**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

**POR UM SISTEMA PENAL NÃO EXCLUDENTE: UMA
RELEITURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL**

**JACAREZINHO
2009**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

**POR UM SISTEMA PENAL NÃO EXCLUDENTE: UMA
RELEITURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Valter Foletto Santin

**JACAREZINHO
2009**

K 11 p Kazmierczak, Luiz Fernando.

Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do Direito Penal / Luiz Fernando Kazmierczak. Jacarezinho (PR), 2009.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2009.

1. Direito penal – Constitucional 2. Sistema penal - Brasil I. Título.

CDU 34(81)

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

**POR UM SISTEMA PENAL NÃO EXCLUDENTE: UMA RELEITURA
CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Membro: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho.

Membro: Prof. Dr. Jairo José Gênova.

Coordenador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 25 de julho de 2009.

*Dedico este trabalho aos meus pais Valdomiro e Marli,
a minha irmã Carolina.*

Agradecimentos

Preferia não ter que fazê-los, para não correr o risco de omitir algum agradecimento necessário. Mas como não agradecer seria igualmente injusto, rendo minhas homenagens especiais ao professor e amigo Vladimir Brega Filho, primeiro pela confiança em mim depositada e pela oportunidade de início na área acadêmica como seu monitor em Direito Penal III, no ano de 2004, bem como pela sua presença em todos os meus desafios no mundo acadêmico. Ao Professor Valter Foletto Santin que me orientou na elaboração dessa dissertação. Aos professores Maurício Saliba e Reinéro Antônio Lérias que me muito me ajudaram durante todo o programa de mestrado e com as pesquisas para este trabalho. Aos amigos de mestrado e companheiros de CONPEDI, Fernando de Brito Alves, Roberto Lima Santos, Paulo Mazzante de Paula e Leonardo Augusto. Algumas pessoas fizeram parte dessa jornada e de momentos importantes da minha vida, por isso agradeço pelo apoio e principalmente pela oportunidade de tê-los como indispensáveis para a minha vida: Elisângela Padilha, Nara Lacerda, Lílian Scamati, Jairo Lima, Luis Otávio Vincenzi Agostinho (“Zizo”), Vinícius Gonçalves, Leandro Raimundo, Larissa Fonteque, Ana Carolina de Moura Almeida, Josnei de Azevedo Lima, Carlos Alberto da Silva Júnior, Athos Neto Nunes, Danniele Pegorer, Gláucia Alves, Fernanda Tonetti, Andrea Martini, André Piantavini, Arielle Rodrigues Garcia, Maria Amélia Castanho e Carolinne Fernandes.

A Maria Natalina Costa pela dedicação incondicional aos alunos e professores. A amiga Ana Flávia Aimone pelas minhas ausências no escritório e pelo apoio em todos os momentos. Aos colegas de docência da Universidade Estadual do Norte do Paraná e da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos. Por fim, a todos os meus alunos, entre os quais destaco: Lucas Soares e Silva e Ariela Rossi.

*“La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos.”
(dito popular salvadoreño – autor desconhecido)*

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

RESUMO

O Sistema Penal tem como objetivo proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade, visando exclusivamente às condutas ofensivas de maior gravidade. Cede, por conseguinte, a outros ramos do Direito a missão de tutelar os valores de convivência humana, atuando em *ultima ratio*, quando os controles formais e sociais não tenham logrado êxito em sua função. Esse caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que conduz à intervenção mínima pela gravidade e austeridade de sua ação, possibilita a atuação segura do sistema punitivo. Não obstante, nas últimas décadas, vem sendo tecido um Direito Penal no Brasil, com características perturbadoras: exacerbadamente intervencionista e simbólico. O Direito Penal, que integra o Sistema Penal, tem como finalidade afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas, elevando à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade. No entanto, o significado ideológico do sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder, sendo que esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, utilizando o sistema penal como uma das formas mais violentas de sustentação. Em parte, esta função é cumprida, através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. Neste contexto, e com a finalidade de evitar a segregação através de um instrumento de pacificação, que é o Direito Penal, faz-se mister uma análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a sua tutela, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico sem nos afastarmos da idéia de privilegiar a justiça consensuada como forma de solução de conflitos na órbita penal.

PALAVRAS-CHAVE: Exclusão Social; Ideologia ; Sistema Penal; Direito Penal Constitucional,

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *For a non exclusion criminal system: a constitutional revise of criminal law*. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law of UENP: Jacarezinho, 2009.

ABSTRACT

The Criminal System has the objective to protect the society fundamentals juridical property, to only the most gravity offensive conducts. It transfers, therefore, to others shares of Law the mission to protect the human coexistence values, it is acting in *ultima ratio*, when the formal and social controls didn't have achieve success on it function. This fragmentary and alternative character of Criminal Law, that leads minimum intervention for the severity and austerity of its action, enables punitive system safe performance. Not though, on last decades, it have been done a Criminal Law on Brazil, with disturbing features: too much interventionist and symbolic. The Criminal Law, that integrates the Criminal System, has the purpose assert itself like social justice guarantor, reaching in a egalitarian way all the people in function of the conducts practiced by them, to high for the category protecting dignity of human person, restricting its intervention for the need limits. However, the ideological mean of Brazilian criminal system many times is used as exclusion instrument for define behaviors that aim contain the lower classes. In all society exist a power structure, and this structure tends to sustain itself through the social control and its punitive part, using the criminal system as a most violent support way. In part, this function is done, through marginalized selective criminalization, to hold the others. In this context, and with the finality of avoid the segregation through a pacification instrument, that is the Criminal Law, it is urgent a critical analisys about juridical property evaluation and selection that are under its protection, as a new interpretation of the typical fact, rejecting mere formal adequacy of typical fact to the cold lyrics of classical formalist doctrine law, bringing a appreciation under a constitutional perspective, so that criminal standart will be appreciate like value aspects understood in guarantee and material sense, it has like requirement, explicit or implicit, the offense to juridical property with no removal of privilege idea the consensus justice as a criminal orbit of conflict solutions form.

KEY-WORDS: Social Exclusion, Ideology, Criminal System, Constitutional Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EXCLUSÃO SOCIAL	13
1.1. Exclusão econômica nos mercados de trabalho	16
1.2. Exclusão entre as pessoas na sociedade civil	23
1.3. A lei como fator de exclusão social	30
1.4. Exclusão social ou inclusão marginal	38
2. O CARÁTER IDEOLÓGICO DO SISTEMA PENAL	42
2.1. Conceito de Ideologia	42
2.2. Sistema Penal e seu caráter ideológico	49
3. MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS	56
3.1. Direito Penal Máximo e Movimento “Lei e Ordem”	58
3.2. O inimigo no Direito Penal	65
3.3. Direito Penal Mínimo	71
3.4. Garantismo Penal	80
3.5. O abolicionismo	82
4. AS “VÍTIMAS” DO SISTEMA PENAL	90
5. RELEITURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL	96
5.1. Novas políticas criminais	99
5.1.1. Da justiça criminal conflitiva à justiça criminal consensuada	101
5.2. Conceito material de delito na Constituição Federal de 1988	108
5.2.1. A Constituição como diretriz básica do tipo penal	112
5.2.2. Princípio da Ofensividade como limite do <i>jus puniendi</i>	115
5.2.3. Enfoque do conceito material de delito à luz do princípio da ofensividade	120
5.3. Direito Penal Constitucional	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138
Apêndice – Relatório do INFOPEN	146

INTRODUÇÃO

O progresso material da nossa civilização não se fez acompanhar do correspondente progresso na ciência e na legislação penais, que se caracterizam hoje pelo abuso e hipertrofia do castigo penal, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Hoje, os meios de comunicação de massa, diuturnamente, divulgam notícias ligadas à criminalidade, sempre expondo os criminosos e as vítimas como temas de pauta de seus programas e notícias.

Na maioria das vezes, estas notícias ligadas à criminalidade são distorcidas ou tratadas de forma errônea por profissionais populistas, despreparados e sensacionalistas, os quais se julgam especialistas no assunto. Vendem a idéia de todos os males da sociedade serão resolvidos pelo Direito Penal através de normas mais rígidas e aplicadas de forma implacável àqueles que cometeram crimes.

Com isso, plantam no seio da sociedade a necessidade de recrudescimento da norma penal como forma de pacificação social. No entanto, o que a sociedade não percebe é que esta política de inflação legislativa não traz pacificação, mas sim exclusão, pois, muitas vezes, o sistema penal é utilizado para este fim, buscando deixar à margem da sociedade determinados indivíduos que lhe ameçam.

Erigiu-se o Direito Penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem a sociedade, criando-se, por conseqüência, um círculo vicioso que desgastou o sistema punitivo, deixando-o a um nível dramático de ineficiência. Definiram-se novos tipos penais, agravaram-se as penas, suprimiram-se as garantias do réu no processo, aumentaram-se a severidade na execução das penalidades, na falsa crença de que, assim, reduz-se a criminalidade, quando, na realidade, as classes dominantes estão estruturando um controle penal autoritário.

Na primeira parte deste trabalho, busca-se demonstrar as principais formas de exclusão, sendo a exclusão pelo sistema penal uma delas. Assim, o Direito pode ser utilizado como forma de dominação e exclusão a fim de proteger aqueles que possuem parcela do poder. A classe dominante, por intermédio do Estado, estruturou uma aparelhagem de coerção e repressão social que lhe

possibilitou exercer o poder sobre a integralidade do tecido social, de forma a submetê-lo às regras políticas.

Por conseqüência, esta atitude acaba por influenciar a ideologia do sistema penal brasileiro, que acaba por se transformar em um sistema desfigurado, composto por uma multifaces de movimentos penais cujo objetivo principal é proteger os núcleos de poder deixando à margem da sociedade aqueles que não lhe interessam ou que lhe possam causar temor ou perigo.

As diversas bases que compõem o sistema penal brasileiro estão demonstradas no terceiro capítulo deste trabalho. Assim, os conteúdos dos movimentos penais vão desde o incremento do punitivismo clássico até a adoção de novas formas punitivistas, como o Direito Penal do inimigo, passando pelo abolicionismo mais radical, que sustenta o desaparecimento do próprio Direito Penal, chegando, ao final, no abolicionismo moderado ou minimalismo, que prega a intervenção mínima do Direito Penal, com máximas garantias. Cada um dos movimentos estudados surgem, em maior ou menor grau, na legislação nacional ou na formação do entendimento jurisprudencial.

Após, serão analisados os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça com o fim de demonstrar quem são as “vítimas” do sistema penal, ou seja, para quem este sistema penal desfigurado, autoritário e excludente aponta as suas armas.

Por fim, será proposta uma releitura normativa do ordenamento jurídico-penal tendo como norte interpretativo a Constituição Federal. O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em conseqüência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.

Neste ponto, a eleição do bem jurídico penal terá sempre como norte a Constituição Federal, pois somente merecerão a tutela penal os bens jurídicos entendidos como fundamentais para a sociedade, seja por obra do poder constituinte originário, seja por obra de tratados humanos que o Brasil é signatário.

