



## O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL

Allisson Gomes Guimarães<sup>1</sup>

**Resumo:** Aborda os limites do direito de punir do Estado e a necessária consonância das políticas criminais contemporâneas com o contexto do Estado Constitucional e Democrático vigente no Brasil. Traz reflexões críticas acerca do chamado direito penal de emergência e a crise da intervenção mínima vivida pelo direito penal atualmente. Faz referências a hiperinflação legislativa e aponta caminhos para a rediscussão do direito penal enquanto *ultima ratio*.

**Palavras-chave:** direito penal de emergência, políticas criminais contemporâneas, *jus puniend*.

**Abstract:** Discusses the limits of the right to punish the state line and the necessary criminal policy with contemporary context of Constitutional and Democratic State law in Brazil. Brings critical reflections on the criminal law called emergency and crisis intervention experienced minimal criminal law today. References the legislative hyperinflation and pathways for renewed discussion of criminal law as *ultima ratio*.

**Keywords:** emergency criminal law, criminal policies contemporary, *jus puniend*.

<sup>1</sup> Estudante. Universidade Federal do Maranhão (UFMA). allissonguimaraes@gmail.com



## 1 INTRODUÇÃO

Na era da globalização, as políticas criminais punitivas ganham destaque em contraposição a ideologias minimalistas e garantistas que buscam a preservação de princípios como a intervenção mínima, a legalidade e a culpabilidade dentro da órbita dos sistemas jurídico-penais. Com a evolução do pensamento criminológico e do *jus puniend*, evidenciada ao longo da história e por reflexões trazidas pelas Escolas Clássica, Positivista e da Criminologia Crítica, a interpretação e a aplicação do Direito penal passaram a exigir coerência com o modelo de Estado adotado nos países e o respeito aos direitos individuais.

À medida que a justiça penal privada deu lugar à justiça pública, e o Estado passou a ser o ente legitimado capaz de tipificar condutas criminosas, assumindo a responsabilidade de punir os indivíduos que contrariassem as normas jurídicas e os valores sociais, o poder punitivo aparece como forma de inibir à criminalidade e assegurar os direitos e garantias fundamentais do homem. Notadamente no Brasil, que adota um modelo de Estado Constitucional, Democrático e de Direito, a observância pelo Estado de todos os limites legais e axiológicos ao exercício do *jus puniend* são decorrentes da Constituição Cidadã de 1988 e do sistema de garantias vigente em nosso País.

Desse modo, partindo do entendimento do direito penal como integrante de um sistema jurídico, o presente trabalho analisa os novos caminhos perseguidos pelas políticas públicas criminais da contemporaneidade no Brasil, fazendo reflexões críticas acerca do chamado direito penal de emergência e da crise da hiperinflação legislativa vivenciada atualmente, fundamentadas em estudos desenvolvidos por penalistas do Brasil e do direito comparado e em extensa pesquisa bibliográfica, trazendo, ao final, considerações de todas as reflexões e proposições constantes do trabalho realizado.

## 2 BREVES REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO E DO *JUS PUNIEND*

O estudo do processo evolutivo do pensamento criminológico sob o enfoque do criminoso e da criminalidade perpassa por teorias que tentam explicar o porquê do Estado punir os indivíduos, quais os meios e finalidades da pena e do controle social, e de que modo o Estado exerce o *jus puniend* através de políticas criminais eleitas como as mais



adequadas. Questionamentos tratados sob os mais variados fundamentos epistemológicos ao longo da história e que serão apresentados de forma breve e resumida.

Os ensinamentos da Escola Clássica<sup>2</sup> (século XVIII até metade do século XIX), que possui como principal idealizador Cesare Beccaria, apresentam o crime como uma realidade ontológica pré-constituída, evidenciada por escolhas internas dos infratores no exercício do seu livre arbítrio, ou seja, as pessoas praticam condutas criminosas a partir de suas próprias escolhas conscientes, desvinculadas de patologias individuais. Desse modo, as políticas criminais estavam voltadas para o desestímulo da prática de condutas criminosas pelos indivíduos durante o exercício de suas liberdades e a obediência às normas jurídicas. A Escola Clássica contribuiu de forma decisiva para um processo de humanização das penas e na contenção do poder punitivo arbitrário do Estado. (BARATTA, 2011)

