

Novos modelos de intervenção penal: o século XXI e o fim da liberdade?

New models of criminal intervention: The 21st century and the end of freedom?

Flávia Novera Loureiro¹

flavianl@direito.uminho.pt

Resumo

A segurança tem vindo a polarizar a relação dual que desde sempre caracteriza o Direito Penal, empurrando a liberdade para segundo plano, quando não mesmo levando à sua quase total aniquilação. Numa sociedade que parece ter voltado a deificar a segurança pública, colocando as suas preocupações no centro da atuação criminal, a reflexão que agora se apresenta pretende questionar esta opção, chamando a atenção para os respetivos perigos e reequacionando a importância inultrapassável da liberdade.

Security has been polarizing the dual relationship that has always characterized criminal law, pushing freedom into the background, if not even leading to its almost total annihilation. In a society that seems to deify public safety, putting its concerns at the center of criminal activity, the reflection that is now presented intends to question this option, drawing attention to the respective dangers and reassessing the insurmountable importance of freedom.

Palavras-chave: Direito penal. Liberdade. Segurança. Modelos de intervenção criminal.

Key Words: Criminal Law. Freedom. Security. Models of criminal intervention.

Introdução

A segurança é, a um tempo, razão de ser do Direito Penal, direito fundamental dos cidadãos e limite à intervenção estatal. Nessa medida, o equilíbrio necessário entre a segurança e o direito penal está em constante mutação e adquire, em cada momento e espaço, uma específica determinação e contornos concretos. Qualquer que seja essa conformação, tem sido permanente a tensão entre a liberdade de que tem de se abdicar e a segurança que através desse ato se pretende obter, pois que aos cidadãos de uma dada comunidade é sempre muito difícil abrir mão de uma porção da sua liberdade intrínseca, ainda que com o objetivo de atingir uma determinada segurança coletiva, já que para o conseguir estão a transferir para o Estado o poder de intromissão nas suas vidas privadas, estão a atribuir-lhe a faculdade de limitar os seus direitos e

¹ Doutora em Direito. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Investigadora do JusGov – Research Centre for Justice and Governance.

liberdades fundamentais. Por essa razão, sempre houve uma atitude de desconfiança e cautela por parte da sociedade em relação ao poder punitivo estatal, tentando encurtar a margem de intervenção do Estado ao mínimo possível, assegurando um conjunto de garantias do cidadão face à ingerência penal, afirmando princípios intransponíveis de proteção da pessoa sujeita a perseguição criminal, assentes, em última linha, na dignidade do ser humano.

Este estado de coisas tem vindo a alterar-se ao longo das últimas duas décadas sobretudo, ganhando terreno uma concepção de Direito Penal assente maioritária ou quase exclusivamente na ideia de segurança pública ou cidadã.

Metodologia

Utilizar-se-á neste artigo o método indutivo, sobretudo baseado na recensão bibliográfica.

Resultados e Discussão

Ora, a concepção de intervenção penal que conhecemos como modelo garantista assenta essencialmente no pressuposto de que o direito penal é apenas parte do controlo social geral, tendo por isso uma estrutura de atuação autolimitada, estribada nos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*. Sendo da sua natureza a aplicação de sanções particularmente graves, as mais restritivas dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o direito penal só intervém para defesa dos mais essenciais pressupostos da vida comunitária. Esta específica severidade das sanções penais é um dos aspetos que, por outro lado, justifica a já referida desconfiança dos cidadãos para com o exercício do poder punitivo por parte do Estado. Buscando a sua raiz no liberalismo político, o direito penal tem de defender o cidadão da possível arbitrariedade da intervenção estatal, tem de assegurar que a perseguição do crime não é obtida à custa de abusos de poder em relação aos cidadãos, delinquentes ou não. Toda a intervenção penal é, por isso, marcada por um conjunto estrito de exigências, quer no que respeita ao estabelecimento dos comportamentos típicos e respetivas penas, como no que tange com a verificação, a nível processual, do preenchimento dos pressupostos que levam à aplicação da sanção no caso concreto, quer ainda no que está relacionado com a execução das penas.