Dessa forma, objetivamos demonstrar o significado ideológico do sistema penal brasileiro o qual, muitas vezes, é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores.

Busca-se apontar os novos paradigmas do Direito Penal, pautados na análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob sua tutela, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico. E, por fim, concluir o estudo demonstrando que a utilização de diversos institutos de controle e de inclusão social como forma de proporcionar um correto enquadramento ideológico do Sistema Penal, dando-lhe efetividade e o escopo de se evitar ao máximo a segregação social.

Em poucas palavras, propor um Direito Penal congruente com os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito apontando os erros de se buscar um “Direito Penal Máximo”, que conduz a uma inflação legislativa descriteriosa e excludente.

1. EXCLUSÃO SOCIAL

“A noção de exclusão social é saturada de significados, não-significados e contra-significados. Pode-se fazer qualquer coisa com o termo, já que ele significa o ressentimento daqueles que não podem obter aquilo que reivindicam” – *Commissariat General du Plan* – Governo francês, em 1993 (DUPAS, 1999, p. 13). De plano, percebe-se que o termo “exclusão social” pode adquirir múltiplas facetas e ter significados diversos de acordo com o discurso em que é utilizado, o que torna necessário um esforço em defini-lo.

Rousseau, na obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1755, traçou as bases conceituais do que seria associado futuramente à exclusão. Segundo o autor, as desigualdades podem ser naturais ou físicas, e encontram a sua origem nas diferenças existentes entre os indivíduos da espécie humana, como raça, idade e sexo, por exemplo. Ainda, temos as desigualdades morais ou políticas, que estão ligadas à estrutura de organização da sociedade, produzindo diferenças de uns em prejuízos de outros, como ser rico ou pobre, por exemplo.

Alguns autores a definem a partir da noção de pobreza apenas, outros partem de um complexo de fatores para definir quem são os excluídos. Antes, porém, vê-se que a exclusão social pode ser originalmente relacionada à situação de “não ter”, ou seja, não ter acesso à terra, ao trabalho, a renda ou as demais necessidades do ser humano. Todavia, a exclusão resulta de um processo mais amplo e complexo ao longo do tempo, que supera o simples “não ter”, assumindo características de natureza política e econômica, “fazendo com que alguns segmentos sejam algo *porque têm*, enquanto outros não sejam *porque não têm* e, possivelmente, jamais serão, pois nunca terão” (POCHMANN et al, 2004, p. 29). Conclui-se, dessa forma, que as fundamentos da exclusão social encontram-se inseridos nos diversos problemas gerais da sociedade.

A exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso de bens e serviços básicos como à existência de segmentos sociais sobrando de estratégias restritas de desenvolvimento sócio-econômico, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e

segurança pública, da terra, do trabalho e da renda suficiente (POCHMANN et al, 2004, p. 33).

Ademais, há a dicotomia entre “velha” e “nova” exclusão social. Sendo que a primeira é entendida como “a forma de marginalização dos frutos do crescimento econômico e da cidadania, expressa pelos baixos níveis de renda e escolaridade” (POCHMANN et al, 2004, p. 43), incide, particularmente, sobre os imigrantes, analfabetos, mulheres, famílias numerosas e a população negra. Por outro lado, a “nova exclusão” amplia os sujeitos sociais envolvidos, bem como as suas formas de manifestação que agora inclui as esferas da cultura, economia e política. Nesta última “atinge segmentos sociais antes relativamente preservados do processo de exclusão social, tais como jovens com elevada escolaridade, pessoas com mais de 40 anos, homens não negros e famílias monoparentais” (POCHMANN et al, 2004, p. 49).

Não afirmamos que a “nova” exclusão superou a “velha”, ou que esta desapareceu para dar lugar aquela. Do contrário, ambas subsistem e contribuem para a formação da complexidade e das múltiplas facetas da exclusão na sociedade brasileira.

Em síntese, empiricamente a exclusão pode se dar por fatores aleatórios, como as intolerâncias e preconceitos, quanto por fatores operacionais, quando estamos diante de deficiências na efetivação dos conceitos de democracia, igualdade, liberdade e justiça (MORAIS, 2005, p. 423).

Após este breve intróito, iniciaremos o escopo traçado neste capítulo, que é apontar os principais fatores de desigualdade moral e política que contribuem para a exclusão social e como ela influencia no cometimento de crimes e no aumento da criminalidade.

É evidente que nem todo crime nasce da exclusão social, inclusive nem se pretende justificar esta tese neste capítulo. No entanto, hoje, os excluídos são tratados como se criminosos fossem, sendo a miséria criminalizada pelas agências estatais de controle.

A sociedade traçou um movimento que partiu de um modelo inclusivo de estabilidade e homogeneidade para um excludente de mudança e divisão.

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui. (YOUNG, 2002, p. 23).

Jock Young aponta que o mundo era inclusivo, uno, concorde, com uma sociedade consensual tendo por pilares valores centrados na família e no trabalho, onde havia uma aceitação de faixas cada vez mais amplas da sociedade, como a baixa classe operária, mulheres e jovens (YOUNG, 2002, p. 18-19).

Este modelo de sociedade não excluía aquele que praticava condutas desviantes (o “outro”), tampouco o via como inimigo externo. Na verdade, era visto como uma pessoa a ser socializada, carente de atributos que os demais possuíam, faltava-lhe “civilização, ou socialização, ou sensibilidade”, e para que pudesse fazer parte daquela comunidade deveria ser reabilitado (YOUNG, 2002, p. 21).

No entanto, as mudanças estruturais ocorridas nas últimas décadas, principalmente no campo político, econômico, social e cultural, fizeram com que a configuração da sociedade se pautasse por novos valores e ambições. Surgiu um individualismo presente nas relações entre as pessoas, onde os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos, onde o coletivo dá lugar à satisfação de interesses pessoais.

A ordem econômica foi o principal fator que contribuiu para estas mudanças. A lei do capital fez com que surgissem estratos sociais diferenciados e mudanças de perfil na relação de trabalho, passando da idéia de estabilidade e valorização para uma contemporaneidade de incertezas.

Essa mudança de paradigma fez com que as diferenças entre as pessoas se acentuassem, com que grupos fossem deixados à margem do novo modelo de sociedade por não se alinharem a ela.

Cidadania não é apenas conferir direitos e prerrogativas, mas sim possibilitar o acesso a direitos sociais, como emprego, renda, educação, saúde e habitação dignos. Não se subsume apenas a requisitos formais estampados em lei, mas de efetiva “incorporação substantiva à sociedade” (YOUNG, 2002, p. 19). Nestes termos, não há, atualmente, a cidadania plena a todos os membros da sociedade, pois muitos não possuem acesso às condições básicas de civilidade e, portanto, ficam à sua margem.

No mundo moderno recente, segundo Jock Young, a exclusão se dá em três níveis: exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada (YOUNG, 2002, p. 11).

Neste ponto, serão expostas as principais considerações acerca dos três níveis de exclusão acima apontados guardando uma maior dedicação a exclusão provocada pelo sistema penal, sem, no entanto, descuidarmos das demais, que direta ou indiretamente deságua naquela.

1.1. EXCLUSÃO ECONÔMICA DOS MERCADOS DE TRABALHO

Segundo Alessandro Baratta, o “mercado de trabalho’ se manifesta no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de *status* e o poder estatal” (BARATTA, 2002, p. 189), apontando que a exclusão por este provocada representa um “terreno de cultura” para a marginalização criminal.

Na mesma linha, Loïc Wacquant faz uma análise comparada da evolução da repressão criminal nos países desenvolvidos durante a década passada ligando, de um lado, o avanço da política neoliberal do livre mercado e, do outro, o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas focadas nas categorias marginais encontradas nas falhas e nos fossos da nova paisagem econômica (WACQUANT, 2007, p. 25). A exclusão provocada pelo mercado de trabalho faz com que o capital humano não absorvido pelas fontes de produção seja mais um fator de aumento da criminalidade.

O desemprego e a precarização das formas de inserção do cidadão no mercado de trabalho são as fontes “modernas” de geração da exclusão, tendo como subproduto a explosão da violência urbana e a vulnerabilidade juvenil, acentuadas pela maior flexibilidade ocupacional e dos níveis de renda (POCHMANN et al, 2004, p. 49).

Presenciamos, nas últimas décadas, a passagem do chamado “Estado-social” para o “Estado-penal”, passando da condição de assistencialista

para interventor. Aos poucos o Estado foi deixando de lado a sua função de promoção do bem estar coletivo para que os próprios cidadãos adquirissem os bens necessários para a sua vida digna com o trabalho. No entanto, as diversas intempéries na economia, o advento do neoliberalismo econômico, onde a figura do poder público fica limitada, as condições econômicas passaram a ditar o ritmo de crescimento e desenvolvimento da sociedade na mesma proporção que influencia a qualidade de vida dos trabalhadores.

Neste quadro, o mercado objetiva apenas o lucro e não a qualidade de vida dos seus trabalhadores. Não há preocupação com a massa operária, pois esta é abundante e se encontra sedenta por uma ocupação o que provoca baixos salários, poucas garantias e baixa qualidade de vida.

Mesmo com estas condições de trabalho, muitos são deixados à margem de qualquer ocupação formal, sendo relegados aos empregos informais ou nem mesmo estes últimos. A condição social da grande massa de trabalhadores piora e são criados verdadeiros fossos na sociedade quando estes são colocados na periferia social, sem acesso a uma qualidade de vida digna.

Neste momento, surge para o Estado a função de intervir na economia a fim de propiciar a estes flagelados do mercado de trabalho o seu retorno ou condições para que retornem, pois, no mais das vezes, são despreparados e com baixa capacitação técnica.

Ao invés de se aprimorar o aparato social com o fito de propiciar políticas públicas de inclusão dos trabalhadores marginalizados ou a intervenção enérgica na economia para resguardar e fomentar a geração de empregos, o Estado recrudesce o sistema penal a fim de conter parte daqueles excluídos que passaram a cometer condutas desviadas.

Fica claro o abandono das políticas sociais quando analisamos os dados do sistema prisional brasileiro (capítulo 4), ali está demonstrado quem são os “clientes” do Direito Penal: são, em sua imensa maioria, representantes dos estratos sociais mais baixos. Aqueles indivíduos com pouca escolaridade, desempregado, se pouca perspectiva social e proveniente de famílias desestruturadas. Com isso, quanto menor o número de políticas públicas para o incremento do bem-estar social maior é a presença do sistema penal na cotidiano dessas pessoas.

