

**POLÍTICA CRIMINAL – NOVOS DESAFIOS,
VELHOS RUMOS**

Anabela Miranda Rodrigues

POLÍTICA CRIMINAL – NOVOS DESAFIOS, VELHOS RUMOS

Anabela Miranda Rodrigues *

I

A “ligação” entre sociedade e crime evidencia-se na sociedade globalizada dos nossos dias.

O crime é um dos sintomas da emergência da sociedade global que, ao mesmo tempo, deixa perceber a sua evolução: não só do ponto de vista das ameaças que a espreitam, com a infiltração da criminalidade nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros; mas também porque o crime se adapta às novas formas de socialização: nesta sociedade “nova” desenvolve-se uma criminalidade “nova”.

Importa ter presente que as opções político-criminais se revelam no contra-luz do crime e da sociedade em que ele se manifesta. A “mesma” sociedade que “explica” – cria o crime, “explica” – legitima a reacção ao crime. Esta, se importa percebê-la nas manifestações concretas que assume, há que apreciá-la sobretudo – isso é o mais importante – à luz da ideologia que a impregna.

1. O direito penal como “instrumento de liberdade” vê-se hoje confrontado com uma crescente *demande de segurança*.

Falar de luta contra o crime significa assinalar uma *finalidade* ao direito penal, designadamente à pena.

Só esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na protecção de bens jurídicos o seu ponto de referência – responde aos problemas de legitimação do direito penal. Cabe à pena o ónus de otimizar os resultados.

Sem embargo, se nesta afirmação vai ínsito o conteúdo funcional e dinâmico da eficácia, há que reconhecer que, em matéria penal, a tendência para a maximização dos resultados, logicamente ligada a uma qualquer *Folgenorientierung*, não é ilimitada. Os paradigmas ideais da hiper-eficácia preventiva geral e especial, que a literatura descreve com a sua força sugestiva, a breve

* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Directora do Centro de Estudos Judiciários.

trecho evidenciaram que, em política criminal, a optimização dos resultados deve ser limitada por garantias que tornem ontologicamente inalcançáveis *ex ante* determinados vértices de eficácia.

O direito penal é expressão desta evolução. E também na ordenação dos poderes (punitivos) de perseguição penal do Estado em ordem à busca da verdade, do que se trata é de os limitar, para além do reconhecimento dos direitos das pessoas e, designadamente, do arguido, que está em causa assegurar e realizar. Numa evidente homenagem que o século XIX soube prestar aos direitos fundamentais, projectando-se na consagração de leis processuais penais como “leis de garantia”, que marcaram o sentido da evolução no século XX: pense-se só no caso do direito processual penal português, cuja estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de investigação, se tem por paradigmático¹.

Hoje, todavia, cresce a demanda de segurança.

Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade. A globalização é o seu cenário².

A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial em que repousava o mundo. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora todos os seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração do poder dão lugar ao *declínio dos Estados* e a um mundo onde proliferam as *redes*.

O aspecto “mais paradoxal” da globalização – que unifica o espaço das trocas e das comunicações no todo (ou quase) do planeta³ –, “traduz-se sociologicamente por uma disseminação indefinida e incontrolável de formas de socialização. Estas caracterizam-se (...) por recessos de identidades e comunitários (...)”, que se estendem e multiplicam sem preocupação de fronteiras. *Perante o recuo do Estado, são a contrapartida da globalização*⁴.

Neste contexto, desaparece a “esfera pública”, e surgem novos espaços de “socialização”.

O “espaço público”⁵ – o espaço da liberdade, da igualdade e da laicidade garantido pelo Estado – foi o espaço colectivo (social) próprio das sociedades

¹ Sobre a conformação do processo penal e a sua estrutura, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1988/1989, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Lições coligadas por M. João Antunes), p. 41 s.

² Sobre a globalização, *cfr.*, entre nós, José de Faria Costa, “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, 61, p. 531 s. Sobre o que se segue, *cfr.* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Criminalidade organizada – que política criminal?”, *Globalização e Direito, Studia Iuridica*, 73, *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, p. 192 s. e bibliografia aí citada.

³ Caracteriza-se a globalização como uma “compressão do mundo”: assim, ROLAND ROBERTSON, *Globalization: social theory and global culture*, 8(1992), *apud* EDGARDO ROTMAN, “The globalization of criminal violence”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, Fall 2000, number 1, p. 2.

⁴ Assim, JEAN DE MAILLARD, *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, Fayard, 2001, p. 39 s. e 89 s..

⁵ JEAN DE MAILLARD, *L'Avenir du crime*, Flammarion, 1997, p. 77 s.; *id.*, *Le marché fait sa loi*, *cit.*, p. 98 s.

modernas, que inventaram, ao mesmo tempo, o “espaço privado”, a “intimidade”, que escapava ao olhar dos outros membros da comunidade e onde se deviam confinar as diferenças. Os que não conseguiam integrar esta norma de funcionamento colectivo eram devolvidos para as margens da sociedade. Eram-lhes “exteriores” – chamavam-se delinquentes e o crime era o resíduo da marginalidade.

O mundo estava dividido em “bons” e “maus”, que se identificavam facilmente, e os “bons” faziam jus à sua bondade dando oportunidade aos “maus” de se tornarem “bons”.

Assim se conseguiu uma pacificação e um equilíbrio precários.

Hoje, sob o efeito da globalização, vêem-se proliferar os espaços colectivos em que não podem permanecer os indivíduos que são diferentes. A globalização não criou ainda um novo espaço social. Até ao presente, apenas tratou de “desconstruir os quadros sociais existentes”⁶.

A organização social vai fazer-se, por isso, através da criação de redes (ou comunidades) de indivíduos que se identificam entre si, não importando qualquer distinção entre rede (ou comunidade) legal e criminosa. Ambas estão, pelo contrário, estreitamente ligadas. A criminalidade deixa de se situar à margem da sociedade, já que está em todo o lado. Uma multiplicidade de grupos sociais constitui-se e reconstitui-se, criminosos ou não, funcionando todos da mesma maneira.

O que é novo e verdadeiramente preocupante⁷ é que, do ponto de vista estrutural, *não há diferença* entre redes quanto à sua função socializadora de base. Uma rede criminosa desempenha a mesma função de uma rede não criminosa. É esta “homologia” que, segundo alguns, permite falar de “sociedade fractal”, “pois que constituída por uma multiplicidade de grupos, todos diferentes no seu conteúdo e todos semelhantes na sua estrutura.

O que define a sociedade actual é a *porosidade*⁸ cada vez maior entre a sociedade oficial e a sociedade do crime. A criminalidade é ao mesmo tempo *ameaçadora* e *opaca*. O crime goza de uma dupla opacidade: de um lado, é invisível, banal, “gasoso”. Não é um comportamento previamente identificável. Deixou de poder falar-se, em relação a ele, das três unidades do teatro clássico: tempo lugar, acção. De outro lado, a relação imediata crime-estigmatização social esfumou-se.

Esta criminalidade é a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

2. Nunca como hoje foram tão grandes as possibilidades – de que Hassemer já fala há alguns anos – de “dramatizar e de politizar a violência”⁹. O retorno

⁶ JEAN DE MAILLARD, *Le marché fait sa loi*, cit., p. 93.

⁷ *Id.*, op. ult. cit., p. 100.

⁸ Assim, JEAN DE MAILLARD, *Crimes e leis*, Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, 1994, p. 91 s.

⁹ W. HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”, *Doctrina Penal*, 1990, p. 193. Nesta linha, o Autor alerta ainda para que “chegou a hora de conceitos como ‘luta’, ‘eliminação’ ou ‘repressão’ em detrimento de outros como os de ‘colaboração’ ou ‘viver com’”.

a um “delinquente-inimigo”, numa lógica de “guerra ao crime”¹⁰ devedora de uma *real politik*, não é só a resposta às dimensões avassaladoras e ao flagelo que constitui a criminalidade organizada. Este retrocesso vem embebido de em uma “cultura de segurança”, típica da “sociedade de risco” e da “sociedade do bem-estar”. Aos “novos riscos” e para protecção dos “novos direitos”¹¹, o Estado, “quebrado o voto” de solidariedade em que se cimentava o pacto social e desobrigado da realização de políticas sociais, responde com o que imediatisticamente satisfaz a “nova segurança” exigida: o direito penal¹². A “sociedade de comunicação e aberta”¹³ reforça a tendência de os poderes públicos recorrerem ao *instrumentarium* punitivo, que utilizam também como resposta “simbólica” aos conflitos sociais.

