

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
FACULDADE DE DIREITO

**OS MODELOS INTEGRADOS DE CIÊNCIAS PENAIS E SUA
(IN)EFICÁCIA NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do
Sul, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Ciências
Criminais.

Rafael Braude Canterji

Orientador:

PROF. DR. SALO DE CARVALHO

Porto Alegre, dezembro de 2006.

C2299m

Canterji , Rafael Braude

Os modelos integrados de ciências penais e sua (in)eficácia na tutela dos direitos humanos / , Rafael Braude Canterji – 2006.

129f.; 29cm.

Dissertação (mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2006.

“Orientação: Prof. Dr. Salo de Carvalho.”

1. Direito Penal. 2. Processo penal. 3. Política criminal. 4. Direitos humanos. I. Título

CDU: 343.1

RESUMO

A presente pesquisa que está adequada à área de concentração “Violência” do Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, mais especificamente direcionada à linha de pesquisa “política criminal, Estado e limitação do poder punitivo”, tem por objeto identificar o modelo integrado de Ciências Penais compatível com o Estado Democrático de Direito, identificando as funções isoladas e em conjunto das ciências que integram cada modelo. Tem-se, em uma primeira análise, um modelo integrado de Ciências Penais que um origina política criminal repressivista, verificando no Direito Penal e Processual Penal a possibilidade de redução dos índices de criminalidade. Gera-se, em paralelo, como reflexo da atualidade, outro modelo denominado Direito Penal do Inimigo. Esses modelos repressivistas possuem atuação limitadora de garantias constitucionais, vindo de encontro à tutela dos Direitos Humanos. Por outro lado, em uma análise dos elementos do modelo integral de Ciências Penais, a partir do Estado Democrático de Direito vigente, verificam-se outras funções ao Direito Penal e ao Processo Penal, com outra política criminal. Nesta segunda hipótese, a partir da definição de que a função do Direito Penal é atuar como limitador do poder punitivo e do Processo Penal, como instrumento de garantias, a política criminal a ser aplicada é a que visa à mínima intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais, assegurando aos acusados em geral, quando ocorrer a intervenção, todas as garantias previstas. Verifica-se, ainda, que esta política criminal, com os pressupostos apresentados, demonstra ações que têm por objetivo efetivar as tutelas dos Direitos Humanos, vistos esses através de uma perspectiva nova, integrado, crítica e contextualizada, conforme prevê a Teoria Crítica dos Direitos Humanos. A vinculação entre a pesquisa e a linha de pesquisa do curso fica nítida no decorrer do trabalho, já que se tem como pressuposto do modelo refundado o Estado Democrático de Direito, identificando-se nas Ciências Penais uma forma de limitação do poder punitivo, ao se determinar, assim, as diretrizes da política criminal.

Palavras-chave: modelo integrado de Ciências Penais; Direito Penal; Processo Penal; política criminal; movimentos repressivistas; Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present study is related to the area of 'Violence' within the Master Course in Criminal Sciences at the Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); more specifically, it is directed to the research field of 'criminal policy, State and restriction of punitive power'. It aims primarily at identifying the integrated model of criminal sciences compatible with the Democratic State, recognizing both the isolated and shared functions of the sciences that comprise each model. Firstly, an integrated model of criminal sciences that originates repressive criminal policy is analyzed, with the objective of checking, in the Criminal and Procedural Law, for the possibility of reduction in criminality rates. In parallel, as a reflex of the present time, another model named Enemy's Criminal Law is generated. Such repressive models exert limiting activity/influence over constitutional guaranties, therefore confronting human rights injunction. Subsequently, in an analysis of the elements of the integral model of criminal sciences, departing from the current Democratic State, other functions are attributed to Criminal Law and to criminal proceeding, with another criminal policy. In this second hypothesis, based on the definition that the very function of Criminal Law is to act as a restrictor of the punitive power and of the criminal proceeding, as a guaranties act, the criminal policy to be applied is the one which aims at the minimum intervention of Criminal Law in the social conflicts, ensuring all guaranties to the accused in general when such intervention occurs. It is also pointed that this criminal policy, according to the assumptions presented, encompasses actions towards implementing the injunctions of human rights, being the latter seen from a new, integrated, critical and contextualized perspective, in accordance with the Critical Theory of Human Rights. The linkage between the present study and the course's research line is clear as the study develops, for the Democratic State underlies the recreated model, identifying in Criminal Sciences a form of restriction of punitive power and determining, thus, the guidelines of criminal policy.