Loïc Wacquant sintetiza o abandono do “Estado-social” e a aproximação do “Estado-penal”:

A expansão da rede policial, judiciária e penitenciária do Estado desempenha a função, econômica e moralmente inseparável, de impor a disciplina do trabalho assalariado dessocializado entre as frações superiores do proletariado e os estratos em declínio e sem segurança da classe média, através, particularmente, da elevação do custo das estratégias de escape ou de resistência, que empurram jovens do sexo masculino da classe baixa para os setores ilegais da economia de rua. Enfim, e sobretudo, para a classe superior e a sociedade em conjunto, o ativismo incessante e sem freios da instituição penal cumpre a missão simbólica de reafirmar a autoridade do Estado e a vontade reencontrada das elites políticas de enfatizar e impor a fronteira sagrada entre os cidadãos de bem e a categoria desviantes, os pobres 'merecedores' e os 'não-merecedores', aqueles que merecem ser salvos e 'inseridos' (mediante uma mistura de sanções e incentivos) no circuito do trabalho assalariado e instável e aqueles que, doravante, devem ser postos no índice e banidos, de forma duradoura. (WACQUANT, 2007, p. 16-17).

Além da segregação social, que impõe aos desempregados formas indignas de sobrevivência, torna-se claro que um dos objetivos ocultos do direito é o controle da mão-de-obra excedente. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, 1981, p. 48) relatando a pesquisa realizada por Ivan Jankovic, onde se demonstra que o crescimento do desemprego determinou o aumento do encarceramento, mesmo sem haver variação na taxa de criminalidade, ou mesmo apesar de sua diminuição e, do contrário também se verificou, caíram os índices das prisões, mesmo com o aumento dos crimes, em ocasiões que o mercado necessitava de mais mão-de-obra.

Nessa linha teoria (correspondência da punição às relações produtivas do sistema sócio-econômico), Ivan Jankovic (1977, p. 17-31) estuda a prisão, simultaneamente, como variável *dependente* e variável *independente*, em relação ao mercado de trabalho, desenvolvendo duas hipóteses implícitas na teoria original: a) existe *relação negativa* entre condições do mercado e prisão: se aquelas se deterioram, esta aumenta, e se aquelas progredirem, esta diminui; b) existe *relação* entre a forma de punição e a situação do mercado: se a força do trabalho é insuficiente, a economia e a punição a preservam; se a força de trabalho é abundante, a economia e a punição a destroem. (SANTOS, 1981, p. 48)

Perfilando o mesmo entendimento, temos a tese de Georg Rushe e Otto Kirchheimer, em *Punição e Estrutura Social*, de cunho eminentemente marxista, desenvolvida originalmente nos anos 1930, com duas hipóteses centrais: a primeira

é que qualquer sistema repressivo deve, necessariamente, inspirar na lógica da prevenção a fim de evitar o cometimento de crimes pelos criminosos em potencial, ou seja, refere-se ao agravamento das penas; a segunda, é que as modalidades com as quais se concretiza o objetivo da prevenção variam de acordo com a economia, sobretudo, com relação à situação do mercado de trabalho.

De acordo com as pesquisas de Rushe e Kirchheimer, “a pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido”, não devem ser entendidas apenas a partir de seus fins apartada de qualquer outra razão. Ao longo da história, viu-se que algumas modalidades de penas foram intensificadas, ao passo que outras, rejeitadas, “uma vez que são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais” (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 19-20).

Assim, em economias escravistas, onde se verificava uma escassez de oferta de escravos, a escravidão passou a ser considerado um importante método punitivo. Já no período feudal, a escravidão deu lugar às penas corporais e capital, uma vez que a imposição de penal pecuniária se tornava inviável para todas as classes. No mercantilismo foi muito utilizada as casas de correção, que aproveitavam a capacidade do trabalho dos reclusos, ao passo que, com a implantação do sistema fabril, as mesmas caíram em desuso, tendo em vista a necessidade de mão-de-obra para os sistemas de produção (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 21). Percebe-se que os sistemas penais e suas variações estão intimamente ligados às fases do desenvolvimento econômico, sendo por este diretamente influenciados.

Muitas vezes verificou-se ao longo da história o abandono de penas capitais sob a alegação de humanização no tratamento dos criminosos, mas que, na verdade, “revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades” (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 43). Como exemplo dessa mudança de paradigma é o final do século XVI, onde houve uma adoção da escravidão nas galés¹, deportação e servidão penal através

¹ “O trabalho compulsório nas galés persistiu mesmo após o fim do sistema econômico no qual se baseava a escravidão, em função da natureza vil e arriscada do trabalho, tornando difícil o recrutamento de homens livres. A necessidade de remadores mostrou-se particularmente urgente em fins do século XV, devido ao estopim de um período de guerras navais entre as potências cristãs e

de trabalhos forçados. Os detentores do poder verificaram ser mais lucrativo impor penas em que se podiam explorar o trabalho àquelas que o eliminavam completamente.

A idéia de utilizar o trabalho potencial do criminoso não era nova. De tempos em tempos os pensadores chegavam à mesma conclusão, como os habitantes da *Utopia* de Morus, para quem seria pouco sábio executar malfeitores, pois seu trabalho é mais lucrativo que sua morte. (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 83)

Neste sentido, várias foram as motivações apresentadas para se justificar uma forma ou outra de pena ou encarceramento nos séculos XVII e XVIII, mas a mais importante o lucro, “tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado” (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 103).

A economia e o mercado de trabalho continuaram a influenciar as medidas penais ao longo da história, sendo um instrumento de controle da população excedente ou, na falta deste excesso, a utilização como forma de geração de riqueza.

No século XIX ocorreu o clímax da migração dos trabalhadores rurais para as cidades, onde eram empregados nas indústrias têxteis. Com a introdução de máquinas nas linhas de produção a necessidade de mão-de-obra foi diminuindo colocando para fora das fábricas uma legião de trabalhadores, aumentando o desemprego industrial.

Com a modernidade, em especial, a partir da segunda metade dos anos 70, quando começa a se delinear o período pós-fordista da economia, esse paradigma materialista é retomado.

Com isso, o conceito de exclusão social integra a dureza e o drama das formas estruturais de desqualificação societal, como se constata tanto no que diz respeito ao fordismo e à marginalização social de certos grupos como no pós-fordismo, na medida em que gera formas novas de desigualdade e de diferenciação. (STOER, MAGALHÃES e RODRIGUES, 2004, p. 27)

maometanas mediterrâneas. Essas guerras incentivaram a velha prática de recrutamento de remadores entre prisioneiros.” (RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 83)

Com a reestruturação do capitalismo, pós crise de 1929, já começava a dar seus primeiros sinais, especialmente com o aumento do desemprego, conseqüência da expulsão de uma larga fatia do trabalho desqualificado do setor industrial. Estes fatores geraram o chamado “*surplus population*, isto é, uma força de trabalho em excesso no que tange à capacidade de absorção do mercado de trabalho” (GIORGI, 2006, p. 48). Como a economia moderna não é capaz de absorver em suas linhas de produção essa massa de trabalho escassamente ou nada qualificada, restou apenas supervisioná-la e controlá-la através do sistema penal, que é o recurso moderno para o controle do *surplus* produzido pelo capitalismo tardio.

No entanto, as medidas penais ainda não constituem a única estratégia de controle social. A estruturação do neoliberalismo ainda não destruiu as bases do estado de bem estar social. Assim, nem toda população desempregada cai na rede repressiva da penalidade. Uma parte dela é gerida com medidas de *welfare* e assistência social, que, de qualquer forma, começam a assumir matizes punitivas, como, por exemplo, através da crescente estigmatização social imposta aos seus beneficiários (GIORGI, 2006, p. 51).

Após este breve panorama, verifica-se que as condições econômicas influenciam de forma muito aguda o discurso punitivo em dada realidade social, sendo este muitas vezes utilizado como forma de manutenção de daquelas condições, ou ao menos, como forma de minimizar suas conseqüências. Loïc Wacquant, afirma que

A análise comparada da evolução da penalidade nos países avançados durante a década passada evidencia, de um lado, um estreito laço entre a escalada do neoliberalismo como projeto ideológico e prática de governo que determinam a submissão ao “livre mercado” e a celebração da “responsabilidade individual” em todos os domínios e, de outro, o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas, centradas na delinqüência de rua e nas categorias situadas nas fissuras e nas margens da nova ordem econômica e moral que se estabelece sob o império conjunto do capital financeiro e do assalariamento flexível. (WACQUANT, 2007, p. 25).

Segundo Alessandro De Giorgi, “o cárcere representa a materialização de um modelo ideal de sociedade capitalista industrial, um modelo que se consolida através do processo de ‘desconstrução’ e ‘reconstrução’ contínua

dos indivíduos no interior da instituição penitenciária” (GIORGI, 2006, p. 45). Isso faz com que se provoque uma ordem de fatores onde o “pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário” (GIORGI, 2006, p. 45).

Após estas constatações, pode-se afirmar que é uma falácia elevar o sistema penal como guardião dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade. Na verdade, o Direito Penal atual de cunho burguês, tem como escopo principal a proteção do sistema capitalista, preservando o seu perfeito funcionamento, “com a dominação e docilização das massas, a imposição da disciplina, necessária à reprodução e manutenção do capital, e para a manutenção das insatisfações sociais, decorrentes da desigual distribuição de riquezas”. (COUTO NETO, 2009, p. 80). Assim, as leis penais estão “focadas nas categorias marginais encontradas nas falhas e nos fossos da nova paisagem econômica” (WACQUANT, 2007, p. 13).

Percebe-se, dessa forma, um diálogo muito próximo entre o mercado de trabalho e o sistema penal, fazendo com que aquele se utilize deste último com uma das formas de controle da mão-de-obra, mormente, desqualificada e composta pela massa de operários. Neste sentido, Wacquant afirma que

a ‘mão invisível’ do mercado de trabalho desqualificado encontra seu prolongamento ideológico e seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado penal, que se amplia e se desdobra de modo a jugular as desordens geradas pela difusão da insegurança social e pela desestabilização correlata das hierarquias estatutárias que configuravam a armadura tradicional da sociedade nacional (WACQUANT, 2007, p. 32)

No entanto, Afrânio Silva Jardim aponta que “não podemos aceitar que, por trás de uma fria racionalidade econômica, que se costuma chamar de neoliberal, esconda-se toda uma poderosa concepção que reduz a grandeza do homem e da mulher à sua capacidade de gerar renda” (JARDIM, 2007, p. XIV).

A questão econômica foi apontada como um dos fatores da explosão carcerária no relatório apresentado por Roy Walmsley, na X Sessão da Comissão para a Prevenção do Crime e a Justiça Penal da ONU, realizada em Viena, de 08 a

17 de maio de 2001² (apud GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 351).

Conclui-se na passagem de Engels, onde afirma que

“a necessidade deixa ao trabalhador a escolha entre morrer de fome lentamente, matar a si próprio rapidamente, ou tomar o que ele precisa onde encontrar – em bom inglês, roubar. E não é motivo para surpresa de muitos dentre eles preferiram o roubo à inanição ou ao suicídio” (apud RUSHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 137).

Dessa forma, "a sociedade deve se modernizar revolucionando suas relações arcaicas, ajustando-as de acordo com as necessidades do homem, e não de acordo com as conveniências do capital" (MARTINS, 1997, p. 38), com isso deve-se buscar uma equação equilibrada entre trabalho e livre iniciativa, de modo que esta, ao buscar o lucro, não coloque o exercício daquele condicionado à exploração do homem.