Pode ainda afirmar-se, sem grande margem para erro, que a criminalidade de massa é o cadinho de uma política criminal *populista*. É conhecida a sua tática de manipulação do medo colectivo difuso, utilizada com o objectivo de obter meios e instrumentos para o seu combate mediante restrições da liberdade das pessoas. “As contínuas vivências e descrições da criminalidade de massa condimentam um clima generalizado de medo ao crime, impotência do Estado e promessas de que, com maior repressão, a situação melhora”¹⁴.

Actualmente vive-se uma dramatização e uma politização da violência extraordinariamente grandes. A “oportunidade de perceber a violência e o seu exercício” estão extraordinariamente facilitadas. “Uma sociedade que dispõe, por um lado, de poderosos meios de comunicação e, por outro, está vivamente interessada, enquanto valora esses meios, na comunicação do fenómeno da violência, não precisa já de a experimentar no seu próprio seio para a perceber

¹⁰ O tratamento de atentados terroristas como “guerras assimétricas” – isto é, guerras não convencionais – vem legitimar um tratamento das organizações criminosas de pendor terrorista e das mafias internacionais dedicadas aos tráficos ilegais como “inimigos do Estado” e, portanto, agentes passíveis de uma resposta “não convencional», fora do enquadramento jurídico, mesmo do direito internacional. O estabelecimento, assim, de círculos concêntricos entre “guerras assimétricas” e o “direito penal do inimigo” (cujas base G. JAKOBS estabeleceu: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, p. 751 s.; vide, também, B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, 2001, p. 132 s.) implicam o retrocesso a um tempo em que o “estranho”, o “desviante” é o delinquente-inimigo e quem está fora do pacto social é alguém contra quem há que “lutar”. Sobre isto, cfr. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal”, *El derecho penal ante la globalización*, LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, M. ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS (Coord.), Colex, 2002, p. 53 e 54.

¹¹ As acrescidas expectativas dos cidadãos são convertidas em “direitos”: fala-se de “inflação de direitos” e de “explosão de direitos”. Sobre isto, cfr. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Colex, 2001, p. 266 s.

¹² Sobre isto, cfr. *infra*; também ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2002, p. 148 s.

¹³ Sobre isto, LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 269 s.

¹⁴ Assim, W. HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 92.

em toda a sua onnipresença: basta-se só com contemplar o exercício da violência no mundo que a rodeia”¹⁵.

Paralelamente a esta percepção social da violência, do risco e da ameaça, a atitude social transforma-se: a sociedade não oferece mais um direito penal que realmente seja uma garantia de liberdade: à “magna carta do delinquente” a sociedade opõe a “magna carta do cidadão”, o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime e de repressão da violência.

O requisitório é a favor de um direito penal que alia instrumentos e critérios repressivos a instrumentos e critérios inovadores e modernos, dando lugar, ao lado de um direito penal “de colarinho azul”, repressivo da violência, a um direito penal “de colarinho branco”, tecnocrático, de orientação pelos fins”¹⁶.

Marcado, entretanto, pelo olvido ou afastamento de princípios que tradicionalmente vinham já enriquecendo o património penal: o da (necessidade e da) subsidiariedade da intervenção punitiva e o da defesa da eminente dignidade da pessoa.

Está demonstrado empiricamente que o tema do “combate à criminalidade” constitui um subtil regulador dos sentimentos de ameaça da população”¹⁷. Sentimentos poderosos e fortemente enraizados, activados e despertados quando a ameaça é ao mesmo tempo intensa e difusa e a impotência do Estado para controlar a criminalidade é notória.

Certos grupos sociais mostram uma “elevadíssima sensibilidade ao risco” e uma “obsessão pela segurança”¹⁸. Estudos realizados mostram que não há relação directa entre taxas de encarceramento e taxas de delinquência. Verdadeiramente, a relação é entre taxas de encarceramento e “clima moral-social” associado a uma conjuntura económica específica¹⁹. É o “humor do tempo”, revela um estudo de Zimring e Hawkins²⁰. Não é a lei, defendem os mesmos autores, mas a *aplicação da lei* que influencia decisivamente a taxa de encarceramento.

O que faz deslocar a questão para o contexto cultural²¹. Exigências de austeridade e apelo à ordem social e a uma maior estabilidade exprimem um requisitório a favor da disciplina social a que uma política criminal mais agressiva pode dar corpo. Quando uma economia está em crise, os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade reivindica direitos e não se preocupa com a solidariedade. Já Durkheim o tinha compreendido, quando sustentava

¹⁵ W. HASSEMER, *Doctrina penal*, cit., p. 193.

¹⁶ *Id.*, *ibidem*, p. 198 s.

¹⁷ *Id.*, *A segurança pública*, cit., p. 89.

¹⁸ Sobre isto, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades postindustriais*, Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2002, p.32s.

¹⁹ Cfr. M. D. MELOSSI, “Effets des circonstances économiques sur le système pénal. Crime et économie”, *Actes - Rapports présentés au 11^e Colloque Criminologique*, 1994, p. 79 s.

²⁰ F. ZIMRING e G. HAWKINS, “The growth of imprisonment in California”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), 1991, *The Scale of imprisonment*, p. 83 s.

²¹ Neste sentido, e no que se segue, M. D. MELOSSI, *Actes*, cit., p. 83 s.

que a sociedade redefine as fronteiras da moralidade debatendo publicamente o direito, sobretudo o direito penal. Mead mostrou-o através da sua teoria do “bode expiatório”. E Foucault, com a sua análise da transformação das “ilegalidades subversivas” em “delinquência”, reforçou-o.

Por seu turno, a repressão da criminalidade organizada e o apoio na opinião pública que esta repressão merece caucionam, ao mesmo tempo, uma repressão muito mais abrangente. A mistura de dois tipos de criminalidade, organizada e de massa, vicia os dados da política criminal. O consenso obtido na luta contra a criminalidade grave permite justificar um endurecimento cego e generalizado da punição²².

Por um lado, o facto de se estar perante uma criminalidade muito grave, de efeitos danosos avultadíssimos e cuja violência é bem conhecida, convoca um discurso de encurtamento dos direitos, liberdades e garantias do delinquente, pretendendo-se que o respeito pelos direitos fundamentais é, em larga medida, inconciliável com a eficácia da perseguição deste tipo de criminalidade.

Numa análise acutilante da criminalidade organizada, Louise Shelley caracteriza-a como um “novo autoritarismo” que ameaça as democracias, com em enorme potencial disruptivo e de intrusão nas suas instituições²³. Resta saber se o preço da eficácia na luta contra esta ameaça da democracia é o de atingir a cerne da própria democracia: os direitos fundamentais da pessoa.

Por outro lado, há uma estreita ligação entre criminalidade organizada e global e a criminalidade local²⁴.

A globalização exclui segmentos de sociedades e economias das redes de informação disponíveis para as sociedades e economias dominantes. Desemprego e marginalização – criando o que Castells chama “buracos negros” do capitalismo da informação²⁵ – fornecem o mercado ideal para o recrutamento de delinquentes. “Soldados rasos das empresas de criminalidade global”,

²² “O grau de legitimidade atingido pelo sistema de justiça penal, pelo aparelho judiciário e pelo aparelho policial não tem precedentes na história italiana” – escrevia Pavarini, em 1994 (M. PAVARINI, “The new penology and politics in crisis: the italian case”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), p. 59). O pano de fundo era a Operação Mãos Limpas. Mas, concluía o mesmo Autor: “Por cada mafioso enviado para a prisão, cem toxicodependentes condenados são também enviados para a prisão; por cada político corrupto colocado atrás das grades, cem imigrantes de raça negra são presos”. Denuncia, na mesma linha, A. BARATTA (“Prefazione”, SERGIO MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. XXIII): a “sobrelotação das prisões italianas não é consequência de estarem cheias de mafiosos, traficantes de droga ou corruptos” – “cerca de 50% da população carcerária é toxicodependente e 25% pertence a grupos recrutados nas zonas sociais marginais de mais ‘risco’”.

²³ LOUISE SHELLEY, “Transnational organized crime: the new authoritarianism”, *The illicit global economy and State power*, 25, p. 32, H. RICHARD FRIMAN, PETER ANDREAS (eds.), 1999, *apud* EDGARDO ROTMAN, *Journal of Law*, cit., p. 9 s.: a criminalidade organizada beneficia do *vacuum* deixado pelo poder estadual centralizado.

²⁴ Cfr. EDGARDO ROTMAN, *op. ult. cit.*, p. 24 s.