KEY-WORDS: Integrated model of criminal sciences; criminal law; criminal proceeding; criminal policy; repressive movements; critical theory of human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

PARTE I: FUNDAMENTOS DOS MODELOS TRADICIONAIS DE CIÊNCIAS PENAIS INTEGRADAS

1. Legitimação intradogmática do modelo integrado

1.1. Discursos de sustentação do Direito Penal Material

1.1.1. Bem jurídico: construção dogmática

1.1.2. Funções atribuídas à pena

1.1.2.1. Teoria absoluta ou retributivista

1.1.2.2. Teoria relativa ou prevencionista

1.1.2.2.1. Prevenção geral

1.1.2.2.1. Prevenção especial

1.1.2.3. Teoria mista

1.2. Discursos de sustentação do Processo Penal: segurança pública e verdade

1.2.1. Processo Penal e segurança pública

1.2.2. Verdade e atuação judicial

2. Conseqüências político-criminais dos discursos legitimadores

2.1. Distinções conceituais: intervenção máxima e Direito Penal Máximo

2.2. Discursos de sustentação extradogmático do modelo integrado de Ciências Penais

2.2.1. O Movimento de Lei e Ordem

2.2.2. A Política de Tolerância Zero e a relação com o Movimento de Lei e Ordem

2.2.3. Variável: a Esquerda Punitiva

3. Direito Penal do Inimigo: perspectivas contemporâneas de novo modelo integrado

PARTE II: CRÍTICA E REFUNDAÇÃO DOS MODELOS INTEGRADOS DE CIÊNCIAS PENAIS

1. Pressuposto constitucional: Estado de Direito

2. Crítica aos discursos de legitimação interna do Direito Penal: teoria agnóstica e redução de danos

2.1. O (falacioso) discurso sobre a missão do Direito Penal

2.2. O potencial maximizador das teorias da pena e a perspectiva agnóstica

2.2.1. Pena: entre a ciência política e a jurídica

3. Processo Penal como instrumento de garantias

4. Crítica aos fundamentos extradogmáticos de intervenção

4.1. (In)eficácia do modelo de política criminal repressivista no controle da criminalidade: cifras ocultas e aumento da violência penal

4.2. Tensão entre Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo

5. Modelos integrados de Ciências Penais e respeito aos Direitos Humanos

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisará a existência de um modelo integrado de Ciências Penais, o qual pode ser conceituado como a reunião funcional das Ciências Penais, mantendo-se cada uma com a sua autonomia metodológica. Posteriormente, serão identificadas as conseqüências político-criminais do modelo eleito.

A intrigante questão é se este modelo e se as suas conseqüências na política criminal constituem-se em parte responsável pela efetivação da tutela dos Direitos Humanos, sendo esses essenciais ao Estado Democrático de Direito. Caso a resposta seja afirmativa, haveria de se verificar se os pressupostos deste modelo integrado estão adequados às funções do Direito Penal e do Processo Penal, já que, sendo identificada outra interpretação, ter-se-ia outra análise político-criminal.

Deve-se deixar expresso, desde este momento introdutório, que se acredita que é o modelo integrado de Ciências Penais - independentemente do seu conteúdo - que traçará a política criminal adotada pelo Estado. Não se pode aceitar que o contrário se imponha, ou seja, a política criminal determinando as funções das Ciências Penais. Inclusive, entendemos ser a política criminal legislativa a conseqüência dos princípios e dos fundamentos do Direito Penal Material e Processual.

Diante de tal afirmativa, verifica-se a relevância acadêmica e prática da presente investigação, visto que se apresenta um modelo de Ciências Penais aceito por grande parte da doutrina, da jurisprudência e também no âmbito político. Neste sentido, deve-se verificar, como foi referido, quais são as

conseqüências deste modelo e, também, se os seus pressupostos estão corretos.

Com a análise crítica desses pressupostos, poder-se-á identificar um novo modelo integrado e quais seriam as suas conseqüências na política criminal. Restará, então, optar conforme os pressupostos e as prováveis conseqüências políticas de cada modelo, identificando aquele que está mais direcionado à tutela dos Direitos Humanos.