1.2. EXCLUSÃO ENTRE PESSOAS NA SOCIEDADE CIVIL

Primeiramente, faz-se necessário definir o que é classe social. Na lição de Chauí

As classes sociais não são coisas nem idéias, mas são relações sociais determinadas pelo modo como os homens, na produção de suas condições materiais de existência, se dividem no trabalho, instauram formas determinadas da propriedade, reproduzem e legitimam aquela divisão e aquelas formas por meio das instituições

² Segundo Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007, p. 351), deste relatório se extrai o seguinte: "(a) no ano 2000, segundo a *World Prison Population List*, a população carcerária mundial era de 8 milhões e 600 mil pessoas, computando os definitivamente condenados mais os presos cautelares; (b) metade desse presos encontram-se em apenas três países: EUA, Rússia e China; os dois primeiros apresentam, aliás, a maior média mundial de presos: Rússia, 730 para 100.000 habitantes; EUA, 690 para 100.000 habitantes; (c) dois terços dos países pesquisados contam com a média de 150 presos para cada 100.000 habitantes; (d) em praticamente todos os países houve crescimento da população carcerária nos anos 90; na Europa o crescimento médio foi de 30%; no Brasil, EUA, México e Argentina a taxa é de 60 a 85%; (e) algumas razões para esse crescimento brutal do encarceramento: (1) a preferência clara pela pena de prisão, em detrimento das alternativas penais; (2) o uso da prisão como "remédio de emergência" para conter o clamor da população; (3) a ocorrência de alguns dramáticos eventos, como a morte de uma criança por outras duas na Inglaterra, a prisão de pedófilos na Bélgica; **(4) colapso na economia;** (5) contenção de imigrantes." (grifo nosso).

sociais e políticas, representam para si mesmos o significado dessas instituições através de sistemas determinados de idéias que exprimem e escondem o significado real de suas relações. As classes sociais são o fazer-se classe dos indivíduos em suas atividades econômicas, políticas e culturais. (CHAUÍ, 1980, p. 21).

É certo que a sociedade é dividida em classes, e assim sempre o foi como remontam os exemplos históricos: clero, burguesia e plebe; senhores feudais e vassallos; dentre outros. O ideal é que as vantagens de toda uma sociedade fossem distribuídas equitativamente para todos os seus membros, sem quaisquer distinções. Aglutinar os setores sociais não é a intenção das classes dirigentes na nossa sociedade de capitalismo periférico, pelo contrário, as transformações ocorridas são realizadas à margem da participação popular (SILVA, 2007, p. 93). Beccaria aponta que “numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade” (BECCARIA, 2008, p. 15).

Com o desequilíbrio de privilégios e oportunidades são criados abismos entre grupos dentro da sociedade. Esses grupos tendem a se afastar deixando ainda mais evidente a sua separação³. É certo que a estratificação em classes é a principal forma de divisão na sociedade, mas a criminalidade também o é. Isso faz com que aqueles considerados potencialmente perigosos não façam parte do convívio de determinados estratos sociais.

O aumento da criminalidade faz com que os atores sociais busquem formas de se evadir de seus efeitos, muitas vezes as alternativas encontradas são o refúgio em determinados locais da cidade onde se mantém a homogeneidade de classes, sem qualquer contato com aquelas consideradas indesejadas, ou mantém certo contato em virtude da simples necessidade.

O aumento da criminalidade gera toda uma série de barreiras para prevenir ou administrar o crime. Assim, temos uma privatização do espaço público em torno de *shopping centers*, parques privados,

³ Ana Cristina Brito Arcoverde, no ensaio *Manifestações da Questão Social no Brasil*, expõe que “o Brasil, segundo Pochmann (2003), detém a terceira desigualdade de renda dentre 162 países do mundo. É até mesmo pior que a África do Sul do *apartheid*. Dez por cento dos ricos ganham cinquenta vezes mais que os 10% mais pobres e compartilham 1% apenas da riqueza socialmente produzida e acumulada; 20% da população apresentam renda *per capita* acima de R\$ 540,00 reais e 25% dos brasileiros vivem em condições precárias, sem renda, emprego, acesso à educação, acumulando desigualdades não só de renda, mas política, social, cultural, moral e simbólica”. (ALMEIDA, 2006, p. 33).

instalações de lazer, estradas de ferro, aeroportos, juntamente com residências particulares gradeadas. (YOUNG, 2002, p. 38).

Teresa Pires do Rio Caldeira expõe a relação entre crime, cidadania e segregação na cidade de São Paulo⁴ através da obra “Cidade de Muros”. Afirma que os enclaves fortificados, entendidos como condomínio residenciais, comerciais e shoppings centers, atraem aqueles que temem a heterogeneidade social dos bairros urbanos mais antigos, criando dentro de suas fortalezas um espaço “semipúblico”, mas que é fechado com acesso controlado privativamente com a finalidade de que não ocorra a interação entre os grupos sociais diversos (CALDEIRA, 2000, p. 11-12).

Assim, a cidade se torna uma verdadeira fortificação, com a criação de barreiras, que excluem e filtram, embora se deva destacar que “tais barreiras não são apenas imposição dos poderosos; sistemas de exclusão, visíveis e invisíveis, são criados tanto pelos ricos como pelos despossuídos” (YOUNG, 2002, p. 38-39). É claro que a exclusão praticada por estes últimos possui um caráter eminentemente de defesa que estigmatizante, por isso não podemos considerá-la no sentido que está sendo tratado neste momento. Aqui, refere-se àquela exclusão motivada por um estigma criado.

Nas palavras de Yasmin Maria Rodrigues Madeira da Costa

considera-se estigma uma classificação social por meio da qual um grupo de indivíduos identifica outro de acordo com o certos atributos reconhecidos pelos sujeitos que classificam como negativos ou desabonadores. A própria palavra “favelado” traz o sentido de estigma, não significando tão-somente o “morador de favela”, mas denota uma identidade social negativa. Este fenômeno da estigmatização é instrumento de dominação e possui variadas e “úteis” funções. Promove o isolamento, facilita a opção por medidas paliativas pelo Estado com o intuito de alocação de verbas, justifica a

⁴ “Ao longo do século XX, a segregação social teve pelo menos três formas diferentes de expressão no espaço urbano de São Paulo. A primeira estendeu-se do final do século XIX até os anos 1940 e produziu uma cidade concentrada em que os diferentes grupos sociais se comprimiam em uma área urbana pequena e que estavam segregados por tipos de moradia. A segunda forma urbana, a centro-periferia, dominou o desenvolvimento da cidade dos anos 40 até os anos 80. Nela, diferentes grupos sociais estão separados por grandes distâncias: as classes média e alta concentram-se em bairros centrais com boa infra-estrutura, e os pobres vivem nas precárias e distantes periferias. Embora os moradores e cientistas sociais ainda concebam e discutam a cidade em termos de segundo padrão, uma terceira forma vem se configurando desde os anos 80 e mudando consideravelmente a cidade e sua região metropolitana. Sobrepostas ao padrão centro-periferia, as transformações recentes estão gerando espaços nos quais os diferentes grupos sociais estão cada vez mais próximos, mas estão separados por muros e tecnologias de segurança, e tendem a não circular ou interagir em áreas comuns.” (CALDEIRA, 2000, p. 211).

existência de desigualdades econômicas e sociais. (MADEIRA DA COSTA, p. 34)

Dessa forma, os “estigmatizados, os *underclasses*⁵ são localizados em espaços territoriais como hordas ameaçadoras do Estado, uma peste, que deve ficar aprisionada para curar o corpo social pelo isolamento e extinção” (PASSETI, 2003, p. 179).

No entanto, criou-se uma cultura que a prática delituosa está circunscrita aos estratos sociais mais débeis da sociedade, o que não corresponde à verdade. Ocorre que, as pesquisas sobre índices de criminalidade utilizam de dados sobre a criminalidade cometida e perseguida, deixando de lado a “cifra negra”⁶ existente em alguns setores.

Alessandro Baratta, ao criticar a teoria do etiquetamento (labeling approach) afirma que as pesquisas

baseadas sobre a criminalidade identificada e perseguida, as estatísticas criminais, nas quais a criminalidade do colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua calculável “cifra negra”, distorcem até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais. (BARATTA, 2002, p. 102)

Em virtude dessa distorção fomentada pelos meio midiáticos, que exploram com mais intensidade a criminalidade violenta, comum nos estratos inferiores, faz com que se crie uma definição corrente de criminalidade como um fenômeno concentrada nas áreas mais pobres da comunidade e pouco representada pelos estratos superiores.

Mas o fato da criminalidade de colarinho branco ser pouco representada nos meios midiáticos não significa que ela não exista em grande escala. Ocorre que as “cifras negras” ocultam a esmagadora maioria desses

⁵ Edson Passeti, em sua obra *Anarquismos e sociedade de controle*, leciona que “*underclasses* descreve e designa uma subcultura feroz, com concentração de desvios e comportamentos entrelaçados a patologias. Distingue pobres virtuosos de maus pobres, os disfuncionais com desemprego perpétuo consumindo recursos crônicos de ajuda social, desorganização conjugal, anomia sexual, fracasso escolar, tráfico e consumo de drogas, encarceramentos, delinqüência de rua e criminalidade violenta”. (PASSETI, 2003, p. 178)

⁶ Por “cifra negra” entende-se aquela parcela de crimes que não faz parte dos dados oficiais, ou seja, um campo obscuro da delinqüência, não conhecido pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido. Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, designa a “defasagem que medeia entre a criminalidade real (isto é, as condutas criminalizáveis efetivamente praticadas) e a criminalidade estatística (oficialmente registrada)” (ANDRADE, 2003b, p. 261-262).

comportamentos criminosos, sendo que a criminologia, em especial Juarez Cirino dos Santos (1981, p. 10), os denomina de “cifras douradas”, uma alusão aos vultosos danos provocados por crimes financeiros e tributários.

Vera Regina Pereira de Andrade sintetiza esta relação entre criminalidade e criminalização, que são conceitos diversos e influenciam sobremaneira na produção da “cifra negra”:

A correção fundamental desta distribuição e explicação etiológica da criminalidade é a de que a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, ou seja, presente em todos os estratos sociais. O que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados. (ANDRADE, 2003b, p. 265).

A consequência desta produção errônea da divisão da criminalização é a formação de estereótipos que conduzem a uma atuação seletiva do sistema penal através de seus órgãos oficiais, que também é compartilhada pelo cidadão comum. Assim, quando este último cria em sua mente a imagem lombrosiana do criminoso, baseado nas errôneas estatísticas e atuação seletiva do sistema, tende a se afastar destes grupos e/ou pessoas como forma de proteção contribuindo, por consequência, para a abertura de fossos na estrutura social baseado na idéia de homens “bons” e “maus”.