²⁵ Manuel Castells, *End of millenium*, 1998, p. 161, *apud* EDGARDO ROTMAN, *op. ult. cit.*, p. 24.

na expressão de Rotman²⁶, que lembra o caso dos delinquentes que servem os traficantes globais de droga.

Este é o cadinho em que “crime e castigo” se tornam um tema dominante da política. O crime tende a estar obsessivamente sobrerepresentado nas campanhas eleitorais e a atenção dos *media* tornou-o “a metáfora preferida para todas as formas de ansiedade social”²⁷. A pena, por sua vez, é a metáfora que serve para apontar o remédio. Uma autêntica “obsessão pela pena” domina a sociedade – obsessão que acaba por dar lugar a uma verdadeira “indústria de luta contra o crime”²⁸. A prioridade no combate ao crime nos países industrializados avançados, especialmente nos Estados Unidos da América, desencadeou o fenómeno que Jonathan Simon chama “governo através do crime” (“governing through crime”)²⁹. O que quer dizer que o crime e o castigo se tornam o contexto preferido de governo – isto é, para orientar o comportamento humano em geral. A intervenção penal encobre uma eficácia real de *exclusão* e de *confinamento*³⁰, ganhando, neste sentido, um cariz simbólico.

Neste quadro, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente ou a invocação de direitos fundamentais deste afigura-se “anacrónica ou ingénua”³¹. A política criminal tende (então) a reduzir-se a uma “política de segurança”.

É certo que as teses críticas mais relevantes atacam a socialização com base na defesa da autonomia do indivíduo face ao Estado. E que o modelo neo-clássico que, designadamente nos Estados Unidos da América, pretendeu substituir-se ao modelo socializador não pôs em causa, por si mesmo, a limitação das sanções através dos princípios da proporcionalidade ou da culpa. Era um modelo neo-garantista.

A verdade, porém, é que, ao procurar reduzir-se a discricionariedade quase ilimitada com que eram tomadas decisões quanto à pena – quer quanto à determinação da sua medida, quer quanto à libertação do condenado em cumprimento de uma pena de prisão –, gerou-se em muitos países, ali sobretudo quando aquela preocupação é articulada com objectivos eficientistas de inocuidade, um discurso “legalista” da justiça, obrigatória, completa, fechada, repressiva e potencialmente desumanizante.

Por tudo isto, não é de estranhar que se assista, hoje, à inflexão das políticas estaduais e a um redesenhar da fisionomia das sociedades europeias, atingidas por uma espécie de “pânico moral” importado dos Estados Unidos

²⁶ *Op. ult. cit.*

²⁷ EDGARDO ROTMAN, *op. cit.*, p. 34, que apela a JONATHAN SIMON, “Governing through crime”, *The crime conundrum: essays on criminal justice*, L. M. FRIEDMAN, G. FISCHER (Eds.), 1997, p. 173.

²⁸ ASSIM, NILS CHRISTIE, *Crime control as industry*, London, 1968 (*apud* M. D. MELOSSI, *Actes*, cit., p. 95).

²⁹ *Cfr. supra*, nota 27.

³⁰ ASSIM, A. BARATTA, *La perenne emergenza*, cit., p. XXIII (que apela a Massimo Pavarini).

³¹ ASSIM, JOHN LEE, *apud* A. BARATTA, *op. ult. cit.*, p. XXI.

da América³². “O seu objectivo (...) é a delinquência dos “jovens”, as “violências urbanas”, as desordens de que os “bairros sensíveis” seriam o cadinho e as “incivilidades” de que os seus habitantes seriam os primeiros culpados”.

Dissimula-se, neste movimento³³, uma redefinição da função do Estado, que “se retira da arena económica e afirma a necessidade de reduzir o seu papel socializador e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal”. O “novo senso comum penal” é “a tradução e complemento, em matéria de justiça, da ideologia económica e social baseada no individualismo”.

É, afinal, a política de emagrecimento do Estado providência.

As ligações entre o declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de “menos Estado” na ordenação económica e social exige-se “mais Estado” para encobrir e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da protecção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo. O aumento de demanda de segurança relativiza a demanda de liberdade. A segurança – estritamente definida em termos físicos e não de risco para a vida (salarial, social, médica ou educativa) – emerge como prioridade da acção pública.

Em última análise: dizer que o investimento na socialização é eficaz, porque pelo menos a médio prazo reduz os custos sociais derivados do cometimento de crimes, não se compadece com a *política de gestão de riscos* – uma das formas de governo através do crime – que exige (decisões e) medidas a curto prazo.

II

3. Assistiu-se, nas duas últimas décadas do século XX, sobretudo nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, a um “desenvolvimento autoritário da justiça criminal”³⁴. Estes dois países têm “emblematicamente” em comum, neste campo, entre outras coisas, um limite etário muito baixo para a aplicação do direito penal (dos adultos) e a opção pela *inocuidade selectiva* (*selective incapacitation*) como finalidade da execução da pena de prisão.

Perigosidade e segurança são os conceitos-chave desta “penologia”. Que tem razão em se qualificar de “nova” – “nova penologia”³⁵ –, se bem que

³² Cfr. MALCOM M. FEELEY, “Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi ‘tre volte e sei eliminato’”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2000, p. 417 s. (a expressão “pânico moral”, que faz hoje parte do léxico sociológico, foi cunhada por Stanley Cohen para designar a atitude que se desenvolveu contra dois movimentos juvenis – os mods e os rockers –, protagonistas de desordens e de violências no anos sessenta e setenta do século anterior).

³³ Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar*, cit., p. 148 s. e bibliografia aí citada.

³⁴ Assim, A. BARATTA, *La perenne emergenza*, cit., p. XX.

³⁵ Sobre a “nova penologia”, cfr. *Crime and Risk Society*, PAT O'MALLEY (Ed.), Dartmouth, 1998, “Introduction”, p. XI s. e JONATHAN SIMON, “The emergence of a risk society: insurance, law and the

prossiga um desejo já antigo de irradicação do crime. No fundo, foi a esta preocupação que procuraram responder todas as elaborações doutrinárias sobre os fins das penas³⁶. Mesmo as que encontravam para estas uma *justificação* retributiva, não enjeitavam que com a aplicação das penas se visassem objectivos preventivos: Kant e Hegel, no passado; Welzel, Maurach, Armin Kaufmann ou Eduardo Correia, mais perto de nós, ilustram o que se quer dizer. E, se a defesa da sociedade não foi alheia à modernização e humanização do direito penal iniciada por Beccaria, ela passou a fazer parte da história com o Programa de Marburgo (1882) de Franz von Liszt, que conferiu à política criminal o estatuto de disciplina “científica” autónoma do direito penal³⁷.

Neste programa político-criminal, convém lembrá-lo, já se considerava o crime como reflexo da *perigosidade* do delinquente e a crença no seu tratamento levava à constituição de “grupos” de delinquentes ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis. Ideias que, fazendo parte do património do “modelo médico” de intervenção punitiva, não ficaram, todavia, como neste, ligadas a um movimento expansionista do direito penal, já que este direito penal nunca deixou de ser invocado por von Liszt como a “barreira intransponível da política criminal”³⁸.

Com efeito, um programa político-criminal orientado pela *Zweckrationalität*, assente na perigosidade e na fé na possibilidade de intervenção curativo-terapêutica pede, em coerência, “flexibilidade” – isto é³⁹, que se desenvolva à margem da legalidade, de acordo com princípios de *oportunidade* da promoção processual e da aplicação das reacções criminais e de *individualização* das sanções a aplicar. E, se nalgum momento se acreditou que substituir a pena pela medida de segurança e o jurista pelo médico era uma opção humanista e de progresso, a verdade é que a lógica *autoritária* desta intervenção

State”, *ibidem*, p. 3 s. Cfr. ainda J. M. SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones juridico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, *Estudios de derecho penal*, Editora Jurídica Grijley, 2000, p. 233 s. Entre nós, cfr. as referências de PEDRO CAEIRO, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”, *Revista do Ministério Público*, 84, 2000, p. 44; também FIGUEIREDO DIAS, “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, 61, 2001, p. 598 e 599.

³⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Editora, 1995, p. 152 s.

³⁷ Sobre o estatuto da política criminal, cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, 3, 1983, Lisboa, p. 5 s.

³⁸ FRANZ VON LISZT, “Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, *Strafrechtliche Ausätze und Vorträge*, tomo “, Berlin, 1905, p. 75 s. (p. 80). Sobre o programa político-criminal de Franz von Liszt, cfr., entre nós, Eduardo Correia, *A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa*, Coimbra, 1971, passim; V., ainda, J. M. SILVA SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre las bases de la política criminal”, *Estudios*, cit., p. 185 s.