É já usual, todavia, falar-se hoje de crise deste modelo de intervenção penal. Muito embora os matizes dessa crise sejam diferentes de país para país, parece inegável que a concepção de direito penal que acabámos sinteticamente de caracterizar está em perigo. Naturalmente, são múltiplos os fatores que podem ser elencados para a sua explicação, tanto jurídicos como sociológicos, mas quase todos eles têm como denominador comum o crescente sentimento de insegurança do ser humano. Efetivamente, a partir das últimas décadas do século XX, temos vindo a assistir à difusão de um *discurso do risco* que, sem entrarmos aqui na análise da validade dos seus postulados, vem avolumando grandemente um receio generalizado contra certo tipo de criminalidade e justificado legislativamente um desvio no percurso que o direito penal até aí vinha trilhando. Esta sensação difusa de receio, sobretudo face a uma sociedade tendencialmente globalizada onde os meios de comunicação social desempenham um papel relevantíssimo no

adensamento do sentimento de insegurança, tem vindo a gerar uma mudança de paradigma no modo como os cidadãos comuns encaram a criminalidade. E, conseqüentemente, para irem ao encontro das suas expectativas, tem afetado também a forma como aqueles que têm poder decisório agem sobre ela.

O início do corrente século foi, nesse capítulo, especialmente fecundo. Os atentados terroristas, primeiro nos Estados Unidos da América e depois na Europa, multiplicaram muitíssimo quer o sentimento de insegurança das populações quer os ecos das palavras daqueles que, caracterizando a sociedade atual como de risco particularmente grave, apelaram a um combate feroz contra esta criminalidade que chegava agora onde até há bem pouco tempo ninguém acreditava ser possível. A segurança transformou-se velozmente numa das preocupações centrais das comunidades, que passaram a exigir dos Estados uma atuação penal cada vez mais extensa e eficiente. As garantias penais que o modelo de intervenção vigente tão cuidadosamente acautelava passaram a ser vistas como empecilhos a uma eficaz perseguição do crime e, portanto, como fatores que aumentavam a insegurança dos cidadãos.

Um pouco por todo mundo, sobretudo o ocidental, sucederam-se reformas legislativas normalmente produzidas com pouca ponderação e sem perspectiva sistémica, assentes numa política criminal pouco clara e desestruturada, que começaram a introduzir elementos dissonantes nos quadros normativos estabelecidos. Os direitos, liberdades e garantias têm vindo a ser progressivamente restringidos em nome da perseguição criminal, com o argumento de que novos tipos de criminalidade, especialmente grave e organizada, necessitam de uma atuação mais vigorosa dos poderes públicos, com alargamento dos meios de obtenção de prova, diminuição das garantias dos particulares e endurecimento das sanções. A segurança assume, pois, o centro da discussão penal e a sua procura parece justificar mesmo a superação do modelo garantista... Nesta perspetiva, a segurança face à criminalidade tem vindo a converter-se, um pouco por toda a Europa, num verdadeiro argumentário de política criminal. O poder político, face à cada vez mais mediatizada sensação de risco, pende sistematicamente para a tendência de procurar o consenso popular através da criação de leis que visam declaradamente a criação de uma sensação de segurança nos cidadãos no que respeita ao crime.

Mas esta viragem para uma *política criminal de segurança*, deve esclarecer-se, corresponde efetivamente a uma exigência crescente dos indivíduos e da própria comunidade. Na verdade, o aumento estatístico de muitas formas de criminalidade, mais e menos graves, a maior perceção do risco criminal, sobretudo devido à atenção reservada agora pelos meios de informação para a crónica negra, a multiplicação dos fatores de perigo no interior da sociedade moderna, e a entrada em crise da sociedade de bem-estar, que se julgava definitivamente adquirida, produzem no cidadão um sentimento de incerteza e insegurança que o faz pretender do Estado uma atuação incisiva em sede de combate ao crime. Cresce, por isso o coro de vozes que, a este propósito, anuncia ou constata o declínio do direito penal garantista, ora insistindo na necessidade de se manterem os seus pressupostos e instrumentos, ora sustentando a necessidade de o fazer substituir por ou-

tro, de contornos ainda pouco nítidos. Fala-se mesmo, a este propósito, de um novo modelo penal de intervenção penal: o modelo de segurança cidadã.