Não é apenas através do crime que se cria a divisão entre os vários segmentos da sociedade. De tal sorte, que também encontramos diferenciação baseada em aspectos econômicos, religiosos, culturais, e étnicos. No entanto, verifica-se que, de algum modo, as outras formas de discriminação estão ligadas à violência ou criminalidade.

O medo e a fala do crime não apenas produzem certos tipos de interpretações e explicações, habitualmente simplistas e estereotipadas, como também organizam a paisagem urbana e o espaço público, moldando o cenário para as interações sociais que adquirem novo sentido numa cidade que progressivamente vai se cercando em muros. (CALDEIRA, 2000, p. 27)

Cria-se, por exemplo, a figura que toda pessoa desprovida de recursos financeiros é um criminoso em potencial, como ocorre com os habitantes de favelas; da mesma forma quando se está diante determinado grupos étnicos ou

culturais⁷. Até mesmo determinadas religiões são vistas como potencialmente perigosas por determinados grupos.

Acaba ocorrendo que o crime passa a ser indissociável das demais formas de discriminação. Segundo Teresa Pires do Rio Caldeira, “a fala do crime não é feita de visões equilibradas, mas de repetição de estereótipos, ainda que se reconheça seu caráter simplista.” E a mesma autora conclui que “a fala do crime elabora preconceitos”, que, em geral, fazem com que pessoas pobres sejam ligadas à figura do criminoso, inclusive pelos próprios pobres (CALDEIRA, 2000, p. 38).

No mesmo sentido, Vera Regina Pereira de Andrade afirma que estas representações estão enraizadas nas agências do sistema penal e no senso comum da sociedade formando um verdadeiro preconceito de criminalidade.

E porque revestida de todas as representações que permitiriam consolidar uma visão profundamente estereotipada do criminoso – associada à clientela da prisão e, portanto, aos baixos estratos sociais – serviu para consolidar, muito mais do que um conceito, um verdadeiro (pre)conceito sobre a criminalidade. (ANDRADE, 2003a, p. 38).

Tendo em vista que a ótica da exclusão entre classes passa pela questão da delinquência, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo, fazendo com que a própria pessoa que cometeu o delito se reconheça como um marginal.

Basta ao sujeito ter passado pelos corredores da justiça criminal para ser apontado pelos demais como criminoso. É contumaz que a sociedade não questione acerca dos motivos, razões e circunstâncias da prática do ato, ou mesmo se o foi reparado, ela apenas enxerga naquele indivíduo a marca deixada pelo sistema penal, criando o estigma do delinquente. Com isso, a pena se perpetua na pessoa do condenado mesmo após o seu integral cumprimento na seara da justiça penal. É como se o sistema de vigilância pregada no “panóptico” de Foucault ganhasse contornos contemporâneos, ultrapassando os muros da prisão e

⁷ Teresa Pires do Rio Caldeira, em sua obra *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania na cidade de São Paulo*, traz a entrevista com uma moradora do bairro da Moóca sobre a violência, vejamos: “[...] O que estragou muito a Moóca foram as favelas. Aquela da Vila Prudente é uma cidade. Tem cinquenta e tantas mil pessoas!... Tem também muito cortiço. [...] O que ta prejudicando é isso aí, é a pobreza. Aqui tem classe média, classe rica e uma diferença muito grande, a pobreza dos nordestinos.” Seguindo a entrevista, a moradora é questionada sobre quem são os criminosos, veja a resposta: “Pessoal que assalta é tudo nortista. Tudo gente da favelada.” (CALDEIRA, 2000, p. 29-30)

mantendo sob seus olhares todos aqueles que, um dia, estiveram dentro de seus muros.

Esta postura da sociedade demonstra que não está preparada para a integração dos criminosos, pelo contrário, há a cultura da exclusão através do estigma do criminoso, delinqüente ou ex-presidiário. Assim, não é o criminoso que se esconde à margem da sociedade, é ela que o coloca naquela situação.

Antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mas que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social (BARATTA, 2002, p. 186).

Esta segregação proporcionada por parte da sociedade faz com que os setores hegemônicos tenham a falsa sensação que estão afastando o “mal” travestido de criminoso ao deixá-los nos guetos e afastados dos seus centros de convivência, quando, na verdade, esta atitude apenas potencializa sua criação.

Em toda sociedade há uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder. “Essa discriminação assume, porém, no contexto de um Estado de direito legítimo em seu todo, a forma mais sutil do poder pela maioria, em que uma cultura de maioria se funde à cultura de política em geral” (HABERMAS, 2007, p. 9). Muitas vezes esta estrutura social tende a se sustentar através do controle social, o que torna o diálogo entre instituições penais e as de controle dos desviantes cada vez mais próximo, sendo que o primeiro proporciona o fim visado pelo segundo, mas tudo nas mãos de um poder central exercido por uma classe dominante.

O controle do desvio enquanto legitimação aparente das instituições penais constitui, pois, uma construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais da sua própria dominação. [...] numa sociedade capitalista o direito penal não pode ser colocado a serviço de um “interesse geral” inexistente: ele se torna necessariamente, a expressão de um poder de classe. (GIORGI, 2006, p. 36)

Com isso, quando os demais controles sociais informais falham na tentativa de se evitar a aproximação dos grupos heterogêneos na sociedade, o sistema penal acaba por ser utilizado e contribuir com esta proposta excludente, fazendo-o através da criminalização seletiva dos marginalizados.

Assim, o preconceito existente ou o estigma criado pelos centros de poder são as válvulas propulsoras da exclusão de determinadas pessoas ou classes sociais, que muitas vezes são evidenciadas pela “fortificação” através de cercas, muros e ambientes de participação restrita. No entanto, quando estes controles informais falham, ou não cumprem de forma satisfatória seus objetivos, a classe dominante se utiliza do sistema penal para realizar este controle social de forma institucionalizada.

1.3. A LEI COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

Neste passo há de verificar se a norma, em especial a norma penal, é fator de exclusão social. Se os seus regramentos podem levar à conclusão da idéia de seletividade e de direcionamento a determinada classe social ou indivíduos.

A rigor, a norma penal é dirigida a todos os indivíduos, sem quaisquer distinções (aparentes) de classe social ou de pessoas. Possui, portanto, a característica de ser abstrata e impessoal, ou seja, regulamenta situações que podem vir a ocorrer e não se direcionam a ninguém de forma individualizada. Ainda, “o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra as ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos” (BARATTA, 2002, p. 162).

Com base nestas duas proposições criou-se o mito da igualdade baseado na ideologia da defesa social. No entanto, Alessandro Baratta aponta críticas à pretensa igualdade do sistema penal:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os

indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (BARATTA, 2002, p. 162).

Analisado com este enfoque, chega-se a conclusão que estamos diante de “direito desigual por excelência” como tantos outros ramos do direito burguês (BARATTA, 2002, p. 162).

Nilo Batista já afirmou que:

o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função das suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para reafirmação do seu caráter igualitário.) [...] Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. (BATISTA, 2004, p. 25-26)

Acreditava-se que a sistematização e a codificação das leis serviriam para impor limites ao poder monárquico, idéia surgida pela formação de monarquias constitucionais erigidas no final do século XVIII e século XIX. No entanto, as leis emanadas pelos monarcas e suas cortes tinham como norte a afirmação deste mesmo poder real e a legitimação das ações dos governantes no atendimento de estratégias políticas (MADEIRA COSTA, p. 63).

Com isso as leis passaram a ser fonte de poder e também forma de legitimá-lo. Neste sentido, Foucault aponta que é a pedido do poder real, e em seu proveito e com o escopo de servir-lhe de instrumento ou justificação, que o edifício jurídico das nossas sociedades atuais foi elaborado. (FOUCAULT, 2000, p. 27). Neste sentido, “o mecanismo normativo constitui-se uma inegável forma de regulamentação da dominação ou a sua legitimação pelo direito” (SANTIN, 2004, p. 65).

Matheus Felipe de Castro expõe o funcionamento estruturalmente seletivo do sistema penal:

O general prussiano Clausewitz afirmara que a guerra era “a política continuada por outros meios”. Não se pode negar que a criminalização se insere neste instrumental do poder, que aplica a

estratégia da guerra ao controle e à dominação. Na sociedade capitalista, o *direito penal é a política continuada por outros meios, ou a guerra de classes continuada por outros meios*. (CASTRO, 2007, p. 133).

Este arcabouço normativo muitas vezes faz com que as desigualdades sejam ampliadas ou, no mínimo, funcionam como mantenedoras do “status quo” social, não permitindo a ascensão ou qualquer forma de aproximação dos desiguais.

Alessandro Baratta sintetiza todo esse pensamento de separação que é proporcionado pelo sistema penal. O autor utiliza como paradigma os resultados de pesquisas escolares, afirmando que o sistema penal complementa a manutenção da “verticalização da ordem social” operada nos bancos escolares ao diferenciar bons e maus alunos conforme a proveniência de determinada classe social. Assim, as funções exercidas pelo sistema escolar e penal conservam a realidade social e expõe suas tendências seletivas, discriminatórias e de marginalização.

A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. (BARATTA, 2002, p. 175).

Segue o autor, afirmando que ainda se soma as formas regulamentadoras normativas “à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho”, que proporciona a criação e a gestão “daquela zona particular de marginalização que é a população criminoso” (BARATTA, 2002, p. 172).

Com isso, o sistema penal, no momento da sua criminalização primária reflete, de forma mais acentuada, “o universo moral da cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (BARATTA, 2002, p. 176).

A criminalização primária é o processo pelo qual o Estado seleciona quais comportamentos existentes no corpo social, que são ofensivos a determinados bens jurídicos, proibindo-os ou impondo-os ameaça de aplicação de sanção penal

através de lei formalmente editada (GRECO, 2008, p. 137). Assim, o processo de seletividade surge desde este instante, pois a lei penal carrega uma carga axiológica de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, que prevalecem sobre os valores da classe dominada. É claro que além desta forma de seleção surge outra, que aponta quem deve ser punido de acordo com a lei criada. Neste último fenômeno temos a denominada criminalização secundária, que ocorre no momento da aplicação da lei penal.

Para exemplificar todo o exposto, Amilton Bueno de Carvalho expõe situações onde fica evidente o caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal:

[...] b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio – roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de um a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo penal com tamanha pena? (CARVALHO, 2003, p. 27-28)

Ainda podemos citar o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais⁸, onde o pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força. Mas e o rico que nada faz? A própria lei determina que não será punido aquele que venha conseguir meios de subsistência.

[...] aqui é interessante notar o modo como aparece o componente de “classe” no direito criminal: enquanto se punia criminalmente a mendicância, também se punia, na área cível, o pródigo; com isso, cria-se um elo entre o mendigo e o pródigo; o primeiro denuncia o injusto, a divisão de classes, etc.; já o segundo decepciona o sistema, d’onde se pode dizer que o pródigo é o “lumpen da burguesia” nacional [...] (STRECK, 2008, p. 71)

⁸ Decreto-lei n. 3.688/1941. Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Outro exemplo, trazido por Rogério Greco (2008, p. 139-140), era a possibilidade de conversão da multa penal não paga em pena de detenção, prevista na antiga redação do artigo 51 do Código Penal. A bom tempo, tal dispositivo foi modificado pela Lei n.º 9.268, de 1º de abril de 1996, que não mais permite a conversão da multa não paga em pena de detenção.