³⁹ ASSIM, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Editorial Notícias, 1993, p. 59.

“curativa”⁴⁰ encontrou oposição e limite nas democracias, ao acolherem princípios como os da legalidade, da culpa ou da socialização não coactiva.

A preocupação de eficácia, ligada à segurança regressa agora, já o dissemos. E, ligada ao risco, volta a centrar-se na *perigosidade*.

Entretanto, entronizado aquele conceito de segurança e reinterpretado o de perigosidade à luz da racionalidade económica típica de um enfoque neo-liberal, abalam-se os limites que laboriosamente foram erigidos ao totalitarismo dos “programas finais”.

Com efeito, a nova penologia⁴¹ não enjeita a ponderação dos custos e benefícios económicos na discussão sobre os fins da punição. E, por isso, reabilita a ideia de *inocuidade*, além do mais *selectiva*⁴², já que apresenta significativas vantagens económicas perante a inocuidade indiscriminada. A inocuidade, ou seja, a manutenção na prisão, pelo máximo de tempo possível, de um número de delinquentes escolhidos em função da sua perigosidade (responsabilidade por certos crimes e previsão de que vão continuar a cometê-los) consegue uma redução radical da criminalidade e, desta forma, benefícios importantes ao menor custo.

O que se procura é obter o máximo de vantagens sociais com o mínimo custo possível, numa lógica empresarial que domina a actividade estadual de controlo da criminalidade.

A identificação dos indivíduos perigosos (*risk offenders*) é feita por métodos de natureza actuarial (*actuarial justice*)⁴³, os mesmos métodos de probabilidades e quantitativos que, no âmbito dos seguros, designadamente, se utilizam para a gestão de riscos. Isto supõe recorrer ao método estatístico, tomando como base *indicadores* cuja quantificação é o ponto de partida para fazer juízos de prognose sobre a perigosidade de certos grupos ou classes de indivíduos.

Alterou-se, pois, substancialmente, o método de prognose da perigosidade para identificação dos indivíduos a inocuidar, que deixou de se basear na análise psicológica individual e concreta da perigosidade. Deixou de interessar conhecer o indivíduo e saber o que o levou ao cometimento do crime para o “corrigir”: passou a interessar o seu perfil, o grupo, a população ou conjunto estatístico a que pertence, para o inocuidar e, assim, impedir de voltar a cometer crimes. Substituída a culpa pela perigosidade, ao Estado pede-se que faça

⁴⁰ Fala em “direito penal curativo” W. HASSEMER, “Bilder vom Strafrecht”, BOLLINGER / LAUTMANN (Hrsg.), *Vom Guten, das noch stets das Böse Schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, Frankfurt, 1993, p. 69 s. (p. 75 e 76).

⁴¹ Cfr. *supra*, nota 35.

⁴² Sobre o debate em torno da inocuidade selectiva, cfr. J. BLACKMORE / J. WELSH, “Selective incapacitation: sentencing according to risk”, *Crime and Delinquency*, October, 1983, p. 504 s (disponível em *Risk Society*, cit., p. 273 s) e TODD R. CLEAR / D. M. BARRY, “Some conceptual issues in incapacitating offenders”, *Crime and Delinquency*, 29, 1983, p. 529 s. (também em *Risk Society*, cit., p. 339 s.).

⁴³ Sobre isto, cfr. FEELEY / SIMON, “The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications”, *Criminology*, vol. 30, n.º 4, 1992, p. 449 s.; *id.*, “Actuarial justice: the emerging new criminal law”, NELKEN (Ed.), *The futures of criminology*, London, 1994, p. 173 s. (disponíveis em *Risk Society*, cit., p. 231 s e 375 s.).

a *gestão dos riscos* da reincidência, no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco.

A “eficiência” do combate ao crime assim o exige, sacralizado o valor segurança: agora um conceito que se “liga” exclusivamente à “defesa contra o crime” e perde a dimensão social, mas – paradoxalmente, ou talvez não – se desliga da protecção de bens jurídicos e é metonimicamente identificado com a “santidade dos locais públicos”, indispensável à “qualidade de vida” urbana⁴⁴. Quando a culpa define a fronteira absoluta da distribuição de riscos entre indivíduo e sociedade, recai sobre a sociedade o risco de reincidência do agente imputável que cumpriu a pena a que foi condenado pelo crime cometido. Já na gestão efficientista do risco que a nova forma de abordagem do combate ao crime pressupõe, todo o risco se faz recair sobre o indivíduo, submetendo-o a uma intervenção de segurança de máxima intensidade⁴⁵.

À luz desta lógica penal securitária⁴⁶ promove-se a ideia de que a “prisão funciona” e inverte-se a estratégia anti-institucional antes delineada na política criminal⁴⁷.

⁴⁴ A abordagem do crime mediante a lógica da “gestão de riscos reflecte-se num aumento do número de regras (preventivas) de regulação dos espaços públicos. Novas estratégias de prevenção do crime para tornar as pessoas seguras ou fazê-las acreditar que estão seguras são os substitutos da anterior abordagem de socialização. Cfr., *infra*, nota 46.

⁴⁵ Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de derecho penal*, cit., p. 243 s. Fala-se de *segurança cognitiva* por oposição a *segurança contrafáctica*.

⁴⁶ A “cultura securitária” apresenta vários traços característicos, para além dos indicados em texto. Refira-se aqui a “privatização da segurança”, com o recurso a “empresas privadas de segurança”, como um movimento puramente económico, face aos custos que a segurança representa para o Estado: actuando no ambiente, as técnicas de segurança “socializam” os custos do controlo, sem necessidade de intervenção directa do Estado (cfr. NANCY REICHMAN, “Managing crime risks: toward an insurance based model of social control”, *Research in Law, Deviance and Social Control*, 8, 1986, p. 151 s. (disponível no volume *Crime and Risk Society*, cit, p. 49 s.); mostrando como a privatização da segurança viola o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, P-H BOLLE, “La sécurité intérieure en Suisse: un concept multiforme et protéiforme”, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, Genève / Suisse, n.º 4, 2001, p. 392 e 393). Neste contexto, fala-se em uma nova proposta preventiva – a “nova prevenção” –, que desloca a perspectiva preventiva para fora do sistema penal, situando-a num momento anterior ao crime: sobre isto, cfr. EDGARDO ROTMAN, “O conceito de prevenção do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, 1998, p. 319 s. e CRISTINA ZACKESKI, “Da prevenção penal à ‘nova prevenção’”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 29, 2000, p. 176 s., com indicações precisas sobre os modelos anglo-saxónico e escandinavo e o francês. Outra característica da “cultura securitária” dos nossos tempos é a insegurança que ela própria cria. O Estado perdeu a sua função de “integração total da população”, de acordo com a reflexão de Jürgen Habermas, também pelo que diz respeito à segurança; que, por isso, sofre um processo de exclusão (fala-se de “ghetização”). Não há “uma segurança”, mas “várias seguranças” ou “vários espaços securitários”, fechados e justapostos, impermeáveis uns aos outros, mesmo incompatíveis, que, por se formarem na ignorância recíproca em cada grupo social, geram insegurança (sobre isto, cfr. P-H BOLLE, cit., p. 391, por referência a F. Sack). Note-se, de resto, que a referida privatização da segurança acelera este processo de “desintegração social”. Na linguagem sociológica, a “insegurança total” é o resultado da soma das “seguranças totais”.

⁴⁷ Elaboram-se estudos para fundamentar as conclusões de que “o triplicar da população prisional nos Estados Unidos da América entre 1975 e 1989 teria, unicamente pelo efeito “inocuidador”,

Simultaneamente, restringem-se as possibilidades de aplicação de certas medidas de flexibilização da pena de prisão, tais como a liberdade condicional, ou ensaia-se a sua reconformação, numa perspectiva de “controlo prolongado do indivíduo” ou de “êxito da sua aplicação” quando se violam as condições da sua aplicação e o indivíduo deve voltar á prisão. Esta corrente encontra ainda expressão na consagração de um sistema de “dupla via” em sede de processo penal. Que, no âmbito da pequena e média criminalidade, significa a consagração de um paradigma de oportunidade na actuação do Ministério Público⁴⁸, abrindo caminho a formas de justiça negociada em que está em jogo a possibilidade de um benefício penal; e, quanto à criminalidade mais grave, abre a via a soluções que, por vezes, podem colocar em causa, de forma insustentável, os direitos de defesa do arguido: pense-se, a título meramente exemplificativo, em certas hipóteses de utilização de agentes encobertos ou no aproveitamento das potencialidades de novos meios tecnológicos para lograr certas formas de protecção de testemunhas (da sua identidade, por exemplo)⁴⁹.