As sociedades atuais mudaram a sua forma de encarar e lidar com a criminalidade, mas a doutrina jurídico-penal clássica tem-se mostrado incapaz de compreender a necessidade de transformação e adaptação a esta nova realidade, pelo que o novo modelo penal que se vai delineando não corresponde a um sistema pensado e depurado pela doutrina (pelo menos até agora), mas tem-se efetivamente vindo a impor na maioria dos países europeus, através – desde logo – das alterações às leis penais levadas a cabo nos últimos anos. Face a esta mutação profunda, que além de tudo levanta graves questões de ordem metodológica à dogmática penal, a identificação das características principais deste emergente modelo penal poderá ajudar-nos a compreender o seu surgimento, a detetar as falhas ou limitações do modelo garantista e, naturalmente, a buscar soluções.

A primeira nota distintiva a salientar é o *protagonismo da delinquência clássica*. Ao contrário do que chegou a pensar-se nos últimos anos do século passado, a delinquência que gira em torno dos bens jurídicos individuais (especialmente, a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade) não cedeu o seu lugar quer face à criminalidade dos poderosos, quer perante a criminalidade de ordem terrorista. De facto, muito embora tenha havido franca discussão teórica a respeito da denominada expansão do direito penal, não deixa de ser significativo que ela se tenha alheado do movimento de endurecimento da reação criminal contra a delinquência clássica – que se fez sentir, de forma mais ou menos aguda, um pouco por toda a parte – para se centrar na análise da nova criminalidade e na necessidade de lhe encontrar respostas específicas dentro do direito penal. Esta opção enfrentou sempre grandes dificuldades de concretização, o que conduziu a que, a pouco e pouco, fossem abandonadas as preocupações quanto a este tipo de criminalidade e se regressasse à delinquência de matriz clássica.

Podemos salientar, depois, a *prevalência de um sentimento coletivo de insegurança comunitária*. Como temos vindo a referir, uma das mais marcas mais fortes da sociedade atual é a disseminada sensação de perigo que, tendo por origem fatores diversos, tem feito aumentar a preocupação dos indivíduos com a criminalidade, tanto como problema comunitário geral como enquanto receio específico de poderem ser vítimas de um crime. Esta atitude generalizada acaba por gerar dois fenómenos distintos especialmente significativos: por um lado, um descrédito acentuado na capacidade dos poderes públicos para fazerem frente ao problema, vulgarizando-se a sensação de que é cada vez menor a prevenção da delinquência; por outro, a diluição da atitude de compreensão face à criminalidade tradicional, sobretudo quanto à pequena criminalidade, que era muito comum nas primeiras décadas da segunda metade do século XX e se fundava na perceção do delinquente como um ser socialmente desfavorecido e marginalizado, para com o qual a sociedade tinha um particular dever de cuidado.

Em terceiro lugar, esta nova realidade caracteriza-se pela *centralidade dos interesses das vítimas*, que adquiriram, nos últimos tempos, um papel de crescente relevo tanto em sede de dogmática jurídico-criminal, como da própria política criminal (a nível criminológico, o advento da substantiva-

ção da vítima no problema penal começou um pouco mais cedo com o vitimologia). Durante muito tempo, os interesses da vítima do crime foram aglutinados pelos interesses públicos em causa no processo penal. A sua tutela obtinha-se de forma mediata, na medida em que a incidência do crime sobre determinado cidadão suporia uma lesão de interesses comunitários. Hoje, o próprio discurso político-criminal parece ter-se recentrado na figura da vítima, utilizando os seus interesses e sentimentos como argumento recorrente e cedendo, por vezes, à tentação de afastar do discurso e da ponderação os interesses do delinquente.

