deve ser entendido como um conjunto de direitos do “[...] titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros”.⁹⁴

O caminho de duas vias trazido por Alexy deve ser considerado no momento em que se delineiam as características da política pública de segurança e de criminalidade. A possibilidade de o ser humano exigir uma prestação ou proteção do Estado, ao lado do seu dever de obediência às normas coletivamente decididas, é fruto de uma longa caminhada histórica. Portanto, não poderá ser esquecida ao se separar os discursos meramente demagógicos e parciais daqueles que efetivamente refletem o sentimento da coletividade. É preciso ouvir a voz da tradição, adaptando-a aos valores atuais: “[...] a consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios”.⁹⁵ Dessa feita, uma política criminal que esteja efetivamente comprometida com a substancialidade fornecida pelos direitos humanos precisa dar-se conta da sua inserção histórico-social do acontecer de determinado grupo emaranhado na sua tessitura social própria. É nesse espaço que ingressa a fenomenologia hermenêutica, em que o “[...] compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós”.⁹⁶

Segundo Alexy, “o direito à proteção” e o “direito de defesa” muitas vezes são contrapostos que nem sempre poderão ser justificados adequadamente: “[...] o primeiro é um direito frente ao Estado a que este omita intervenções; o segundo, um direito frente ao Estado para que este se encarregue de que terceiros omitam intervenções”.⁹⁷ Tomando em consideração as diferenças apontadas neste artigo, toda relativização, em relação a esses dois direitos, é inconveniente. Alexy examinou o “direito à proteção” a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e constatou: “[...] a diferença exposta encontra a sua materialização no fato sublinhado pelo Tribunal, que o Estado está obrigado à proteção, porém assinala que a decisão de *como* deve cumprir esta obrigação está ‘em primeira linha’, ‘em grande medida’ ou ‘basicamente’, vinculada ao legislador”.⁹⁸ No caso deste artigo, o *como* da materialização do “direito à proteção” está perspecti-

vado no Direito Penal como um garantidor dos direitos naturais, humanos e fundamentais. Portanto, o Estado deverá promover e desencadear ações positivas para, ao mesmo tempo em que se desenha a expansão do Direito Penal, sejam considerados alguns limites, caracterizados e exemplificados como “direitos à proteção”. Dados os seus contornos fático-jurídicos, eles também servirão ao movimento contrário, isto é, da minimização da atuação do Direito Penal.

A partir dessas características, a política criminal deverá ser adequada constitucionalmente para determinado Estado, não podendo ser importada ou exportada sem a devida adequação e contextualização às linhas evolutivas da sociedade. Assim, não é uma fórmula previamente certa e determinada, mas algo sempre a construir, a modificar a corrigir, a adaptar. O discurso e a prática que não estiverem ladeados por esses contornos sempre serão vazios e demagógicos, com grandes dificuldades para operar as mudanças sociais e comportamentais que lhe servem de substrato. Estão no escopo do “direito à proteção” “[...] não somente a vida e a saúde, senão todo aquele que, desde aspectos jusfundamentais, é digno de ser protegido, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade”.⁹⁹ Os exemplos retirados da obra de Alexy mostram, além do seu caráter jusfundamental, também a expressão dos já caracterizados direitos naturais e humanos. O “direito à proteção”, revelado por esses exemplos, é um efetivo direito subjetivo constitucional que se levanta em relação ao Estado, tendo como destinatário o ser humano, focado no seguinte contexto: “[...] para que este realize ações positivas fáticas ou normativas que têm como objeto a delimitação das esferas de sujeitas jurídicas da mesma hierarquia como assim também a inoponibilidade e a imposição desta demarcação”.¹⁰⁰

Essa passagem é central para o presente artigo, pois a proteção desenhada a partir de Alexy encontra-se na especificação de alguns “direitos”, que não poderão ser descuidados, servindo como limite ético para a definição da política criminal no Estado Democrático de Direito. Além disso, há um destaque na concepção de Alexy: a igualdade entre todos os seres humanos. Esse é o desafio de se pensar o Direito Penal no cenário de riscos e novos perigos gerados pela atuação humana na contemporaneidade, quando se situa o “direito à proteção”, corolário da garantia de efetividade dos direitos fundamentais, considerando o seu horizonte histórico formado a partir dos direitos naturais e hu-

manos, exigindo do Estado ações positivas para qualificar eticamente a atuação do “Estado de polícia”.