III

Num mundo aberto e complexo, “o fenómeno criminal lança-nos um desafio paradoxal: habituarmo-nos a viver com uma criminalidade inerente ao próprio funcionamento da sociedade e conceber, todavia, réplicas que a impeçam de nos submergir”⁵⁰.

Que fazer para controlar o “caos”? – se quisermos utilizar uma linguagem científica. Que estratégia para o novo milénio”? – se quisermos utilizar uma linguagem política.

São dois os desafios que, apoditicamente, podemos enunciar: encontrar formas vertebrantes de uma política criminal comum e não dar cobertura a uma “política criminal securitária” em detrimento de uma “política criminal de liberdade”.

prevenido 390 mil assassinios, violações e assaltos violentos só durante o ano de 1990” e de que “as despesas com as penitenciárias são um investimento ponderado e rentável para a sociedade” (a este propósito, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar*, cit., p. 150 e bibliografia aí citada). Nos Estados Unidos Da América, nos anos setenta, só 10% das condenações ultrapassavam um ano de prisão – as restantes ou eram inferiores a um ano, suspensas com condições ou o condenado sujeito ao regime da *probation*; nos anos oitenta, aquele número quadruplicou; entre 1980 e 1992, em todos os Estados Unidos, a população carcerária triplicou (cfr. MALCOM FEELEY, *Rivista Italiana*, cit., p. 419).

⁴⁸ Sobre o significado desta “oportunidade” que não serve interesses iminentes à administração da justiça penal e, assim, os da intervenção mínima, não estigmatização do agente, consenso e economia processual, que devem ser prosseguidos, mas a *raison d’Etat* ou a conveniência de serviço, cfr. PEDRO CAEIRO, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 38 s.; também, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e eficácia – uma opção político-criminal”, em curso de publicação, *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro Faria*.

⁴⁹ Sobre isto, cfr., ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12 (2002), p. 553 s.

⁵⁰ Assim, JEAN DE MAILLARD, *Crimes e leis*, cit., p. 91.

4. Um nível problemático resulta do facto de a política criminal estar em processo de “desnacionalização” ou “desestadualização”. E isto, não só no sentido que já se assinalou, ao falar de consensualismo, de fazer recuar o Estado na intervenção coactiva e chamar a sociedade a participar na luta contra o crime: isto é, no sentido que a política criminal perde o seu carácter simplesmente “estadual” e ganha uma “tournure” social.

No tempo actual, a política criminal tornou-se comum – “comunitarizou-se”, seja o que for que signifiquem “cooperação” ou “harmonização”. Há um processo de “regionalização político-criminal” em marcha: para além, inicialmente, do Conselho da Europa, do Benelux e da União Nórdica, mais tarde o espaço Schengen e agora a União Europeia.

Tornou-se evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio da nova criminalidade.

Esta criminalidade utiliza as lógicas e as potencialidades da globalização para a sua organização, permitindo que grupos criminosos homogéneos “aproveitem as vantagens que oferece o novo espaço mundial, com a criação de zonas de comércio livre em algumas regiões do mundo, nas quais se produz uma permeabilização económica das fronteiras nacionais e se reduzem os controlos”⁵¹. Neste “mercado gigantesco” para que evoluiu a economia mundial, existe uma procura de bens proibidos que, agora por este motivo, o converte em idóneo para a proliferação de organizações criminosas. Para o satisfazer, surge um mercado de bens e serviços ilegais que coexiste com o mercado legal. O crime adquiriu uma enorme capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos tão diferentes quanto o jogo, o proxenetismo ou a prostituição, os tráficos de armas, de drogas e de pessoas.

É bem conhecido o fenómeno de “regionalização económica” do mercado global (internacional). Blocos de países, que começaram por configurar uma integração económica e depois passaram a constituir uma união política, fizeram deslocar os centros de decisão dos “Estados soberanos” para a “comunidade de Estados”. Uma série de políticas *comuns* exigidas pela integração (económica) são postas em funcionamento.

As redes criminosas beneficiam das possibilidades que lhes oferecem as redes de mercados livres, usufruindo dos avanços tecnológicos para dar um salto qualitativo na sua actuação. É uma criminalidade com alto poder de corrupção-contaminação das relações económicas lícitas, bem “organizada” do ponto de vista estrutural. A organização criminosa tem de ser vista como uma força essencial do mercado económico globalizado⁵². A semelhança com

⁵¹ Assim, I. BLANCO CORDERO e I. S. GARCIA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas e la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, *Revista Penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 6, p. 4.

⁵² Assim, e no que se segue, cfr. EDGARDO ROTMAN, *Journal of Law*, cit., p. 5.

a “empresa” na forma de conduzir a sua actividade e de se reestruturar em função das modificações dos mercados mundiais confere-lhe capacidade para se movimentar com agilidade no mundo económico. Enquanto a empresa criminal na sua forma tradicional (clássica) é caracterizada pela hierarquia, a mais moderna é flexível, expande-se ou contrai-se de acordo com as oportunidades ou os riscos. Para além disso, adopta como referência o modelo empresarial e dos negócios: racionalização dos meios pessoais e materiais, a vocação para a obtenção de benefícios de natureza predominantemente económica, a expansão da actividade em diversas áreas geográficas, o inter-relacionamento com outras organizações ou a tendência para investir uma parte dos lucros.

Para lutar contra esta criminalidade baseada naquela nova “união” que a alimenta e faz expandir, tornou-se inevitável libertar a política criminal das suas referências estaduais internas. Independentemente de se ser mais ou menos optimista⁵³ quanto à possibilidade e necessidade de uma “europeização” do direito penal, a Europa, designadamente, tem vindo a dar passos com vista à construção de um espaço comum penal: a criação de um “espaço de liberdade, de segurança e de justiça” foi inscrito, no Tratado de Amesterdão, como um objectivo claramente identificado da União Europeia.

As vicissitudes da construção penal europeia levam-nos a interrogar-nos sobre essa “criação” que “foge à vontade do criador”.

O que se vem dizer é que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de iniciativas legislativas ao nível europeu ultrapassam a “visão estreita” da soberania nacional e demonstram que se está perante a emergência de uma política criminal comum⁵⁴. Falta, todavia, um “pensamento” sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal europeia.

O que é inquietante, já que, desta forma, as diversas iniciativas surgem isoladas, sem enquadramento em um qualquer modelo de justiça penal europeia racionalmente concebido.

O espaço de liberdade, de segurança e de justiça é já, à luz do Tratado de Amesterdão, um “espaço comum”. Que, entretanto, alimenta uma tensão muito

⁵³ O optimismo ou pessimismo relativamente à construção europeia tem a ver, entre outros aspectos, com a criação de um espaço penal europeu mais garantístico ou mais repressivo ou securitário. A título meramente exemplificativo, entre os primeiros, podem citar-se KLAUS TIEDMANN, *Festschrift für Lenckner*, p. 433 s.; *id.*, GA, 1998, p. 107 s.; ULRICH SIEBER, *Juristenzeitung*, 1997, p. 369 s.; JOHN A. E. VERVAELE, “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Iuris 2000 y de la Fiscalía Europea”, *Revista Penal*, Universidade de Castilla-La Mancha, n.º 9, p. 1345.; ou MIREILLE DELMAS-MARTY, “Vers un droit pénal européen commun?”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º 19, 1997, p. 95; entre os segundos, WEIGEND, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1375 s. (p. 1398 s.); ANNE WEYEMBERGH, “Le rapprochement des législations pénales au sein de l’Union européenne”, *L’espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2002, p. 127 s. ou MARIA LUISA CESONI, “Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse”, *op. ult. cit.*, p. 153 s.

⁵⁴ Refira-se o exemplo da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, de 13 de Junho de 2002 (JOCE, n.º L 190, 18 de Julho de 2002, p. 1). Sobre o mandado de detenção europeu, desta perspectiva, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu: um passo ou um salto?”, em curso de publicação, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, e bibliografia aí citada.

viva entre abordagens *por objectivos* (abordagens isoladas) e uma abordagem *global*, tendo sido dada, até agora, prioridade à *cooperação* em detrimento de uma política criminal (mais) integrada.

O que se salienta é que, pela via da harmonização – e também do reconhecimento mútuo –, deu-se o sinal de uma vontade política de eliminar as fronteiras nacionais em matéria penal; e, assim, porventura, um “salto” qualitativo, de uma cooperação inter-estadual para uma integração supra-estadual. Qualquer dos dois sistemas referidos se podem inserir na tentativa de pôr em prática um espaço “único” europeu, designadamente, o princípio do *território único*.