A presente pesquisa está adequada à linha de pesquisa “política criminal, Estado e limitação do poder punitivo”, já que se tem como pressuposto do modelo refundado o Estado Democrático de Direito, identificando-se nas Ciências Penais uma forma de limitação do poder punitivo, ao se determinar, desta forma, as diretrizes da política criminal. Esta linha de pesquisa pertence à área de concentração “Violência” do Curso de Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

A pesquisa será dividida para a sua melhor compreensão, em duas partes, sendo que, na primeira, o modelo integrado de Ciências Penais tradicionalmente estudado será apresentado bem como as suas conseqüências na política criminal. Na segunda parte, serão abordados os temas desenvolvidos na primeira, entretanto, de forma crítica, visando à adequação ao Estado Democrático de Direito e à alteração na política criminal para que essa esteja adequada à tutela efetiva dos Direitos Humanos.

Em ambas as partes do trabalho, existe uma divisão entre as análises intra e extradogmáticas. Trata-se, no primeiro momento, de analisar a dogmática, vista como a programação da ciência do Direito Penal, com o respectivo conteúdo da norma penal e a sua compatibilidade com os princípios constitucionais. No segundo momento, faz-se uma análise externa à dogmática, verificando-se os conteúdos criminológicos e políticos. Isto porque, nas palavras de Nelson Hungria, *a autêntica ciência Jurídico-Penal não pode*

ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão-somente a construção do Direito Penal através de normas legais.”¹. Contudo, não podemos afirmar que se trata de dois mundos distintos e sem relação entre si. É importante consignar que se entende por dogmática jurídica uma ciência de caráter prático, não se limitando a uma ciência do conhecimento em sentido estrito². Vera Regina Pereira Andrade, ao interpretar Luhmann e Baratta, apresenta uma importante função da dogmática jurídica, em relação à sua função diante das práticas legislativas e judiciais:

Precisamente configurando-se como um saber conceitual, vinculado ao Direito posto, é que ela pode instrumentalizar-se a serviço da ação (decidibilidade), estando interpelada a cumprir uma função central neste processo, qual seja, o de assegurar um nível de comunicação mínimo entre as decisões da instância judicial e a programação da instância legislativa, provendo o instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.³

Desta forma, resta evidente que se verifica uma necessária relação entre os aspectos intra e extradogmáticos e a conseqüente importância do aspecto intradogmático na atuação prática, tanto no aspecto político como no judicial.

Mais detalhadamente, na primeira parte procurar-se-ão identificar as funções do Direito Penal e do Processo Penal e a relação que este modelo cria entre essas ciências, sem que cada uma perca a sua metodologia autônoma. Posteriormente, verificar-se-ão os discursos político-criminais legitimadores das funções atribuídas ao Direito Penal e ao Processo Penal. Neste momento, após a identificação, algumas críticas a esses discursos serão apresentadas. Finalizando esta primeira parte da pesquisa, será apresentado um novo modelo de Ciências Penais, recentemente estruturado - apesar de seus ideais serem antigos - chamado Direito Penal do Inimigo, o qual caminha em paralelo com os discursos de política criminal repressivista apresentados no segundo item da primeira parte, porém com algumas características próprias. É possível afirmar

¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 97.

² ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 112.

³ *Ibid.*, p. 78-79.

que se está diante de um modelo repressivista com autonomia capaz de determinar funções ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Independentemente dos pressupostos, em ambas as situações - nos movimentos de política criminal repressivistas e Direito Penal do Inimigo -, pode ser identificado um discurso que vai de encontro aos Direitos Humanos, base estrutural do Estado Democrático de Direito.

Na segunda parte da pesquisa, faz-se uma introdução em relação ao modelo de Estado vigente, qual seja, o Estado Democrático de Direito, que apresenta características distintas do modelo de Estado de Polícia. Trata-se de necessária introdução, já que todos os conceitos que serão pesquisados e desenvolvidos devem ser compatíveis com os princípios reitores deste modelo de Estado. Após, iniciar-se-á uma análise do Direito Penal e do Processual Penal, desde o discurso apresentado na primeira parte da pesquisa, traçando uma perspectiva crítica àquele posicionamento, ao se apresentar uma nova função adequada aos princípios reitores do Estado Democrático de Direito. Em uma seqüência lógica, semelhante à utilizada na primeira parte da pesquisa, analisar-se-á a ineficácia dos modelos de política criminal apresentados anteriormente bem como a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito; na seqüência, será identificado o discurso elaborado, tendo por base as funções de Direito Penal e de Processo Penal apresentadas como compatíveis com o modelo de Estado vigente no Brasil.