A chamada “cápsula de contenção” contra o Estado de guerra, que se mostra em contradição aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito, deverá proteger a vida e, a partir dela, a igualdade fundamental entre todos os seres humanos, independente de qualquer qualificativo pessoal, como os direitos fundamentais mais preciosos vinculados ao exercício do “direito à proteção”. Esse direito se converte num “[...] dever de proteção não só frente a um indivíduo senão frente à totalidade dos cidadãos”.¹⁰¹ A relação entre o direito e o dever mencionado se viabiliza por meio da linguagem, e aí o ingresso na perspectiva da hermenêutica filosófica se desvela como um genuíno e efetivo tronco de sustentação do planejamento estabelecido na Constituição da República de 1988, especialmente dos seus valores, princípios e objetivos nela contemplados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo contemporâneo de expansão do Direito Penal repristina ideias de cunho meramente punitivista, que partem de um discurso que sustenta tão somente a necessidade de fortalecimento do sistema punitivo, dado o entendimento de que a sua deslegitimação deriva do aumento da violência na sociedade contemporânea, fenômeno que é atribuído à forma condescendente com que determinados crimes são tratados pelo Estado.

Em um contexto tal, a política criminal passa a ocupar os espaços normalmente destinados a outras políticas disciplinares de controle social, sendo possível constatar uma substituição das políticas disciplinares inclusivas por meras práticas de exclusão e segregação baseadas quase que unicamente na intervenção do sistema penal. A mediação política nas relações sociais é substituída por um Direito Penal de emergência, e as questões sociais passam a ser tratadas como “questões de polícia”.

Diante desse contexto, percebe-se um desvirtuamento da função a ser desempenhada pelo Direito Penal em um Estado Democrático

de Direito, qual seja, funcionar como cápsula de contenção do Estado de polícia, quer dizer, como mecanismo de contenção da guerra e, conseqüentemente, de civilização e submissão dos conflitos políticos e sociais a regras institucionais. Assim, a principal função a ser desempenhada pelo Direito Penal em um Estado Democrático de Direito é a de redução e contenção do poder punitivo, de forma a mantê-lo dentro dos limites menos irracionais possíveis, de forma a impedir a guerra e permitir que os conflitos sociais e políticos sejam resolvidos de forma não violenta, em sinal de respeito aos direitos humanos, pressuposto central da intervenção punitiva.

Nesse sentido, tem-se como questão fundamental a ser enfrentada não a incrementação do Direito Penal, mas sim a incorporação efetiva da igualdade na realidade social. Essa igualdade alcança-se por meio da implementação de políticas sociais que assegurem a todos os cidadãos condições mínimas para uma existência digna.

Sem dúvida, somente em uma sociedade justa e igualitária é que um modelo de Direito Penal mínimo se justifica, uma vez que, identificadas e sanadas as origens sociais da criminalidade, a intervenção penal ocorre somente em casos extremos. Necessário se faz, portanto, derrubar o senso comum vigente de que a punição é a única solução para o problema da criminalidade, já que a política criminal não prescinde de políticas sociais e econômicas, enfim, de políticas de investimentos sociais. Isso significa dizer que somente um modelo integrado de Política Criminal, preocupado também com a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos, trazidos por meio do direito à proteção, nos moldes projetados por Robert Alexy, é que poderá conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando o desenvolvimento humano.