A Escola Positivista (final do século XIX e início do século XX), que possui como principais expositores Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, defende que a criminalidade é uma realidade patológica presente nos indivíduos e a criminalidade seria causada por fatores biológicos, psicológicos ou sociais. Período que ficou marcado por estudos causais-explicativos do delinquente e do delito sob um enfoque eminentemente biológico. A função da pena cominada pelo Estado era tratar o indivíduo patológico para que ele não voltasse a delinquir. (BARATTA, 2011; ANDRADE, 2003)

Enquanto desiderato das teses defendidas pelas Escolas Clássica e Positivista, constadas ao longo dos anos, a ideologia da defesa social estudou a criminalidade sob o enfoque das instituições de controle social formal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia, etc.), do princípio da culpabilidade e da defesa dos valores sociais universais. Dividiu a sociedade entre indivíduos bons e maus, e todos aqueles que praticassem condutas contrárias aos valores universais estariam sujeitos aos rigores da lei penal justificados para defender os interesses da sociedade. Desse modo, o crime passa a ser objeto de investigação científica, naturalista e sociológica, e as políticas criminais voltam-se para a um provimento utilitarista e preventivo. (BARATTA, 2011; GUIMARÃES, 2007).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Bittencourt (2012, p. 97-98) distingue a Escola clássica em dois grandes períodos: “a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara [...]”

<sup>3</sup> Demonstrando essa característica de investigação científica trazida pela ideologia da defesa social e seu papel na políticas criminais vigentes da época, Baratta (2011, p. 41) comenta: “a ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal [...] O



Rompendo com esse diapasão, surgem novas acepções do pensamento criminológico ligadas à Criminologia Crítica, dentre elas a teoria do etiquetamento ou reação social - *labeling approach*<sup>4</sup> - que explica a atuação seletiva e classista das agências oficiais de poder do sistema penal. Desse modo, o crime passa a ser considerado como resultado de convenções, que selecionam determinadas condutas para serem alçadas à condição de condutas criminosas, passando por um processo de etiquetamento. (GUIMARÃES, 2007).

Contemporaneamente, a nova criminologia crítica, de inspiração marxista concebida por Alessandro Baratta<sup>5</sup> e com base epistemológica na teoria do etiquetamento do sistema penal, entende que o direito penal, de modo geral, serve para aprofundar as diferenças sociais e justifica que a atuação do Estado serve para a manutenção de privilégios das elites dominantes, garantindo sua imunização punitiva e demais privilégios. (BARATTA, 2011).

Nesse contexto, a violência estrutural assume importante centro de estudos do pensamento criminológico que aborda a criminalidade sob o enfoque de quem tem o real poder de definir quais serão os comportamentos criminosos e quais os objetivos reais almejados quando da utilização do sistema penal como principal forma de controle social. Ou seja, o direito penal estigmatizante, que está a serviço de quem detém o poder político e econômico, recai somente sobre os indivíduos eleitos para exercer papéis de criminosos – pobres, negros, homossexuais, etc.<sup>6</sup>

Enquanto marco referencial teórico, o desenvolvimento do presente trabalho é sustentado nas teses da nova Criminologia Crítica.

### 3 A CRISE DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato social penitenciário, mas também do homem de rua (ou seja, das *every day theories*) [...]"

<sup>4</sup> GUIMARÃES (2007, p.52): assevera que a escola fundamentou-se no “interacionismo simbólico que buscava explicações para o problema da criminalidade através da reação social.

<sup>5</sup> BARATTA (2011, p.161), ao explicar sobre as teses da nova criminologia crítica, assevera que “a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penamente sancionadas. A criminalidade é [...] um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

<sup>6</sup> Nesse contexto, GUIMARÃES (2007, p.70) comenta acerca do verdadeiro papel do direito penal: “[...] Ao invés de combater-se a injustiça social, pedra de arrimo da violência estrutural – essencial ao capitalismo - e causa de grande parte das mazelas sociais, combate-se através do sistema penal sua consequência, qual seja, a crescente e incontrolável onda de violência criminal, haja vista que seria, no mínimo, um paradoxo, que o poder combatesse algo que é pressuposto de sua existência”.



Os ideais de igualdade, liberdade, justiça e os princípios corolários da dignidade humana possibilitaram, ao longo dos anos, a busca pela proteção dos direitos fundamentais e a participação, cada vez maior, do povo nas decisões políticas em prol dos direitos humanos e das garantias individuais. Desse modo, o *jus puniend* e o controle social formal vêm sofrendo interferências de princípios limitadores que regulam a atuação do Estado, amparados pela Constituição Cidadã de 1988 e de seu extenso rol de direito e garantias.