Uma outra característica deste modelo relaciona-se com o *populismo e a politização*. De facto, os agentes sociais determinantes na adoção e no conteúdo das decisões legislativas penais sofreram grandes modificações. Enquanto os conhecimentos e opiniões dos peritos e especialistas desempenham um papel cada vez menos relevante, a experiência quotidiana da população na perceção e interpretação dos conflitos sociais passou a ser atendida sem intermediários, transmitida pelos meios de comunicação social, por grupos de vítimas ou outros grupos de pressão.

Os predicados anteriores conduzem-nos imediatamente à consideração seguinte: surpreende-se igualmente neste modelo em formação uma *revalorização da componente punitiva da pena*. A ressocialização do delinquente é frequentemente criticada enquanto objetivo específico da aplicação da pena, tendendo a opinião pública a compreender as medidas que flexibilizam a execução penal com vista à reinserção social do delinquente como um conjunto de benesses imerecidas pelos delinquentes. Esta perceção da coletividade em relação à reintegração do agente traz ínsita uma outra consideração que já deixámos adivinhada: a sociedade deixou de reconhecer que, enquanto tal, tem um papel decisivo na explicação das causas da criminalidade e encara a delinquência como um ato premeditado e egoísta do agente, sempre com motivações fúteis e para o qual é preciso encontrar uma resposta enérgica.

Em estreita ligação com o ponto precedente, assinala-se também a este modelo uma propensão para a *redescoberta da pena de prisão*. Muito embora esta característica adquira relevos distintos nos diferentes países, não pode deixar de salientar-se que, face à sobreavaliação dos aspetos intimidatórios e, mesmo, retributivos das sanções se faz pelo menos sentir uma tendência para revalorizar a pena de prisão – sobretudo em ordenamentos jurídicos onde as penas alternativas à privação de liberdade não têm tradição ou não conseguiram implementar-se efetivamente.

Verifica-se atualmente, por outro lado, uma *ausência de receio face ao poder punitivo estatal*. Se o direito penal moderno se construiu com base num equilíbrio sempre frágil entre o interesse comunitário na proteção de bens jurídicos fundamentais e a permanente preocupação em obstar a que tal objetivo fosse atingido com uma intromissão abusiva dos poderes públicos nos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, hoje essa tensão parece pretender-se ultrapassada. A desconfiança cidadã em relação à capacidade das autoridades públicas para fazerem um uso moderado dos instrumentos de perseguição penal sempre pautou e limitou a atuação do Estado. Essa atitude está, todavia, em franca transformação nas sociedades democráticas.

Temos ainda como vetor desta realidade a *implicação da sociedade na luta contra a delinquência*. E ao afirmá-lo não estamos a reconduzir-nos, em contradição com o que dissemos antes, à as-

sunção pela comunidade da sua responsabilidade na gênese da delinquência, mas antes a referir-nos ao desempenho, pela própria comunidade, das funções específicas dos órgãos formais de controlo social.

Por último, ou como resultado de todas estas alterações, dá-se nos nossos dias uma profunda *transformação do pensamento criminológico*. À análise etiológica do crime e do delinquente, própria dos anos 50, 60 e mesmo 70 do século passado, sucedeu-se, a partir da década de 90, uma criminologia que explica a delinquência como um defeito, uma falha do controlo social. Assim, enquanto naquela perspectiva as propostas de diminuição da delinquência iam no sentido do reforço dos instrumentos de bem-estar e integração social, nesta o acento tónico há-se colocar-se no fortalecimento da segurança pública, na diminuição das falhas do sistema de controlo social e, conseqüentemente, na acentuação dos efeitos intimidatório e de reafirmação da vigência das normas e na deslocação do núcleo do problema do delinquente para o crime, de modo a reduzir as oportunidades de delinquir.