No cenário trazido pelo artigo verifica-se uma nova conformação para o direito à proteção, na medida em que se exigirá do Estado uma atitude positiva (uma prestação) para retirar da “zona de perigo” o ser humano da desfigurada utilização do Direito e do Processo Penal, justificada, muitas vezes, pela pressão (demagógica) da mídia. Por esse mecanismo midiático, a comunidade social acaba aceitando a violação de direitos humanos fundamentais, em atenção a uma (falsa) promessa de paz social, com a “perseguição” de determinados grupos

de pessoas classificadas como ameaças coletivas. Não se está pregando a liberalização do conteúdo do texto punitivo e nem do processo penal. Pelo contrário, a intervenção estatal-hermenêutica deverá recolocar o Direito Penal e o Direito Processual Penal na sua função concebida a partir da tradição, construída por meio de muito sofrimento. Além disso, a estruturação das respostas constitucionalmente adequadas e razoáveis deverá ser liderada pela área do conhecimento que se ocupa da sua pesquisa, que é o Direito. Não é legítimo que tal função seja absorvida por outras áreas que não possuem os adequados contornos técnico-científicos para a sua operacionalização. É evidente que o alinhamento das respostas jurídicas deverá ser manejado com a colaboração transdisciplinar do conhecimento, mas guardadas e respeitadas as especificidades epistemológicas de cada área do conhecimento.

O “direito à proteção” é entendido neste artigo como um corolário para a origem contratualista do Estado e uma síntese de diversos direitos naturais, depois recolhidos pelos documentos internacionais sobre Direitos Humanos – especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse conjunto de direitos, que também exigem deveres, como visto acima, foi incorporado às Cartas Constitucionais contemporâneas – como a brasileira de 1988 – sob o título de direitos fundamentais. A análise das questões que envolvem o Direito Penal, neste início de Século XXI, mostra que o “direito à proteção” se encontra subjacente à derrocada de alguns pilares do velho sistema, notadamente no nível europeu e internacional, como: o princípio *ignorantia legis neminem excusat* parece estar sendo abandonado a partir do momento em que o “[...] Estado admitiria que cria delitos não compreensíveis para todos e por tanto, sua possível corresponsabilidade no fato de que se cometam ilícitos por pessoas que não podem prestar contas. [...]”¹⁰² Outro exemplo está vinculado às fontes do Direito Penal, em que se verifica o ingresso de “[...] opções penais conectadas inevitavelmente aos Estados, mas que nascem do contexto europeu-comunitário [...]”. Verifica-se a substituição do modelo da pirâmide das fontes por uma jurisdição internacional, na qual se poderia discutir a legitimidade das escolhas penais ou da falta das especificações penais dos Estados.¹⁰³ Esses aspectos mostram que, como mencionado, o “direito à proteção” hoje se dará em relação ao próprio Estado e também a outras entidades. Mais do que em nenhum outro momento da história da humanidade,

serão necessários alguns pressupostos éticos para a atuação Estatal, seja no cenário nacional, seja no plano internacional.

Aí ingressa o “círculo hermenêutico”, em que a pré-compreensão se conecta e serve como condição de possibilidade para a compreensão e interpretação do Direito Penal, focando a sua aplicação – fechando-se o círculo – preocupado em servir como uma manifestação do exercício do “direito à proteção”. Esse direito deverá ganhar cada vez mais importância no mundo globalizado, valorizando a pré-compreensão histórica gestada por meio da caminhada da humanidade para a consolidação dos direitos naturais, humanos e fundamentais, a partir de muita luta e sofrimento.

Assim sendo, não se poderá aceitar uma aplicação seletiva do Direito Penal, atribuindo o preenchimento do suporte fático dos tipos penais somente a determinadas categorias sociais, apenas por esse motivo. Estaria neste detalhe o chamado “Direito Penal simbólico” – “[...] uma hidra de cem cabeças – que numa acepção difusa deveria ser por antonomásia expressão da ‘modernidade’ penal e sinônimo de um Direito despojado de efetividade”.¹⁰⁴ Essa figura, à semelhança do *Leviatã*, de Thomas Hobbes, estaria resgatando um Estado altamente invasivo e em condições de saber tudo sobre tudo, preocupado apenas com a forma e não com o conteúdo: “[...] sendo filho do Direito Penal moderno, o Direito Penal simbólico deveria olhar as ‘consequências’ e as ‘funções’: no entanto, ao revés, não se preocupa em mensurá-las, em verificá-las. Filho da ideia dos fins, se converte em um Direito sem fins”.¹⁰⁵ Esse é o “cuidado” com o ser humano que o “direito à proteção”, buscado em Alexy, quer destacar, especialmente no cenário atual onde o Estado de polícia persegue alguns, como os “culpados” pelo estado de guerra instalado na sociedade contemporânea.