Este processo de construção do espaço penal europeu desenvolve-se, contudo, na base de um consenso suposto e na ausência de um debate público e democrático em torno dos valores e dos meios adequados para os proteger, bem como sobre as competências e práticas de decisão. As peças de um *puzzle* são dispostas e tendem a tornar-se um sistema. É grande, pois, o risco de se ter como resultado um sistema penal que não se escolheu consciente e deliberadamente. E em relação ao qual se pode temer pelo carácter securitário.

Vem-se denunciando ao projecto da União Europeia, no domínio da justiça penal, o carácter “prioritariamente repressivo”, que faz “primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade”. Exactamente porque falta uma “ideia” que dê coerência às diversas iniciativas, articuladas sobre a realização do princípio do reconhecimento mútuo e na perspectiva da harmonização.

Neste “movimento” – pois que só de um “movimento” se trata –, poder político e sociedade civil têm estado de costas voltadas. “Fosso” e “ausência de diálogo”: é por certo provocatório falar nestes termos e talvez exprima um juízo demasiado severo.

Mas é este “divórcio” o responsável pelo medo de um “Estado policial europeu” ou pelo discurso do “crepúsculo das liberdades”. Devem ser dados sinais claros de que a União Europeia não está a caminho de se tornar uma “Europa fortaleza”. A uma política criminal europeia cabe responder, com urgência, às perguntas sobre a “necessidade, sentido e âmbito” do direito penal.

4. Outra questão que se coloca é a de saber se se justifica, no âmbito da “luta contra o crime”, o endurecimento da repressão penal ao nível nacional.

O que parece observar-se é que a busca de uma eficácia punitiva reforçada oferece mais intervenção penal e mais severa.

É certo que as recentes transformações do mundo e da vida em sociedade devem ter tradução em modificações importantes da política criminal. O direito penal tem de estar preparado para dar resposta a perguntas instantes e não se esconder em “falsos purismos”⁵⁵.

Hoje, como ontem, pede-se eficácia ao sistema de justiça penal.

⁵⁵ Assim, W. HASSEMER, “La ciencia juridico-penal en la República Federal Alemana”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, tomo XLVI, fascículo I, p. 35 s. (p. 79).

Entretanto, erigida a segurança a direito fundamental do cidadão, cuja satisfação pode exigir do Estado, sacrificam-se direitos e liberdades fundamentais no altar do combate à criminalidade.

Na resposta ao crime, é preciso romper com a espiral de violência – em que parece não haver senão uma saída: o recurso ao direito penal e a esasperação dos recursos punitivos – e experimentar-se a “pacificação”.

A “legalidade” penal constitui(u), sem dúvida, uma conquista do “indivíduo”, no sentido da delimitação do poder punitivo do Estado (e da igualdade). A “pacificação” veio com a “submissão” à lei da reacção ao crime: afirma-se ao nível material e processual.

Mas a “lei” não pode justificar o endurecimento da resposta penal ou servir respostas puramente securitárias ou repressivas, nem obstruir o caminho a soluções flexíveis na realização da justiça. Qualquer das vias impede o tratamento “igual” dos cidadãos, que a própria lei, na origem, veio procurar estabelecer.

O desafio é claro. Factores de peso – a massificação da criminalidade e uma nova criminalidade – têm vindo a abrir caminho a *reformas*, que se fazem tendo como pano de fundo duas forças “contraditórias”: de um lado, uma maior ênfase das garantias individuais, associada a modelos políticos democráticos; de outro, a necessidade de uma maior eficácia da luta contra o crime.

É por isso que hoje é preciso reequacionar os equilíbrios do Estado de Direito. Laboriosamente encontrados – entre, de um lado, exigências de defesa da sociedade e uma administração da justiça eficaz e, de outro, a protecção dos direitos fundamentais das pessoas, buscando, em cada momento concreto, a sua máxima realização possível⁵⁶ –, mostraram-se precários.

Perante os novos e grandes riscos da pós-modernidade, de que a criminalidade organizada é (apenas) um exemplo paradigmático, o que se pede ao direito penal é que não seja só um “ordenamento de liberdade”: isto é, um direito-limite às intervenções punitivas estaduais, porque esta seria a melhor forma de protecção dos direitos das pessoas. Pede-se-lhe que seja “também” um “ordenamento de segurança”: isto é, um direito-limite dos direitos das pessoas. Que satisfaça, pois, “paradoxalmente”, duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da protecção dos direitos das pessoas; e que amplie os poderes do Estado, também em nome dos direitos das pessoas.

Eficácia e protecção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta a(s) diferentes formas de) realização da justiça penal. Só que a protecção dos direitos fundamentais (obtida) à luz do valor segurança obriga a (re)encontrar novos equilíbrios para aquela polarização.

Tudo está em continuar a fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito.

⁵⁶ Desde sempre, na senda da “concordância prática das finalidades em conflito” no processo penal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 28.

O “segredo” reside em reverter à “fórmula paradigmática” que desde há muito vem enunciando entre nós Figueiredo Dias, e que se traduz em atribuir ao direito penal “a função exclusiva de protecção subsidiária de bens jurídicos”⁵⁷.

Trata-se, com isto, de assumir os princípios político-criminais da “intervenção mínima” e de “*ultima ratio*” que informam uma “política criminal racional”. E de retirar daí todas as consequências.

Se o direito penal não é “a” resposta para os problemas sociais – como escreveu Figueiredo Dias, “se não é instrumento de governo da sociedade”⁵⁸ –, a verdade é que ele não deve demitir-se de intervir perante as novas formas de criminalidade⁵⁹. Sob pena de introduzir na realização da justiça penal uma selectividade que a poderia aproximar de uma justiça de “classe” – um direito penal para os “novos” perigosos⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. o enunciado da proposição político-criminal apresentada em 1983 por FIGUEIREDO DIAS (Os novos rumos, cit., p. 11): “Uma política criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuperáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”. Vide, por último, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., p. 586: “Função do direito penal é, exclusivamente, a protecção subsidiária de bens jurídicos”.

⁵⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 74; na mesma linha, cfr., por último, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit. p. 597 e 598.

⁵⁹ Sobre o “direito penal mínimo” de protecção de bens jurídicos sociais, transindividuais ou colectivos, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., p. 602 s. (v. também, p. 587 s.). Vide, também, na mesma linha, GIORGIO MARINUCCI-EMILIO DOLCINI, “Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalita”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, 3, p. 802 s. (especialmente, p. 819 s.).

⁶⁰ Afastam-se as concepções de um “direito penal mínimo” nas versões de W. HASSEMER (“Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, SCHOLLER-PHILIPPS (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, p. 88 s. e 93 s.), A. BARATTA (“Principi del diritto penal minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limite della legge penale”, *Dei delitti e delle vie del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 417; “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 s. E p. 466) e FERRAJOLI (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 417; «Il diritto penale minimo», *Dei Delitti e delle pene*, 1985, p. 493s.). Sobre isto, cfr. G. MARINUCCI-E. DULCINI, *op. ult. cit.*, p. 813 s. Destas versões do direito penal mínimo dizem os autores que teria conotações com “o ‘velho direito penal de oitocentos’ que, como escreveu Klaus Lüderssen, ‘era sobretudo um direito de classe (...)’ não se dirigia nunca contra os ‘grandes’, nem no plano económico nem no político” (p. 816); v., ainda, p. 820. Neste sentido, também, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., p. 594 s. Cfr. ainda, a versão do “direito penal mínimo” de SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal*, cit., p. 136 s. (sobre ela, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *op. ult. cit.*, p. 601; também, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Globalização e direito*, cit., nota 32 e p. 206; cfr., ainda, *infra*). Quanto a Silva Sánchez, pretende um direito penal “no ‘ponto médio’ da configuração dualista” (p. 145) que, no fundo, pretende identificar em função do “facto» praticado e das suas consequências jurídicas e não em função do “agente”. Sem se discutir esta distinção, o que se afirma é que não se percebe que, a partir daqui, estabeleça “como princípio” que, para uma certa criminalidade (económica) não devem ser previstas penas privativas de liberdade (cfr. *infra*) e ainda que, não sendo estas aplicadas, possam ser flexibilizadas as regras da aplicação das outras penas, por exemplo, pecuniárias

A solução passa, em nosso entender, por uma política criminal pragmática e diferenciada, com contornos bem definidos. A ilusão de “justiça para todos e já” que a democracia trouxe consigo deve ceder lugar, no domínio da justiça penal, à justiça que, se se quer “realizar” e não incorrer no risco de ser selectiva “no resultado” da intervenção, tem de ser selectiva “no princípio” de intervenção.