O discurso de política criminal deve ir ao encontro da tutela dos Direitos Humanos, os quais, como já foi referido, integram incondicionalmente o Estado Democrático de Direito. No final, apresentando-se a teoria crítica dos Direitos Humanos, pretende-se demonstrar a importância não somente do respeito a esses direitos como também a criação de mecanismos que os assegurem. Isso acarreta, inclusive, um pensar penal e processual penal a partir do respeito aos Direitos Humanos, sendo aqueles ramos instrumentos capazes de propiciar a efetiva tutela desses.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo analisar o tradicional modelo integrado de Ciências Penais e as suas conseqüências na política criminal a fim de se identificar se essa política era compatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere a ser um efetivo instrumento de tutela dos Direitos Humanos. No primeiro momento, tentou-se fazer mera apresentação descritiva dos institutos e das suas funções tradicionalmente aceitas.

No segundo momento, pretendeu-se realizar a análise crítica do modelo de Ciências Penais tradicionalmente aceito, partindo-se dos ideais do Estado Democrático de Direito. O objetivo final era identificar quais são as reais funções que devem ser atribuídas aos institutos que compõe o modelo integrado de Ciências Penais, para que se possa identificar a opção de política criminal compatível com o Estado Democrático de Direito que deve ser posta em prática, visando à efetiva tutela dos Direitos Humanos.

Em outras palavras, pretendeu-se identificar as funções do Direito Penal e do Processo Penal, partindo-se do modelo de Estado Democrático de Direito. Caso isso fosse alcançado, ter-se-ia a política criminal, a qual deve decorrer, necessariamente, dos conceitos das funções atribuídas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, a serem adotadas.

Por fim, entende-se que a política criminal é decorrência do Direito Penal e do Direito Processual adotado, o qual é programado pela dogmática Penal e pela Processual Penal. Caso esses Direitos estejam desenvolvidos em compatibilidade com o modelo de Estado eleito, a política criminal também o

seria. Quando se trata das características do Estado Democrático de Direito, destacam-se duas características em especial: as leis que busquem a igualdade social e o respeito aos Direitos Fundamentais. Em relação a esses, utilizamos o caráter mais amplo de proteção, na denominação de direitos humanos.

Neste momento, consideram-se os objetivos da pesquisa alcançados. No decorrer da primeira parte, foi possível verificar que a partir do modelo integrado de Ciências Penais, desenvolve-se uma política criminal repressivista. Isso porque o Direito Penal, dentro desse modelo, possui a missão de tutelar bens jurídicos, sendo a pena tratada como um instrumento de prevenção e de repressão ao crime. O Processo Penal, por sua vez, é considerado como um instrumento de efetivação do Direito Penal Material ou, em outras palavras, a tutela do bem jurídico e a repressão e a prevenção da criminalidade são alcançadas através do Processo Penal. Com base nesses pressupostos, poder-se-ia identificar o Direito Penal e o Direito Processual Penal como efetivos instrumentos no combate à criminalidade. Foi com esse raciocínio que se desenvolveram a política criminal repressivista, através, por exemplo, dos movimentos de *Lei e Ordem*, *Tolerância Zero* e *Esquerda Punitiva*.

O apoio social a esses movimentos é grande e decorre, entre outras situações, da inexistência de outras medidas políticas. A carência de políticas públicas que visem efetivamente à repressão à criminalidade é também imensa. Com isso, a população se depara com os crescentes índices de criminalidade; além disso, são-lhe apresentadas unicamente medidas penais, as quais possuem grande simbolismo, capazes de satisfazer momentaneamente os seus anseios, tendo, ainda, grande efeito eleitoral. Com isso, o Direito Penal, no âmbito político, tornou-se uma eficaz arma, já que atende aos anseios populares e garante um positivo resultado aos autores de tais leis em eleições futuras.