O cruzamento do Direito Penal com o “direito à proteção” se encontra num ponto em comum: a maximização constitucional dos princípios e valores que caracterizam o Estado Democrático de Direito. O ponto de contato será potencializado a partir da hermenêutica filosófico-jurídica, sublinhando a integração dos diversos “estágios” do círculo hermenêutico. Esse formato hermenêutico substitui o seu viés tradicional, no qual ocorria o fatiamento das diversas etapas. O exercício do “direito à proteção” requer, além da atribuição de senti-

do – com a incorporação da proposta substancial inscrita no texto da Constituição da República –, a construção hermenêutica em que sempre se trabalhe com as quatro etapas conjugadas, focadas na construção de respostas em que uma não “se dá” sem a outra. Portanto, o “direito à proteção” não deverá ser considerado isoladamente, mas na sua conexão constitucional, concretizado nos direitos naturais, humanos e fundamentais, alçados à categoria de limite da atuação estatal penal.

NOTAS

- 1 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 4.
- 2 DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 4.
- 3 Ibid., p. 45.
- 4 Ibid., p. 45.
- 5 Sabendo-se que o método de abordagem visa a aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado e atento à orientação metodológica que permeia parte das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta este artigo: o chamado “método” fenomenológico-hermenêutico (STEIN, 1979). A complexidade da sociedade atual, na qual as fronteiras territoriais de cada Estado se confundem, potencializando a formação de uma “grande aldeia global” também serve para que o fenômeno da criminalidade não seja mais passível de estudo e enfrentamento apenas dentro dos limites nacionais. Ancorado na transdisciplinaridade, esse fenômeno será examinado, cruzando-o com as novas faces do Direito Penal. Todo esse cenário deverá ser perpassado pelos direitos humanos fundamentais, em que se pretende inserir e estudar o direito à proteção. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador. Ele está no mundo onde o artigo será desenvolvido. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. A atribuição de sentido, que representa uma forma nova de construir a interpretação, dá-se por meio da valorização da tradição e das experiências de vida já vivenciadas pelos pesquisadores e, num contexto maior, pela própria sociedade. Dessa forma, tem-se a pré-compreensão – forjada no horizonte da tradição histórica de vida do ser humano, que ilumina a compreensão, a interpretação e a aplicação dos resultados da pesquisa científica, da qual este artigo é um produto. É por isso que se concorda com o professor Lenio Luiz Streck, quando afirma: “[...] o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto [...]”. Em decorrência disso, “[...] a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade”. Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a “[...] sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma” (STRECK, 2004, p. 4). Ao se aproximar o fenômeno da sua leitura hermenêutica se terá condições de perceber que os pesquisadores (os autores do artigo) estão no mundo onde o fenômeno da criminalidade acontece.

- 6 A expressão Sociedade do Risco foi criada por Beck, termo que dá título à sua obra: *Risikogesellschaft*. Conforme alerta o próprio autor: “El término *sociedad* (industrial) *del riesgo* há obtenido también y esencialmente en este sentido (empleado desde hace más que un año contra mucha resistencia de voces interiores y exteriores) un resabido amargo de verdad. Mucho de lo que he obtenido argumentativamente al escribir (la imperceptibilidad de los peligros, su dependencia respecto del saber, su supranacionalidad, la «expropiación ecológica», el paso de la normalidad a la absurdidad, etc.) se lee después de Chernobil como una trivial descripción del presente. ¡Ojalá hubiera sido sólo la prognosis de un futuro que había que evitar!”.
- 7 JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e trad.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70; JAKOBS, Günther. La pena estatal: significado y finalidad. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). **Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Tomo I, p. 15-61.
- 8 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.
- 9 BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- 10 BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 29, p. 27-52, 2000.
- 11 ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.
- 12 FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 30, maio/ago. 1997 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 7 dez. 2011.
- 13 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.
- 14 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.
- 15 BAUMAN, Zygmunt, 1999. p. 93.
- 16 PÉREZ CEPEDA, op. cit.
- 17 Ibid.
- 18 FARIA, op. cit.
- 19 PÉREZ CEPEDA, op. cit., p. 50.
- 20 Ibid., p. 50.
- 21 WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7.
- 22 Ibid., p. 30.
- 23 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- 24 Ibid., p. 118-119.
- 25 WACQUANT, Loïc. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, p. 39-50, p. 48, 1999.
- 26 Ibid.
- 27 BAUMAN, Zygmunt, 1999. p. 120.
- 28 WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 62.
- 29 GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.
- 30 Ibid., p. 220.
- 31 MURRAY, apud WACQUANT, Loïc, 2001. p. 50.