Assim, o sistema punitivo⁶¹, continuando a recusar o endurecimento da punição que representam as penas de morte e de prisão perpétua, deve repousar na concepção básica de que a pena privativa de liberdade constitui a *ultima ratio* da política criminal e deve ficar reservada, assim, para a criminalidade mais grave. Com as consequências que daqui decorrem: atribuição à prisão de um sentido socializador não coactivo e, no domínio da pequena e média criminalidade, limitação da aplicação concreta desta pena, através da sua substituição por penas não institucionais.

Ao nível da acção penal, por sua vez, é inequívoco o seu significado: a opção por um regime processual “diferenciado” – soluções “diferenciadas”, céleres e consensuais, por um lado, formais e ritualizadas, por outro, para fenómenos criminais “diferenciados”, respectivamente, a criminalidade de massa e a criminalidade mais grave, designadamente organizada.

Em qualquer dos níveis de intervenção penal, todavia, a solução passa pela afirmação dos direitos fundamentais. Isto é algo que o nosso tempo vai dolorosamente reaprendendo.

Ao nível do sistema punitivo, o sentido socializador da pena privativa de liberdade é fiel aos direitos fundamentais e respeita a vontade do condenado. Na execução da sanção, a concepção autoritária evola-se, não admitindo o tratamento com vista à socialização contra a vontade do recluso. A aplicação de penas de substituição, nalguns casos, só é possível com o consentimento do condenado (é o caso da semi-detenção e da prestação de trabalho a favor da comunidade).

A evolução do pensamento socializador⁶² em relação aos reclusos pode explicar-se de diversas maneiras: porque os resultados da política de “justa punição” não são satisfatórios ou porque a acumulação de experiências permite a concepção de programas mais precisos e as avaliações são realizadas de maneira mais adequada e diferenciada. Mas, em última análise, a “relegitimação” da socialização deve procurar-se na “cultura da transacção, da participação e do consentimento” em que se busca hoje a “relegitimação do penal”.

É uma nova concepção que emerge.

(p. 147): o que, em último termo, redundaria numa “desdignificação” da sua categoria de verdadeiras penas, que, nem por não serem privativas de liberdade, são “menos penas”. Como já se escreveu (*op. cit., loc. cit.*), é paradoxal pretender malbaratar os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas, precisamente quando está em causa uma acusação grave e a eventual aplicação de uma pena grave, mesmo que seja não privativa de liberdade.

⁶¹ As considerações que tecemos em abstracto podem testar-se à luz do nosso sistema punitivo.

⁶² Sobre isto, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar*, cit., p. 41 s. e 143 s. e bibliografia aí citada.

Tradicionalmente monolítica e autoritária, estranha a toda a forma de concertação, de transacção ou de compromisso, a justiça “imposta”, de carácter unilateral e vertical, que encontra legitimação na transcendência e na auto-ridade “mística” de que falava Montaigne, cede o passo a uma justiça negociada, interactiva e horizontal que procura a composição de interesses utilizando uma racionalidade dialéctica.

A tendência consensualista na justiça penal não é alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, mas obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia.

Na verdade, nas sociedades actuais, complexas e plurais, o indivíduo reforçou a sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se a raiz, projecto e limite. Algo contraditoriamente, já o dissemos – dada a demanda de segurança! –, nesta reivindicação do “eu”. Mas a verdade é que o Estado deixou de identificar o indivíduo pelo lugar que ocupa e pelos papéis que desempenha. Atenuaram-se os laços de reciprocidade que o ligavam ao Estado, surgindo, perante este, enquanto tal, pelos simples facto de ser.

Esta revalorização dos direitos fundamentais que afasta, de todo em todo, o sentido coactivo da missão socializadora do Estado, passa também pela sua dimensão “solidária”. É esta compreensão dos direitos – direitos que “decorrem de uma certa concepção da vida em comunidade” e “só se podem realizar pela conjugação de esforços de todos os que participam na vida social”⁶³ – que impõe o “dever de auxílio” ao recluso. Ao homem-isolado substitui-se o homem-pessoa, “em relação de interdependência e de solidariedade com todos”⁶⁴. É uma “nova ética nas relações sociais”, diferente da ética antropocêntrica clássica⁶⁵, como resultado da “tomada de consciência colectiva das disfuncionalidades da nossa sociedade e da impotência do Estado-providência face ao desenvolvimento da pobreza”⁶⁶. Aplicada em relação aos reclusos, desenvolve em relação a eles o conceito de “pertença à comunidade”.

Ao nível da acção penal, também a diferenciação não se faz à custa da protecção dos direitos fundamentais da pessoa, designadamente do arguido. Quer nas respostas “flexíveis” quer nas “conflituais”, está presente a preocupação de garantia dos seus direitos no processo, procurando salvaguardar-se de cada um o seu “máximo conteúdo possível”, em equilíbrio com as restantes finalidades processuais⁶⁷.

⁶³ A este propósito, falou Karel Vasak de “direitos de terceira geração”, iluminados pelo valor da solidariedade (“Le droit international des droits de l’homme”, 1972, p. 45 *apud* JOSÉ MANUEL PUREZA (direcção) e JOSÉ MANUEL PUREZA, CATARINA FRADE e CRISTINA SILVA DIAS (equipa de investigação), *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*, Centro de Estudos Sociais, 1996, p. 13).

⁶⁴ Cfr. nota anterior

⁶⁵ Sobre a fundamentação desta nova ética – a “ética da responsabilidade” – ao nível do agir humano e da metafísica, é essencial a obra de HANS JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*. Flammarion, 1998, p. 15 s, 35 s. e 63 s.

⁶⁶ Neste sentido, ao nível sociológico, S. PAUGAM, *La société française et ses pauvres*, Paris, PUF, 1993, p. 112.

⁶⁷ Cfr. *supra*, nota 56.

Isto significa⁶⁸, muito concretamente, na pequena e média criminalidade, dada a sua massificação, abrir caminho a procedimentos consensuais, acelerados e simplificados, não só para evitar o bloqueio ou paralisia do sistema, mas ao mesmo tempo como penhor da própria realização da “justiça”.

O fenómeno de sobrecriminalização verificado revelou um problema de capacidade do sistema de justiça penal: a procura cresceu, mas a oferta diminuiu, como já no final da década de oitenta Tulkens chamava a atenção. Como consequência, a justiça torna-se arbitrária e parcial (selectiva). Afasta-se dos cidadãos.

Quer a justiça negociada, quer a célere, a primeira muitas vezes servindo os interesses da segunda, não obedecem só a “uma lógica de produtividade”, mas servem também uma “lógica de justiça”.

A justiça negociada – com limites que a impeçam de se tornar um “negócio sobre a pena”, em que a igualdade das partes repousa numa “ficção” – aparece como a mais adequada, numa sociedade menos estratificada e mais complexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida quotidiana pelo direito, na conhecida formulação de Habermas. Neste modelo, o que é novo é a emergência do privado e do individual. O Estado recua, restringe o seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo.

Na justiça célere, é a realização das finalidades da punição que avulta: o mandamento da celeridade encontra-se umbilicalmente ligado à obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação das sanções penais. Para além disso, salienta-se a maior probabilidade de justeza da decisão proferida pelo tribunal e o interesse do arguido, cuja demora do processo pode significar restrições ilegais dos seus direitos ou esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência.

Ao nível da justiça conflitual⁶⁹, o respeito pelos direitos fundamentais do arguido impõe, indiscutivelmente, limites à realização da administração da justiça que se consagraram nas leis processuais penais como “leis de garantia”. Só que, também aqui, a compreensão dos direitos fundamentais como direitos solidários e não como direitos egoístas impede que a sua utilização possa paralisar o sistema: está em causa não o que se “pode” fazer, mas o que se “deve” fazer. Não é a oposição liberdade-segurança, reduzindo o conflito a uma estrutura binária, que determina a utilização dos direitos fundamentais. O que ressalta é a complexidade e interdependência das relações sociais, que se exprimem, nomeadamente, na multiplicidade dos direitos em jogo e comprometem o homem – cada homem – na realização de um projecto ao mesmo

⁶⁸ Sobre o que se segue, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996, p. 527 s.; *id.*, “A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado”, *ibidem*, 8 (1998), p. 223 s.; *id.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ribeiro de Faria*, cit., (cfr. bibliografia aí citada).