A situação torna-se mais preocupante quando surge de forma estruturada, com características próprias, um novo modelo de Direito Penal denominado *Direito Penal do Inimigo*. Não se trata, efetivamente, de um novo modelo com todos os ideais novos. Pode-se afirmar, sem dúvida e com temor, que se está diante de uma das mais perigosas formas de modelos integrados de Ciências Penais. Neste modelo, com funções definidas, distingue-se o cidadão - que comete crimes eventualmente - do inimigo - que comete crimes por princípios. Ao inimigo, limitam-se as garantias, tendo esse o pior tratamento possível, afinal, inimigo o é. Verifica-se que esse modelo lesiona diretamente os princípios reitores do Estado Democrático de Direito, porque as leis não visam à igualdade e desprezam os Direitos Humanos. Um dos maiores males é que tal modelo é por demais atrativo para a população que está insatisfeita com a omissão estatal e clama por ações urgentes e enérgicas. A essa massa eleitoreira, além dos argumentos jurídicos e da ineficácia desse tipo de modelo, pode-se dizer que o inimigo de ontem foi um; o de hoje é outro; o de amanhã, ninguém sabe quem será.

Como se observam em constantes pesquisas, os índices de criminalidade crescem gradualmente. Isso possibilita concluir que a utilização de uma legislação penal de terror, aumentar as penas, criminalizar condutas e minimizar garantias⁴, não é eficiente⁵. Mesmo assim, mantém-se, cegamente - ou com intenções externas à técnica penal e à processual penal -, essas políticas criminais.

O fato é que a criminalidade nunca acabará, podendo ser reduzida a níveis toleráveis, desde que sejam adotadas as medidas políticas adequadas, as quais são políticas sociais e não penais. Entretanto, é preciso ter consciência de que se trata de um processo gradual e lento⁶.

⁴ "No Brasil, as respostas à criminalidade consistem, em sua grande maioria, em penas severas traduzidas em menos garantias constitucionais e um recurso mais amplo ao encarceramento." PASTANA, 2003, op. cit., p. 112.

⁵ GAUER, 2003, op. cit., p. 15.

⁶ COUTINHO, 2002 a, op cit., p. 184-185.

No decorrer da segunda parte da pesquisa, foi possível analisar as funções do Direito Penal e do Processo Penal, partindo-se de uma análise crítica do que foi desenvolvido na primeira parte. Ao final, foi possível identificar que o Direito Penal é um instrumento legal de controle do poder punitivo. Ao não ser identificada qualquer função para a pena, constata-se que essa deve ser imposta com o objetivo de evitar ações mais lesivas por parte das vítimas (antigo modelo da vingança privada) e por parte do próprio Estado, principalmente a partir do momento em que esse exerce o monopólio do poder punitivo. Em relação à função de tutela do bem jurídico, verifica-se que o Direito Penal não se constitui em um instrumento de tutela do bem jurídico, até porque, quando o fato torna-se relevante ao Direito Penal, o bem jurídico já foi lesionado. Em outras palavras, o Direito Penal atua após a identificação da lesão ao bem jurídico, sendo essa um pressuposto para a atuação do Direito Penal.

O Processo Penal, neste aspecto, não pode ser identificado como um instrumento repressivista que busca identificar o responsável pela ação típica, ilícita e culpável. O Processo Penal deve ser considerado como um efetivo instrumento de garantias, ou seja, através dele é que se pode garantir aos acusados que o meio utilizado para verificar se a eles deve ou não ser aplicada pena pelo cometimento do fato delituoso será o mais idôneo possível, possuindo, deste modo, as garantias respeitadas em grau máximo.

Verifica-se, desta maneira, que o Direito Penal e o Processo Penal, como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, devem atuar apenas quando absolutamente necessários. Até porque se verifica que o uso das Ciências Penais estigmatiza os seus envolvidos os quais, em regra, possuem mesma origem, estando à margem da sociedade. Com isto, resta evidente que o uso de leis penais e processuais penais, além dos casos excepcionais, causa distanciamento social, indo de encontro aos princípios reitores do Estado Democrático de Direito que prima por leis de caráter social que almejem a igualdade e o respeito aos Direitos Humanos.

Ao afirmar que a função do Direito Penal é a limitação do poder punitivo, tem-se que isso vai ao encontro do mandamento do Estado Democrático de Direito que determina a tutela dos Direitos Humanos. Em outras palavras, ao afirmar que a função do Direito Penal é limitar o poder punitivo, reconhece-se que o Direito Penal e o Processo Penal são eficazes instrumentos de efetivação dos Direitos Humanos, considerados através de uma nova perspectiva, integradora, crítica e contextualizada, nos termos da chamada Teoria Crítica dos Direitos Humanos.