Diante destes exemplos, podemos constatar o caráter seletivo, discriminatório e estigmatizante do sistema penal, o qual é voltado a punir com mais rigor as classes sociais mais débeis protegendo os bens jurídicos mais importantes, mas os mais importantes da classe dominante e não os assim considerados por toda a coletividade. De tal sorte que, as condutas que porventura venham a ser praticadas ou que possam ter como sujeitos ativos aqueles das classes superiores são punidas de forma branda, ao passo que as demais, com já visto, são punidas de forma mais rigorosa.

Ainda, Vera Regina Pereira de Andrade expõe que o sistema penal produz dois enfoques de seletividade, uma quantitativa e outra qualitativa. De acordo com a primeira, a criminalidade “é o atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos que, seja devido a anomalias físicas (biopsicológicas) ou fatores ambientais e sociais, possuem uma maior tendência a delinquir” (ANDRADE, 2003b, p. 263). Aqui, remetemos às críticas realizadas no item anterior (1.2) quando fora tratado da influência da “cifra negra” na formação da idéia de criminalidade, que na verdade, faz com que se tenha a falsa idéia de que apenas os estratos sociais mais baixos é que cometem crimes, quando na verdade são estes mesmos estratos que são mais criminalizados, ou seja, que sofrem as sanções impostas pelo Direito Penal, ao passo, que a criminalidade do colarinho branco, perpetrada pelas camadas mais altas, quase, sempre engrossam as suas “cifras douradas” (SANTOS, 1981, p. 10). Com isso, fundamenta-se o conceito de criminalidade como fenômeno apartado dos estratos sociais superiores e umbilicalmente ligado às camadas mais baixas da sociedade, vinculado a fatores pessoais e sociais de pobreza, em consequência de uma maior criminalização desta última.

Esta seletividade do sistema penal se deve, segundo a autora (ANDRADE, 2003b, p. 265), a duas variáveis estruturais, sendo a primeira a sua própria incapacidade operacional, demonstrada de forma sintética por Zaffaroni:

[...] as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado. A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

Desta incapacidade operacional conclui-se que a não criminalização é a regra no funcionamento do sistema penal, pois se o sistema concretizasse todo o seu poder criminalizante programado provocaria uma verdadeira catástrofe social. Baratta afirma que o “sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%”⁹ (BARATTA apud ANDRADE, 2003b, p. 266).

Na verdade, todos somos criminosos, mesmo que em maior ou menor grau. Quem nunca praticou um crime contra a honra de seu semelhante, não comprou um produto de algum camelô, de origem duvidosa, não perturbou o sossego alheio; enfim, todos nós, mesmo sem essa noção, praticamos crimes quase que diariamente. Se fôssemos levar a ferro e fogo a aplicação de todos os tipos penais, não haveria ninguém disponível para apurar o fato criminoso, tampouco julgar o autor do delito, pois todos estaríamos presos. (GRECO, 2008, p. 139).

Assim, há um universo de crimes que ficam à margem do sistema, que não constam nas estatísticas oficiais, mas que ocorrem diuturnamente, ao passo que, em menor quantidade, há aqueles que são perseguidos e punidos. Agora, questiona-se de que forma ou quais crimes são selecionados?

A resposta a essa pergunta passa por critérios quantitativos, quando a inefetividade do sistema impede que todos os delitos sejam perseguidos e punidos, mas também temos uma seletividade qualitativa, ou seja, a especificidade da infração e as conotações sociais dos autores e vítimas (ANDRADE, 2003b, p. 266). Este segundo aspecto demonstra que há uma inclinação no processo de

⁹ Hulsman, citado por Vera Regina Pereira de Andrade (2003b, p. 266), afirma que as cifras negras se voltam contra o próprio sistema penal, pois é absurdo imaginar que se crie “uma máquina que se deva programar com vistas a um mau rendimento, para evitar que ela deixe de funcionar”.

seleção das condutas e daqueles que a praticam, ao mesmo tempo em que são criadas para uma proteção específica de determinados bens que interessam a uma pequena porção social.

Por conseqüência, provoca-se a seletividade através da lei, em especial da lei penal, a qual produz como conseqüência a segregação, que nas palavras de Bauman é uma forma de resposta ao cometimento de delitos.

O confinamento espacial, o encarceramento sob vários graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia e religião diversas das predominantes. (BAUMAN, 1999, p. 101-102)

No mesmo sentido Heleno Cláudio Fragoso aponta que o “sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social” (FRAGOSO, 2003, p. 343). A defesa social é criada por aqueles que detém o poder de confeccionar as leis, impondo aos demais coativamente a submissão a elas fazendo com que o Estado exerça, através do Direito Penal, um “controle social punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 63).

Ao definir o sistema penal como controle social punitivo institucionalizado, os autores incluem neste conceito as ações controladoras e repressoras que aparentemente não deveriam lhe fazer parte. Explica-se. Entendem que o sistema se dirige mais contra certas pessoas que contra certas ações, dada a sua seletividade. Dessa forma, exercem o controle de certos setores da sociedade através do poder sancionatório próprio do Direito Penal (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 63-64).

Com isso, a aplicação das leis penais pode produzir sentimentos diversos na sociedade. Pode causar temor ou até mesmo indiferença, a ocorrência de um ou outro dependerá do motivo da sua aplicação. É comum que os marginalizados e estigmatizados criem um sentimento de verdadeiro temor na aplicação do Direito Penal, o qual por sua natureza já traz este estigma, mas para os destinatários em potencial podem trazer verdadeiro pânico, pois são eles, muitas vezes, os seus destinatários.

Cuando en un Estado, por todo y para todo la autoridad quiere aplicar leyes penales, provoca una situación de tensión social sumamente pernicioso, la resta respetabilidad a la ley penal y la sociedad ve con indiferencia, o bien, con verdadero pánico, como, por cualquier e insignificante motivo, se aplica una ley penal¹⁰. (BETANCOURT, 2007, p. 68).

A principal finalidade do Direito, qual seja um instrumento de controle social que visa à igualdade, através da inclusão social, fica, portanto prejudicada, pois:

O atual sistema penal faz exatamente o contrário, visto que seleciona, marginaliza e exclui, cada vez mais, os menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao “modelo ideal” preconizado pela classe dominante. Com efeito, temos ainda hoje, guardadas as devidas proporções, o que acontecia antigamente com a diferenciação entre nobres e plebeus, isto é, o Direito como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais. (BIANCHINI, 2000, p. 63).

Da forma como está estruturado o sistema penal, dificilmente poderia se prestar a execução das funções e objetivos que se propõe. “A estruturação do sistema penal confere, tão-somente, um instrumental para que o grau de arbitrariedades seja mais intenso, nocauteando a legalidade do sistema processual” (BIANCHINI, 2000, p. 59).

Hoje, temos a consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais*. (ZAFFARONI, 2001, p. 15)

Conclui-se que as falhas na criação, aplicação e execução da lei penal não constituem um problema de conjuntura, pontual, mas sim uma doença

¹⁰ Quando em um estado, por todos e para todos, a autoridade quer aplicar leis penais, provoca uma situação de tensão social sumamente pernicioso, falta respeitabilidade a lei penal e a sociedade vê com indiferença, ou mais, com verdadeiro pânico, por qualquer insignificante motivo, a aplicação da lei penal (tradução livre pelo autor).

crônica que aflige o sistema penal selecionando os menos providos economicamente como seus destinatários. Há, destarte, um abandono do direito penal do fato para a eleição de um direito penal de autor, que “seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza a pessoas determinadas, segundo a classe e posição social” (BIANCHINI, 2000, p. 62).

A lei, como instrumento de poder do Estado, é a mais nefasta forma de exclusão, pois traz em seu bojo o uso do aparato público, sob o controle de uma minoria, travestida de legalidade, mas que, na verdade, é instrumento de controle social institucionalizado com o objetivo de manter a estratificação de classes sociais punindo de fora desigual e direcionada. Nas palavras de Alessandro Baratta, “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 161).

Conclui-se que, as novas políticas punitivas possuem características discriminatórias e excludentes, que trazem em seu bojo uma “intolerância para com incivilidades, de varrer os desvios e a desordem das ruas, lidar com pedintes agressivos, lavadores de pára-brisas de sinal, vadios, bêbados e prostitutas” (ZAFFARONI, 2001, p. 132).

1.4. EXCLUSÃO SOCIAL OU INCLUSÃO MARGINAL?

Quando se fala em exclusão social simultaneamente se fala em inclusão social. Assim, “a inclusão social e a exclusão são conceptualizadas como duas entidades diferentes, nas quais o objetivo é produzir inclusão social e eliminar a exclusão social” (STOER, MAGALHÃES e RODRIGUES, 2004, p. 27).

É comum atribuir-se todos os problemas sociais “a essa coisa vaga e indefinida a que chamam *exclusão*, como se a exclusão fosse um deus-demônio que explicasse tudo. Quando, na verdade, não explica nada”. Na verdade, seu conceito é “inconceitual”, impróprio, e distorce o próprio problema que pretende explicar” (MARTINS, 1997, p. 16 e 27). Muitas vezes a palavra exclusão é

diretamente ligada à idéia de pobreza, o que não é totalmente incorreto, mas não é a única acepção da palavra.

José de Souza Martins na obra “*Exclusão social e a nova desigualdade*” afirma que não existe exclusão e que, hoje, está havendo uma certa “fetichização” desta idéia, sendo certo que ocorre uma contradição, consubstanciada em “vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes”; existe, na verdade, “o conflito pelo qual a vítima dos processos excludentes proclamam seu inconformismo, seu mal-estar, sua revolta, sua esperança, sua força reivindicativa e sua reivindicação corrosiva” (MARTINS, 1997, p. 14).

[...] quer dizer que a exclusão é apenas um *momento* da percepção que cada um e todos podem ter daquilo que concretamente se traduz em *privação*: privação de emprego, privação de meios para participar do mercado de consumo, privação de bem-estar, privação de direitos, privação de liberdade, privação de esperança. (MARTINS, 1997, p. 18)

De acordo com a passagem citada, onde a exclusão é traduzida em privações de várias formas, é possível afirmar que algum indivíduo é totalmente excluído na sociedade atual? Estamos inseridos em uma política econômica capitalista, onde a comercialização de bens é seu pilar onde se faz necessário a presença cada vez maior de consumidores. Com base neste panorama torna-se prejudicada a afirmação de que o modelo econômico-social é excludente, sendo certo que ocorre, na verdade, uma inclusão marginal.

Para José de Souza Martins, “rigorosamente falando, só os mortos são excluídos, e nas nossas sociedades a completa exclusão dos mortos não se dá nem mesmo com a morte física; ela só se completa depois de lenta e complicada morte simbólica” (MARTINS, 1997, p. 27).