Conclusão

Assim, nas modernas sociedades democráticas, onde é reconhecido e efetivamente exercido um amplo leque de direitos e liberdades individuais, assistimos, paradoxalmente, a uma generalização da ideia de que tem de renunciar-se às garantias estabelecidas para prevenir os abusos do poder público contra os direitos individuais em troca de uma maior efetividade na perseguição do crime. Mas, mais preocupante ainda, essa disponibilidade não se confina a âmbitos criminais bem delimitados, antes se estende ao controlo da delinquência na sua totalidade, sem ter em linha de conta que a grande fatia do fenómeno criminal permanece sendo a delinquência clássica. Dito de outra forma, os cidadãos não delinquentes já não temem os poderes públicos no exercício das suas funções repressivas, não se sentem diretamente atingidos com os excessos que, com esta finalidade, podem verificar-se. Esta é que é a verdadeira novidade nas sociedades democráticas. E é esta constatação que, se bem vemos, não pode deixar de nos preocupar e nos obrigar a uma profunda reflexão sobre o caminho que pretendemos não só para o Direito Penal, mas para a própria organização comunitária. De facto, poderia eventualmente dizer-se que esta falta de receio dos cidadãos face ao poder punitivo do Estado decorre do amadurecimento das relações entre os indivíduos e as instâncias de controlo. Aqueles já não teriam suspeitas em relação a estas por se ter gerado um clima de confiança e compreensão entre uns e outros. Não nos parece, todavia, que essa seja a leitura correta a fazer. Sem esquecer que, felizmente, estas relações melhoraram de facto, não pode deixar de ver-se nesta atitude um alheamento coletivo em relação a alguns dos princípios fundamentais de qualquer modelo de direito democrático e, sobretudo, ao papel que os cidadãos nele desempenham. Por outro lado, é igualmente a tradução de um sentimento de reserva e desconfiança em relação à efetividade da justiça penal, pois que se entende que o Estado precisa de ir mais longe nos mecanismos de perseguição e nas penas a aplicar. Mas, sobretudo, corresponde a uma gravíssima desconsideração – diríamos mesmo indiferença – pela necessária proporcionalidade entre meios e fins e pela imprescindível condição de controlo e

responsabilidade de todos aqueles que exercem qualquer poder público, quanto mais o repressivo.

As sociedades hodiernas não podem esquecer os perigos de retrocesso autoritário que vão contidos na compreensão desta segurança pública como limitadora de direitos liberdades e garantias nem podem permitir que, a pretexto de levar o direito penal mais longe e mais forte, se caia numa total desumanização do direito penal. O direito penal não pode, não consegue, falhará rotundamente se pretender ser o *enforcement* de toda a atuação estatal. Mas, igualmente, é preciso compreender que já não é possível mantê-lo mínimo e muito menos que esse mínimo corresponda aquele círculo de bens jurídicos de recorte liberal à volta dos quais o direito penal viu a luz do dia. A realidade é mutável, velozmente mutável, e o direito penal não pode ficar parado, sob pena de se divorciar completamente dela e dos seus destinatários.

Exige-se, por isso, um Direito Penal moderno, atual, voltado para as dificuldades e desafios que o mundo de hoje enfrenta, capaz de se adaptar às novas realidades e de atuar sobre elas. Mas um Direito Penal que o faça – ainda e sempre – a partir dos postulados democráticos que são o seu alfa e o seu ómega.

Referências

ALESSANDRO BERNARDI, «Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea», *Política Criminal*, vol. 5, n.º 9 (Julio 2010), pp. 68-112.

DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC* 06-03 (2004).

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A Segurança e o Direito Penal: Os modelos de intervenção penal entre a mudança e a ruptura”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, pp. 1241-1257.

JESÚS MARIA SILVA SANCHÉZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, 2002.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Algumas reflexões sobre o direito penal na “sociedade do risco”», *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 209-224.

MIREILLE DELMAS-MARTY, *Libertés et surêté dans un monde dangereux*, Éditions du Seuil, 2010, p. 10 e ss.