- 32 Como destaca Garland (2005, p. 221), “[...] en el contexto político reaccionario de los años ochenta y noventa, con su escepticismo acerca de los programas del welfare y su énfasis en la responsabilidad individual, la simplicidad de una narrativa que culpa al delincuente, silencia las excusas, ignora las causas de fondo y ve el castigo de los malhechores como la respuesta adecuada, genera una atracción popular y política que va mucho más allá de sus méritos criminológicos. Era como si el hecho de haber concedido tanta atención criminológica al delincuente y haber desarrollado análisis tan exquisitos sobre la etiología delictiva, de repente, hubiera sido calificado de moralmente degenerado y políticamente inaceptable”.
- 33 FARIA, 1997.
- 34 SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p. 8.
- 35 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 39.
- 36 O autor faz referência, aqui, aos sistemas penais latino-americanos como um todo.
- 37 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 12. Zaffaroni (2001, p. 124-125) justifica o porquê dessas afirmações: “[...] há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamento sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. *Há mortes[...]’*.”
- 38 A título exemplificativo da violência e seletividade da atuação do sistema penal brasileiro, refere-se ao caso dos dois irmãos adolescentes negros, William e Cristian Flores, de 17 e 24 anos, respectivamente, que, ao se encaminharem ao local onde prestariam o vestibular para o Curso de Engenharia Mecânica, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, decidiram, a dois quarteirões do prédio, correr para evitar um atraso, uma vez que faltavam poucos minutos para o fechamento dos portões. No entanto, por pertencerem a uma classe considerada “suspeita” e “perigosa” – leia-se: homens adolescentes negros –, no meio do caminho, os irmãos foram detidos por três policiais armados, em função do fato de estarem correndo, razão pela qual perderam a prova do vestibular (PETRY, 2011). Um segundo exemplo, que também constitui um perfeito retrato dessa seletividade do sistema punitivo brasileiro, aliada ao desrespeito aos direitos humanos com que se dá ainda muitas vezes a atuação dos seus agentes, encontra-se no documentário *Justiça* (2004), da diretora Maria Augusta Ramos. Na primeira e impactante cena do filme, a câmera, posicionada em uma sala de audiência do Foro Central do Rio de Janeiro, presencia um interrogatório cujo “roteiro” parece ter sido concebido por Kafka. O réu, em uma cadeira de rodas, uma perna amputada e a outra seriamente comprometida “por um problema nas artérias”, responde às perguntas do juiz, atônito diante da acusação pela prática de furto mediante escalada (!). O fato de ter sido preso em “flagrante” pela polícia torna despidendo afirmar que o acusado se trata de um homem jovem, pobre e negro, que estava passando pelo local onde três “elementos” – essa é a expressão utilizada pelo próprio réu – haviam acabado de fur-