Ancorado por limites consubstanciados nos sistemas jurídicos vigentes, o exercício do direito de punir do Estado Brasileiro, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, refletiu em uma intervenção estatal cada vez mais intensa na ordem jurídica, na sociedade e na economia. Nesse diapasão, o Direito Penal também sofreu influência desse novo modelo de Estado e passou a se desvirtuar de um dos princípios mais caros que o orientam, o princípio da intervenção mínima, em que o direito penal deve intervir na ordem jurídica e social somente quando os outros ramos do direito fracassam nesta função. (SICA, 2002)

Atualmente, o que se percebe no quadro das políticas criminais do Brasil é o desvirtuamento do direito penal de suas bases principiológicas de intervenção mínima, demonstrado através de uma desnecessária criminalização de condutas consideradas inadequadas socialmente e sem relevância para o direito penal, que acabam sendo objeto de discussões acerca de sua constitucionalidade, além de intensos debates na dogmática e objeto de reformas pela jurisprudência.

Os estudiosos das ciências criminais e das políticas públicas convergem em identificar na atual política criminal brasileira um chamado “direito penal de emergência”<sup>7</sup> que, segundo Leonardo Sica (2002, p. 82): “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”. Ademais, sobrepõe-se a modelos garantistas e minimalistas de Baratta e Ferrajoli e surge como orientação dominante, distante de qualquer racionalidade. Eficiência e garantia tornam-se, aparentemente, finalidades antagônicas do sistema penal. (MOCCIA, 1997; SICA, 2002)

Em síntese, o direito penal de emergência representa a tipificação de condutas criminosas pelo legislador baseada em clamores sociais e discursos midiáticos que distanciam o Direito Penal da “consciência comum” e da origem que o legitima. Choukr (2002, p.07) afirma que a emergência possui fundo político, “cujas manipulações ideológicas

<sup>7</sup> Para maior aprofundamento, vide Sergio Moccia. La perenne emergenza. Nápoles: Edizionim Scientifiche Italiane, 1997.



podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontroláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras”.

Essa técnica de normatização casuística amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses cada vez mais particulares, tendo em vista que somente as classes dominantes detentoras de poder econômico e político deste país são capazes de influir no processo legislativo, distanciando o direito penal de sua característica fragmentária. Há, portanto, uma falsa sensação de tranquilidade social e de um legislador atuante.

Para efeitos de reflexão, podem ser citadas as seguintes alterações legislativas e projetos de lei do Brasil enquadrados nesse movimento:

Lei nº12.737/2012	Publicação de fotos íntimas a atriz Carolina Dickman na internet.	Aprovada em tempo recorde. Identifica e pune crimes cometidos por meio da Internet. Objeto de críticas por considerar como criminosa somente a conduta que viole mecanismos de segurança.
Lei nº 8.072/90	Sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina.	Lei dos Crimes Hediondos. Aprovação da lei em 15 dias após os sequestros. Devido à rapidez da aprovação deixou de fora o delito de homicídio.
Lei. 8.930/94	Morte da atriz Daniela Peres	Criada por forte pressão popular inseriu o homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.
PL 122/06	Projeto de Lei contra a homofobia	Reflexo de movimentos contra a discriminação aos homossexuais, objetiva criminalizar a homofobia. Críticas no sentido de restrição à liberdade de expressão e desnecessidade de lei especial.
PL 236/12	Projeto do Novo Código Penal	Alvo de duras críticas por refletir opiniões a favor de políticas públicas criminais cada vez mais punitivas e encarceradoras.
Projetos de Lei para redução da maioria penal	Dezenas de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional	Em sua maioria objeto de clamores sociais para a revisão do Estatuto da Criança do Adolescente e para a redução da maioria para 16 anos.

Quadro 1 – Alterações legislativas e projetos de lei do Brasil

Em tela, o resultado dessa legislação do pânico pode ser encontrado nas superlotadas penitenciárias nacionais. Recentes dados divulgados pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) apontam que até junho de 2012 o total de presos em penitenciárias e delegacias do Brasil era de 549.577, o que representa um aumento de 380,5% no número total de presos em 10 anos.