⁶⁹ Sobre o que se segue, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12 (2002), cit., p. 550 s.

tempo individual e colectivo⁷⁰. Vai aqui implicado que os direitos que o arguido pode usar para sua protecção não sejam instrumentalizados. O que significa que, com vista à realização eficaz da justiça, têm que se encontrar novos equilíbrios em face da protecção dos direitos do arguido (por exemplo, será permitido avançar no sentido da protecção de testemunhas em face de novos desafios colocados à realização da justiça por novas formas de criminalidade, designadamente organizada).

De acordo com a proposta (re)visitada, é uma exigência o melhoramento do sistema, de acordo com a linha evolutiva traçada. Desde logo, fomentando, na prática, o programa político-criminal diferenciado instituído nos termos legais. A título meramente exemplificativo, é necessário elevar consideravelmente os níveis de aplicação da generalidade das penas de substituição; potenciar a aplicação da liberdade condicional com a imposição de regras de conduta ou obrigações com o *efectivo* apoio e vigilância dos serviços competentes; investir em programas de socialização; incrementar a aplicação da pena relativamente indeterminada; dar aplicação aos mecanismos processuais da diversão, designadamente, ao arquivamento e suspensão provisória do processo; e utilizar, na maior medida do possível, formas especiais de processo.

Ir para além disto e admitir, para o domínio da nova criminalidade da globalização, a flexibilização sectorializada de princípios político-criminais, substantivos e processuais – um “direito penal a duas velocidades”⁷¹ –, significa uma ruptura político-criminal que representa graves perigos para os valores e instituições do Estado de Direito.

Vamos apenas referir dois pontos, a título exemplificativo.

Pelo que respeita ao sistema punitivo, advogar a não utilização da pena de prisão para a nova criminalidade – criminalidade grave, como já tivemos ocasião de ver – significaria uma *inversão* do princípio da utilização daquela pena como *ultima ratio*, subtraindo à sua aplicação precisamente a punição das condutas socialmente mais graves. Nada haverá a opor a que se apliquem penas pecuniárias ou outras (privativas de direitos, reparação, penas que recaem sobre pessoas colectivas), quando estas penas satisfizerem as exigências de culpa do agente e de prevenção no caso concreto; mas já não se justificará a sua aplicação por serem penas “menos graves” do que a pena de prisão, o que permitiria a flexibilização das regras político-criminais da sua aplicação⁷².

⁷⁰ Cfr. SERGE DE BIOLLEY, “Liberté et sécurité dans la constitution de l’espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge”, *L’espace pénal*, cit., p. 174 s.

⁷¹ Cfr. *supra*, nota 60..

⁷² Cfr. as considerações aduzidas a propósito *supra*, nota 60. Acrescente-se que o carácter da “pena” vem do “sofrimento” que esta implica e que hoje, como é geralmente aceite, o “sofrimento” não está ligado só à “pessoa em sentido físico” (o que estava implícito na pena privativa de liberdade), mas à “pessoa mais os seus direitos”, o que significou a criação de “novas penas”, de que a pena pecuniária é o exemplo paradigmático. O que tudo nos leva a defender que não é por ter mudado a “face” da pena que ela é “menos pena” ou pode suportar menos garantias na sua aplicação. A exigência de “garantias penais” advém da “dignidade penal” da conduta que o agente é “acusado” de ter praticado: garantias materiais e processuais; e não da “natureza” da “pena” que

Assim justificada a aplicação das penas pecuniárias para a criminalidade grave, estar-se-á a pôr em causa a premissa político-criminal de que a pena mais grave – a prisão – deve ser, quando necessária (como *ultima ratio*), aplicada exactamente à criminalidade mais grave.

Já quanto à acção penal⁷³, se os conflitos legalidade-oportunidade e busca da verdade material – consenso tendem a resolver-se no sentido do segundo termo dos binómios – isto é, oportunidade e consenso –, a verdade é que, nem a oportunidade deve servir interesses que vão para além dos interesses iminentes ao sistema de justiça penal, nem o consenso se pode transformar num negócio sobre a pena. E assim, em ambos os casos, não devem nortear-se por critérios economicistas, em nome do eficientismo.

Não se nega que o discurso penal não pode persistir na irracionalidade económica que o afasta, em nome dos princípios, de uma realidade social cada vez mais exigente em termos de segurança e de eficácia. O tempo presente (futuro?) é o tempo de “devolver o conflito às pessoas” e o de abertura a inovações e progressos capazes de tornar a justiça mais eficaz e menos dispendiosa.

A área da pequena e média criminalidade é, sem dúvida, o domínio onde se pode ir mais longe, “reinventando” a punição, na via da reparação – que já Roxin apontava, em 1987, como o terceiro degrau do direito penal, ao lado das penas e das medidas de segurança⁷⁴ – e na renovação de soluções de diversão, flexibilizando o princípio da legalidade e explorando as virtualidades, designadamente, da mediação. Mas também na criminalidade grave, nos processos penais mais complexos e de grande conflitualidade, as novidades marcam “uma mudança de época”: pense-se, só, na utilização de meios tecnológicos para protecção de testemunhas⁷⁵.

É necessário, já o dissemos, encontrar novos equilíbrios na realização da justiça penal.

eventualmente lhe pode ser aplicada. Nada disto invalida, em nosso entender, a solução “diferenciada” ao nível punitivo e processual, para que se aponta em texto.

⁷³ Cfr., no que se segue, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Ribeiro de Faria*, cit., Também, PEDRO CAEIRO, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 43 s.

⁷⁴ Cfr. KLAUS ROXIN, “Die Wiedergutmachung”, Heinz Schöch, *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987.

⁷⁵ A polémica está instalada entre os defensores da revisão das regras tradicionais de investigação penal (assim, B. SCHÜNMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49, 1996, p. 202 s.) Criticam-se, assim, designadamente, aqueles que recusam a modernização tecnológica do processo penal – por o converter, dizem, num mecanismo de polícia do Estado de segurança (a chamada tendência da *Verpolizeichung* do processo penal – sobre isto, cfr. PAEFFGEN, “‘Verpolizeichung’ des Strafprozess – Chimäre oder Gefahr?”, *Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolph* (Wolter, ed.), 1995, p. 13 s.) –, alertando para a inviabilização da perseguição penal efectiva das novas formas de criminalidade.

Aceitando os desafios da contemporaneidade, a política criminal não pode afastar-se das regras do Estado de Direito. É ele próprio que está em causa quando põe em funcionamento mecanismos de controle que supõem a negação dos seus princípios informadores.

É, pois, a “readaptação” da segurança às exigências do Estado de Direito que se impõe.

No contexto de uma sociedade solidária, a segurança deixa de ser vista com um direito individual que se pode opor ao Estado para protecção de “certos” direitos – perde, neste sentido, autonomia e densifica-se na realização da generalidade dos direitos e liberdades fundamentais. Desta forma, a segurança passa a ser “a segurança da protecção de todos os direitos de todas as pessoas”. Impede-se, ao mesmo tempo, a “absolutização” ou “expansão” do seu valor. Na segurança, cristaliza-se a tensão inevitável entre a necessidade de protecção dos direitos da pessoa e a tentativa de exacerbar essa protecção para reduzir a insegurança.

A aceitação da irredutibilidade da “insegurança” é condição de sobrevivência do próprio Estado de Direito democrático que trouxe para o seu centro “a imagem do Homem”⁷⁶.

Esta é a sua contradição. Este é o desafio, hoje, da política criminal.

Apanhada num movimento circular de demanda de eficácia e de exigência de respeito pela pessoa, respondeu com a razão técnico-instrumental ou razão instrumental calculadora.

Cabe-nos ultrapassar o seu “imperialismo devastador”⁷⁷ e assumir, de forma inovadora, o legado irrenunciável dos direitos fundamentais.

A “nova” justiça penal deve assumir o “rosto” da Humanidade.

«Os novos rumos da política criminal» – recuperar o escrito de Figueiredo Dias, de 1983, é a Homenagem que presto ao meu Professor. Invocados hoje, perante os novos desafios da criminalidade, encerram a sabedoria de serem «velhos rumos da política criminal».

Os princípios que o futuro pede que frutifiquem fazem parte desta memória. Contra o esquecimento, evoco-os hoje – é neles que se cumprem «os (re)novos rumos da política criminal».

⁷⁶ Esta formulação é de FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit. p. 593.

⁷⁷ Um ensaio de “superação” do dogma desta razão, também cunhada de “razão instrumental actuarial”, pode ver-se em FIGUEIREDO DIAS, *op. ult. cit.*, p. 591 s.