- tar uma residência. Ou seja, era muito provável para os agentes policiais que um homem jovem, pobre e negro, ainda que preso a uma cadeira de rodas, fosse o autor do crime de furto qualificado pela escalada do muro da residência.
- 39 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 40 Ibid., p. 321.
- 41 Ibid., p. 322.
- 42 Ibid., p. 323.
- 43 Ibid., p. 268.
- 44 Ibid., p. 269.
- 45 FERRAJOLI, Luigi, op. cit.
- 46 FERRAJOLI, Luigi, op. cit.
- 47 FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 270.
- 48 FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 270.
- 49 FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 271.
- 50 FERRAJOLI, Luigi, op. cit.
- 51 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 110.
- 52 Ibid., p. 134.
- 53 FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 256.
- 54 Idem.
- 55 Os valores básicos referidos são: a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade, a razoabilidade prática e a religião (FINNIS, 2007, p. 87 *et seq.*): Para estudo detalhado desses valores básicos ou também chamados de bens humanos básicos, consultar: ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 56 FINNIS, John Mitchell, op. cit., p. 256-257.
- 57 Ibid., p. 257.
- 58 Ibid., p. 155.
- 59 Ibid., p. 147-148.
- 60 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 139-140.
- 61 Ibid., p. 140.
- 62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- 63 Ibid., p. 169.
- 64 BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 29, p. 27-52, 2000.
- 65 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001. p. 27.
- 66 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 170.
- 67 BARATTA, Alessandro, op. cit.
- 68 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 26.
- 69 BARATTA, Alessandro, op. cit.
- 70 Ibid., p. 39.
- 71 Ibid.
- 72 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 169-170.
- 73 Ibid., p. 172.
- 74 BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 39.
- 75 Ibid.
- 76 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit.
- 77 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1. p. 456, § 310.

- 78 GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 457, § 311.
79 Ibid. p. 457, § 311.
80 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 446.
81 ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 239.
82 STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo, v. 3, n. 4, p. 255-95, jan./jun. 2002. p. 109.
83 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 287.
84 Para aprofundar as características sobre o Direito Natural, consultar: ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
85 GADAMER, Hans-Georg.. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (Org.). Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 13.
86 DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**: do código penal aos direitos humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005. p. 109.
87 J. Rivero apud MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Manole, 2004. p. 159-160.
88 HEIDEGGER, Martin. A essência da linguagem. In: _____. **A caminho da linguagem**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 121-171. p. 169.
89 MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Manole, 2004. p. 163-164.
90 DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., p. 285.
91 Ibid., p. 285.
92 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 258-262.
93 Ibid., p. 263-267.
94 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 435.
95 GADAMER, Hans-Georg.. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (Org.). Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 18.
96 Ibid., p. 71.
97 ALEXY, Robert, op. cit., p. 441.
98 Ibid., p. 448.
99 Ibid., p. 436.
100 Ibid., p. 436.
101 Ibid., p. 448.
102 DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**: estudios de derecho penal. Perú: ARA Editores E.I.R.L., 2010. p. 84.
103 Ibid., p. 84-85.
104 Ibid., p. 46.
105 Ibid., p. 46.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos funtamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29. p. 27-52, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. **A imprecisão do direito: do Código Penal aos Direitos Humanos**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudios de Derecho Penal**. Perú: ARA Editores E.I.R.L., 2010.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Revista Estudos avançados**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 7 dez. 2011.

O Direito Penal como cápsula de contenção da guerra no estado democrático de direito: construindo os pressupostos para a compreensão (Hermenêutica) do direito à proteção (Alexy)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e direitos naturais.** Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. I.

_____. **O problema da consciência histórica.** Pierre Fruchon (Org.). Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea.** Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

HEIDEGGER, Martin. A essência da linguagem. In: _____. **A caminho da linguagem.** Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 121-171.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e trad.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70.

_____. La pena estatal: significado y finalidad. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). **Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Tomo 1, p. 15-61.

JUSTIÇA. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: Luís Vidal, Niek Koppen, Jan de Ruiter e Renée Van der Grinten. Edição: Virgínia Flores, Maria Augusta Ramos e Joana Collier. [São Paulo: Mais Filmes], 2004. 2 DVD (100min).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Manole, 2004.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

PETRY, André. **Negro correndo? É ladrão...** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/260105/andre_petry.html>. Acesso em: 12 dez. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: _____. **Sobre a essência do Fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo, v. 3, n. 4, p. 255-295, jan./jun. 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WACQUANT, Loïc. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, p. 39-50, 1999.

O Direito Penal como cápsula de contenção da guerra no estado democrático de direito: construindo os pressupostos para a compreensão (Hermenêutica) do direito à proteção (Alexy)

_____. **As prisões da miséria.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política criminal.** Madrid: Colex, 2001.

Artigo recebido em: 20-12-2011

Aprovado em: 6-6-2012