Dessa forma, não há indivíduos totalmente excluídos. Há níveis de inclusão ou uma inclusão marginal que ocorrem em vários momentos quando entramos em um ciclo de exclusão para uma posterior inclusão, onde saímos de uma determinada situação ou status e somos submetidos a uma outra forma.

O capitalismo na verdade desenraiza e brutaliza a todos, exclui a todos. Na sociedade capitalista essa é uma regra estruturante: todos nós, em vários momentos de nossa vida, e de diferentes modos, dolorosos ou não, fomos desenraizados e excluídos. É próprio dessa lógica de exclusão a *inclusão*. A *sociedade capitalista desenraiza*,

exclui, para incluir, incluir de outro modo, segundo suas próprias regras, segundo a sua própria lógica. (MARTINS, 1997, p. 32).

O problema se encontra nesta forma de posterior inclusão. Esta fase de transição entre a exclusão e a inclusão passou sem ser notada por muito tempo, mas, ultimamente, salta os olhos este período em que parcela da população encontra-se de alguma forma excluída. Esta notoriedade contemporânea se deve ao tempo desta fase, o que antes era um breve período de tempo, hoje não o é. Agora, o tempo em que um trabalhador, por exemplo, passa a procurar um novo trabalho se tornou excessivamente longo e quando encontra uma forma de inclusão, esta implica uma certa degradação, ou seja, encontra uma situação normalmente pior daquela que se encontrava.

A sociedade moderna está criando uma grande massa de população sobrando, que tem pouca chance de ser reincluída nos padrões atuais do desenvolvimento econômico. Em outras palavras, *o período de passagem do momento da exclusão para o momento da inclusão está se transformando num modo de vida, está se tornando mais do que um período transitório*. (MARTINS, 1997, p. 33 – destaque no original).

Com isso, além do tempo para a reinclusão temos as condições que esta ocorre. Como citado, acaba ocorrendo de forma pior daquela situação da qual a pessoa se encontrava. Dessa forma, após esta fase de transição há a readequação e reinclusão no plano econômico, ou seja, a pessoa passa a ter renda suficiente para sobreviver, mas o que não ocorre, muitas vezes no plano social. “A pessoa não se reintegra numa sociabilidade ‘normal’. A reintegração não se dá sem deformações no plano moral; a vítima não consegue se reincluir na moralidade clássica, baseada na família, num certo tipo de ordem” (MARTINS, 1997, p. 33).

Este processo forma uma “sociedade paralela que é includente do ponto de vista econômico e excludente do ponto de vista social, moral e até político” (MARTINS, 1997, p. 34). Diante do exposto, voltamos a idéia inicial de que não há pessoa totalmente excluída na sociedade, na verdade, encontramos níveis de inclusão.

A conjuntura social, econômica e política ditam as regras e os níveis em que determinada pessoa pode adentrar no seio de determinada sociedade, ou seja, até que ponto é interessante para aqueles que se encontram nas esferas

centrais de poder, permitir a aproximação daqueles que não comungam do mesmo estrato social. Assim, a estratificação social é, de certa forma, estagnada na medida em que são preservados alguns fossos dentro da estrutura da sociedade que insistem em impedir a inclusão plena de todos, impossibilitando o acesso a iguais condições de vida digna.

2. O CARÁTER IDEOLÓGICO DO SISTEMA PENAL

2.1 CONCEITO DE IDEOLOGIA

A origem da expressão “ideologia” vem da junção lingüística extraída da raiz grega *eidos* (idéia) com *logos* (estudo, conhecimento), assim, seu significado original era “ciência das idéias”, ou seja, o estudo das origens, evolução e natureza das idéias.

No senso comum, ideologia tem o sentido de um conjunto de idéias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo de um indivíduo ou de um grupo, orientado para suas ações sociais, culturais e políticas.

Em seu sentido moderno, a ideologia foi criada pelo filósofo francês Antonie Destutt de Tracy (1754-1826), em *Eléments d'idéologie*, durante a Revolução Francesa. Aqui, a “Ciência das Idéias” era tida como o fundamento de todas as demais ciências, com a finalidade de investigar e descrever a forma como nossos pensamentos se constituem (WOLKMER, 2000, p. 94).

Juntamente com o médico Cabanis, com De Gérando e Volney, Destutt de Tracy pretendia elaborar uma ciência da gênese das idéias, tratando-as como fenômenos naturais que exprimissem a relação do corpo humano, enquanto organismo vivo, com o meio ambiente. Elaborou uma teoria sobre as faculdades sensíveis, responsáveis pela formação de todas as nossas idéias: querer (vontade), julgar (razão), sentir (percepção) e recordar (memória). A intenção de Destutt de Tracy era propor que o ensino das ciências físicas e químicas era capaz de “formar um bom espírito”, isto é, um espírito capaz de observar, decompor e recompor os fatos, sem se perder em vazias especulações (CHAUÍ, 1980, p. 10).

Ao lado do sentido moderno, temos o sentido pejorativo da expressão, o qual foi utilizado por Napoleão nos primeiros anos do século XIX, que apontou os ideólogos como deformadores da realidade por suas idéias republicanas e religiosas serem consideradas uma ameaça a seu absolutismo apoiado pela igreja.

Esta situação ficou evidenciada em uma declaração de Napoleão que, num discurso ao Conselho de Estado em 1812, afirmou que “todas as desgraças que afligem nossa bela França devem ser atribuídas à ideologia”, mas não é só, ainda inverteu a imagem que os ideólogos tinham de si mesmos declarando que “essa tenebrosa metafísica que, buscando com sutilezas as causas primeiras, quer fundar sobre suas bases a legislação dos povos, em vez de adaptar as leis ao conhecimento do coração humano e às lições da história.” (apud, CHAUÍ, 1980, p. 10-11). Com isto, os ideólogos que se consideravam materialistas, realistas e antimetafísicos, foram chamados de “tenebrosos metafísicos”, ignorantes do realismo político que adapta as leis ao coração humano e às lições da história.

Após este sentido pejorativo, o termo ideologia voltou a ser empregado em um sentido próximo ao do original por Augusto Comte em seu *Cours de Philosophie Positive* (CHAUÍ, 1980, p. 11). A ideologia continua sendo aquela atividade filosófico-científica que estuda a formação das idéias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, tomando como ponto de partida as sensações; por outro lado, também passa a significar também o conjunto de idéias de uma época, tanto como “opinião geral” quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época.

Ainda, merece destaque a concepção de Jürgen Habermas que afirma ter o conceito de ideologia surgido com uma nova organização social – a ascensão da burguesia como classe dominante e do modo de produção capitalista que passou a legitimar novas formas de poder estatal, fundamentadas na livre iniciativa do mercado e no recuo do Estado.

Depois do breve histórico do conceito e as suas diferentes concepções, Antonio Carlos Wolkmer nos dá múltiplos usos do termo ideologia, dividindo-a em dois tipos gerais de significados: o positivo e o negativo (WOLKMER, 2000, p. 95).

No sentido positivo, chamado por Norberto Bobbio de significado “fraco”, a ideologia é compreendida no [senso comum](#) contendo o sentido de conjunto de idéias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo de um indivíduo ou de um grupo, orientado para suas ações sociais e, principalmente, [políticas](#).

É a ideologia compreendida como um sistema de atitudes integradas de um grupo social – ideologia enquanto sistema de idéias relacionadas com a ação – ideologia como o conjunto de idéias, valores, maneiras de sentir, pensar de pessoas ou grupos – ideologia como ordenação de crenças [...] (WOLKMER, 2000, p. 95)

Estes conceitos são elaborados e se integram funcionando como um guia para ações, comportamentos e atitudes de pessoas e grupos, bem como critérios para justificar tais atos, seja no exercício do poder, da política, ou em qualquer outra manifestação.

Para Marilena Chaí a concepção positiva de ideologia possui três consequências principais, a saber:

1) define a teoria de tal modo que a reduz à simples organização sistemática e hierárquica de idéias, sem jamais fazer da teoria a tentativa de explicação e de interpretação dos fenômenos naturais e humanos a partir de sua origem real. Para o positivista, tal indagação é tida como metafísica ou teológica, contrária ao espírito positivo ou científico; 2) estabelece entre a teoria e a prática uma relação autoritária de mando e de obediência, isto é, a teoria manda porque possui as idéias e a prática obedece porque é ignorante. Os teóricos comandam e os demais se submetem; 3) concebe a prática como simples instrumento ou como mera técnica que aplica automaticamente regras, normas e princípios vindos da teoria. A prática não é ação propriamente dita, pois não inventa, não cria, não introduz situações novas que suscitem o esforço do pensamento para compreendê-las. (CHAUÍ, 1980, p. 12)

Examinando o significado dessas consequências, podemos chegar à suposição de uma harmonia entre teoria e ação. Com isso, chega-se a conclusão de que “quando as ações humanas – individuais e sociais – contradisserem as idéias, serão tidas como desordem, caos, anormalidade e perigo para a sociedade global” (CHAUÍ, 1890, p. 12).

Ainda, extrai-se a idéia, mesmo que implícita, de que o poder pertence a quem possui o saber. Dessa conclusão, temos que uma sociedade progressista e ordenada deve ser dirigida por aqueles que detém o conhecimento, “de sorte que a política é um direito dos sábios, e sua aplicação, uma tarefa de técnicos ou administradores competentes” (CHAUÍ, 1980, p. 12).

Para Foucault, é a pedido do poder real, em seu proveito e com o escopo de servir-lhe de instrumento ou justificação, que o edifício jurídico das nossas sociedades atuais foi elaborado. Segue o autor, afirmando que “o poder produz saber”, desmistificando a idéia tradicional de que só pode haver saber quando este está desvinculado do poder. Na verdade, o poder cria as verdades e saberes que sejam úteis aos seus fins, por vezes, favorece-os ou amplifica-os de acordo com certa teoria ou forma de interpretação, desde que isso lhe seja proveitoso. Assim, conclui afirmando que “não há relação de poder sem constituição correlata de um campo do saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder” (FOUCAULT, 1987, p. 27).

Já no significado negativo, a ideologia, na compreensão de Antonio Carlos Wolkmer, pode ser entendida como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, é uma ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento, ou seja, “ideologias são idéias erradas, incompletas, distorcidas, dissimulações sobre fatos ou sobre a realidade social” (WOLKMER, 2000, p. 97).

Para Marilena Chauí,

a ideologia é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. (CHAUÍ, 1980, p. 43).

Segue a autora, apontando que a ideologia é, portanto, um corpo explicativo, dotado de representações, e prático, possuidora de normas, regras e preceitos de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, “sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção” (CHAUÍ, 1980, p. 43-44).

Karl Marx desenvolveu uma teoria a respeito da ideologia concebendo-a como uma consciência falsa, proveniente da divisão do trabalho manual e intelectual. Assim, surgem os ideólogos ou intelectuais que passam

através das idéias impostas, a dominar através das relações de produção e das classes que esses criam na sociedade. Contudo, a ideologia inverte ou esconde esta realidade para os ideais ou vontades da classe dominante, por isso denominada de falsa consciência.