Por outro lado, o poder da mídia é a nova variável capaz de influenciar diretamente o Estado na elaboração de políticas criminais. Representada por um novo poder, que reflete os interesses de grupos sociais que detém o poder econômico e político capaz de influenciar



na tipificação de condutas criminosas e na eleição, pelo legislador, de quem são os delinquentes atingidos por essas normas, a mídia constroi o consentimento social e modela o pensamento do povo. Nesse contexto, a mídia tem o papel de minorar e ocultar perante a sociedade a grave situação que as políticas públicas criminais se encontram, apresentando soluções simbólicas e ocultando a ausência de políticas públicas sérias, realistas e comprometida com o meio social. Fábio Martins de Andrade (2007, p.40) assevera:

“Em suma, a política criminal brasileira não passa de mero engodo. Funciona tão somente de maneira reativa ao sensacionalismo explorado diariamente pelos principais órgãos da mídia que, quase instantaneamente, consegue converter corações e mentes de enorme contingente de indivíduos encampando seus pleitos pelo endurecimento do sistema penal e alimentando-os com a geração de novas notícias, e assim sucessivamente.”

## 5 CONCLUSÃO

O estudo do direito penal emergencial e dos limites do *jus puniend* revela a incoerência e insensatez de um sistema penal que se imagina racional. A tipificação de condutas como resultado de clamores sociais, somada à influência da mídia, são capazes de mitigar princípios tão caros ao Direito Penal e ao sistema punitivo vigente. Ademais, o Estado detém outros mecanismos capazes de enfrentar as mazelas sociais, de modo que o direito penal não pode ser entendido como a solução de todos os problemas sociais. O que se percebe nessa crescente crise da intervenção mínima, é que as políticas criminais e o Estado não combatem o cerne da questão, quais sejam a violência estrutural e os problemas de democracia presentes na ordem jurídica e social brasileira.

A pesquisa demonstrou que a cultura da emergência e a inovação legislativa fundamentada em fontes casuísticas, emocionais e embasada em opções políticas equivocadas contribuem para a involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição dos antigos esquemas governamentais, revestidos de tendências autoritárias, demagógicas e expansivas; Alargam-se os limites opressivos do *jus puniend* e reduz-se a incidência de princípios fundantes do sistema penal, como a legalidade, culpabilidade, intervenção mínima e fragmentariedade, resultando em um sistema punitivo simbólico e estigmatizante que não coaduna com os objetivos de um Estado Democrático de Direito; A opinião pública, enquanto resultado de pressões exercidas por grupos sociais, origina uma série de consequências negativas para o sistema jurídico-penal brasileiro, constituindo uma



visão deturpada da realidade social e o nascimento de legislações extravagantes inócuas e sem efetividade prática.

As políticas criminais não podem caminhar no sentido de prevalência de um direito penal de emergência. Ao privilegiar políticas repressivas penais como a melhor solução para a resolução de problemas sociais, o Estado brasileiro se distancia do conceito de democracia, pois nesse processo vitimou a cidadania e os direitos humanos, desconhecendo a dignidade imanente a todo homem. Não há políticas para correção dos problemas estruturais para o alcance de uma cidadania plena, reformas de caráter social, medidas sócio-educativas, políticas que visem a redução das profundas desigualdades.

Um Estado que se declara Democrático de Direito, com um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, objetivos da República, deveres do Estado, etc, não deve possibilitar que um direito penal seletivo e estigmatizante se alastre na sociedade. A igualdade material é mero discurso simbólico e as novas políticas criminais não podem caminhar no sentido de supressão de direitos e garantias e da prevalência de um Direito Penal de emergência como alicerce para as novas políticas criminais do Brasil. Desse modo, confirma-se a hipótese deste trabalho ao ficar demonstrado que a hipertrofia penal é uma ameaça ao sistema de garantias e ao Estado Democrático vigente, alargando os limites do *jus puniend*, consagrando verdades parciais e atendendo a interesses cada vez mais particulares.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994. Título original: Der Begriff und Geltung des Rechts.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão jurídica de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.





BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. **Levantamento DEPEN 2012**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 07 de abril de 2013.

BIANCHINI, Alice. **Maioridade penal e o Direito penal emergencial e simbólico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1358, 21 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9627>>. Acesso em: 31 março de 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia, segurança pública e Justiça criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10768>>. Acesso em: 26 março de 2013.

GUIMARAES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MOCCIA, Sergio. **Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar. 1999.  
\_\_\_\_\_. **La perenne emergenza**. Nápoles: Edizionim Scientifiche Italiane, 1997.

RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 7. ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.



SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.