Dessa forma, a função da ideologia é a de apagar as diferenças, como as existentes entre as classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado.

Assim, para que o discurso ideológico consiga realizar a sua função e manter-se coerente é necessário que traga alguns “vazios” ou “lacunas” em sua fala, pois, “assim, ela é coerente não apesar das lacunas, mas por causa ou *graças às lacunas*” (CHAUÍ, 1980, p. 44). Dessa forma, ela é coerente em vários aspectos, como ciência, moral, filosofia e religião “apenas porque *não diz tudo e não pode dizer tudo*. Se dissesse tudo, se quebraria por dentro” (CHAUÍ, 1980, p. 44).

Esta distorção trazida pela ideologia não decorre dela própria, mas de um grupo que a utiliza como um instrumento para ocultar as contradições e desarmar toda tentativa de questionamentos àquela realidade. Nestes termos, a ideologia não se apresenta apenas como uma representação imaginária do real que serve ao exercício da dominação em uma sociedade fundada na luta de classes, mas também não permite ao sujeito a possibilidade de dar-se conta do mundo, ou seja, o homem passa a ter seu ser construído e não ele próprio o constrói.

Construir uma teoria para a explicação da realidade e de suas transformações funda-se na transposição involuntária para o plano das idéias as relações sociais existentes. É a partir da sua análise que partem as compreensões de como os homens agem e pensam, mas não “se trata de tomar essas relações como um dado ou como um fato observável, pois neste caso estaríamos em plena ideologia.” (CHAUÍ, 1980, p. 8).

Esta transposição é involuntária porque o seu elaborador não imagina estar realizando-a, pois acredita estar produzindo idéias verdadeiras que não possuem ligação com sua própria existência histórica e social. É justamente neste ponto que reside um dos traços fundamentais da ideologia, que é “tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que

tais idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas.” (CHAUÍ, 1980, p. 5).

Dessa forma, conclui Marilena Chauí que:

Nasce agora a ideologia propriamente dita, isto é, o sistema ordenado de idéias ou representações e das normas e regras como algo separado e independente das condições materiais, visto que seus produtores – os teóricos, os ideólogos, os intelectuais – não estão diretamente vinculados à produção material das condições de existência. E, sem perceber, exprimem essa desvinculação ou separação através de suas idéias. Ou seja: as idéias aparecem como produzidas somente pelo pensamento, porque os seus pensadores estão distanciados da produção material. Assim, em lugar de aparecer que os pensadores estão distanciados do mundo material e por isso suas idéias revelam tal separação, o que aparece é que as idéias é que estilo separado do mundo e o explicam. As idéias não aparecem como produtos do pensamento de homens determinados – aqueles que estão fora da produção material direta – mas como entidades autônomas descobertas por tais homens. (CHAUÍ, 1980, p. 26).

Por fim, este conjunto de idéias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo de um indivíduo ou de um grupo, orientado para suas ações sociais, culturais e políticas, pode ter enfoques de reprodução da realidade social na tentativa de justificá-la ou indicar um novo modo de agir da coletividade, como também pode ser utilizada no sentido de impor, pela classe dominante, uma filosofia ou uma forma de agir aos dominados como forma de legitimar esta atuação sob forma de poder.

Neste sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que “o poder instrumentaliza as ideologias na parte em que lhe são úteis e as descarta quanto ao resto. Deste modo, recolhe do sistema de idéias de qualquer ator a parte que lhe convém, com o qual frequentemente tergiversa” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 59).

Roberto Lyra Filho aponta esta mudança de paradigmas ideológicos conforme o momento e a posição social que determinada classe ocupa, em especial cita o exemplo da burguesia.

A burguesia chegou ao poder desfraudando a bandeira idológica do direito natural – com fundamento acima das leis – e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente). Pudera! A “guitarra” legislativa estava em suas mãos. A primeira fase contestou o poder aristocrático-feudal, na força do

capitalismo em subida, para dominar o Estado. A segunda fez a digestão da vitória, pois já não precisava mais desafiar um poder que se apossara. É daí que surge a transformação do grito libertário (invocado pelos direitos supralegais) em arrote social, de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis). (LYRA FILHO, 1999, p. 23).

Com isso, verifica-se que, muitas vezes, a ideologia é utilizada de acordo com o momento e o contexto que determinada pessoa ou grupo se encontram. Como consequência desta manipulação ideológica os autores apontam um duplo efeito, vejamos:

a) gera em alguns a impressão superficial – e infantil – de que os criadores de cada ideologia foram ou são uma espécie de gênios do mal, que vivem buscando o modo de proporcionar argumentos de justificação de poder. [...]; b) por outro lado, se originam intermináveis disputas acerca do que quis verdadeiramente dizer cada autor, corrente ou personagem, sobre a base certa de que geralmente não disse o que o poder pretende pôr em seus lábios. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 59-60).

É certo que a ideologia apresenta as mais variadas formas e modos de expressão da cultura humana, das mais inteligentes e sublimes até as mais absurdas e aberrantes. Mas ocorre que, muitas vezes, o poder se vale justamente dos pontos mais aberrantes e distorcidos do pensamento para justificar a sua atuação. Isso não pode autorizar um afastamento total da cultura universal, “nem a crer que cada criador ideológico é um maléfico psicopata que toma a seu cargo a tarefa de justificar os crimes do poder” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 60).

Deixando de lado as distorções por ventura utilizadas pelos detentores do poder, a elaboração de uma ideologia permite justificar uma realidade de um indivíduo homem ou de um grupo e também auxilia uma interação deste indivíduo com o grupo, fazendo com que siga as idéias criadas e as adote como forma de vida entendendo como incorreto tudo que dela desviar.

Destarte, a ideologia acaba por ser utilizada em seu duplo aspecto (positivo e negativo), na seara penal, para fundamentar a necessidade de determinadas incriminações ou medidas. Em alguns momentos é utilizada para justificar falsamente esta necessidade em virtude de interesses de determinadas classes (sentido negativo), ao passo que também é utilizada no sentido de externar o senso comum diante de outras situações (sentido positivo).

2.2. SISTEMA PENAL E SEU CARÁTER IDEOLÓGICO

Da hipótese de ocorrência de uma infração penal até a imposição de uma sanção para aquele infrator vê-se agindo o que se convencionou chamar de sistema penal. Neste sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto da polícia, juízes, ministério público, advogados e demais funcionários ligados à sua administração.

De acordo com a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, chama-se sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 63).

Tal sistema tem como escopo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção apenas aos limites da necessidade.

Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as conseqüências de imitar-se o delinqüente.

Da forma como está posto é muito difícil afirmar qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social.

O direito penal não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Nem é, tampouco, instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. A concepção de um direito garantidor é uma conquista da humanidade. Mas, em tempos, de novos paradigmas, ficamos no entremeio de uma aporia: os penalistas (e não somente eles) são praticamente uníssonos (com exceção dos discursos *law and order*) em apontar o direito penal como *discriminatório, seletivo, estigmatizador e “protetor dos interesses das camadas dominantes”*. (STRECK, 2008, p. 93)

Na sociedade moderna, como citado no capítulo precedente, há três níveis de exclusão, sendo que uma das suas formas é a atuação do sistema de justiça criminal e da segurança privada.

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais distantes dos círculos de poder. Esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual denomina-se sistema penal, sendo uma das formas mais violentas de sustentação.

Neste sentido, para Camila Cardoso de Mello Prando e Rogério Dutra dos Santos, “sistema penal é compreendido como o lócus institucional responsável pela realização da defesa social, qual seja, a defesa dos cidadãos de bem, ‘a sociedade’, contra os delinqüentes, representantes da parcela problemática e violenta” (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 201).

[...] o sistema Penal bem como a prisão, ao contrário do que se pensa, não protege o homem nem previne ou controla a criminalidade. O Sistema Penal, a serviço do Controle Social Estatal tem servido apenas – e para isso que foi criado – como instrumento de estigmatização, de exclusão, de dominação de classe. (BROLL, 2004, p. 195)

Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados em seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos que a pertencem. Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirva para levar uma sensação de tranqüilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão.

Dessa forma, busca-se criar um sistema capaz de conter aquela parcela da população que oferecem risco aos demais através da violência individual às pessoas e ao patrimônio. Assim, quando se proclama a defesa da sociedade não se está buscando a proteção em relação aos poderes institucionalizados, às estruturas culturais e produtivas ou de determinados grupos sociais, mas em defesa

da sociedade contra os excluídos dos sistemas produtivos, político e cultural (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 203).

Em síntese, defende Zaffaroni que “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 71). Assim, a sustentação da estrutura de poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Diante da constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dualista de “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas de maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa um grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.

Nas palavras de Yasmin Maria Rodrigues Madeira Costa tal sistema demonstra “a total frustração de suas pretensões quanto à prevenção do crime expõe seu caráter puramente repressivo e a promoção da degradação de sua clientela atesta seu viés estigmatizante” (MADEIRA COSTA, 2005, p. 95).

Segue a autora,

A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema Penal em nossa sociedade esclarecem sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de esterótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente, tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais. (MADEIRA COSTA, 2005, p. 110)

Seguindo esta linha de pensamento, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli assinalam:

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 70)

Do exposto, temos que o sistema penal é parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo.

El Derecho penal tiene – en las normas, sanciones y procedimiento – la misma estructura que el control social; es un producto más refinado. Su refinamiento consiste en la precisión, control y corrección de las injerencias, tiene su origen en el establecimiento de límites. El refinamiento alcanza a la ley y a su aplicación en la *praxis*.¹¹ (HASSEMER, 2003, p. 40)

Dentro do sistema penal, o Direito Penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal que fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

É este aspecto seletivo e criminalizador que muitas vezes é utilizado pelo poder dominante a fim de marginalizar as camadas as baixas da estratificada sociedade moderna. Assim, o sistema penal tem assumido um papel excludente perante algumas classes e/ou espécies de criminosos, fazendo com que determinados delitos tenham um aspecto punitivo mais severo com o espoco de segregar aqueles que o praticam em benefício de um sentimento de segurança das suas potenciais vítimas.

Já é de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal (e em especial o Direito Penal brasileiro) como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem?”), a pretexto de garantir a almejada “paz social”. (STRECK, 2008, p. 71).

Assim, faz-se mister uma análise do comportamento sociológico do papel do Estado ao definir as políticas do Sistema Penal, o qual, muitas vezes, é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter determinados segmentos da sociedade.

Tendo o Direito Penal como princípio norteador o da legalidade, insculpido no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, temos que não haverá criminalização de quaisquer condutas se não houver

¹¹ O direito penal tem - nas normas, sanções e procedimento - a mesma estrutura que o controle social; é um produto mais refinado. Seu refinamento consiste na precisão, controle e correção das intervenções, tem sua origem no estabelecimento de limites. O refinamento alcança a lei e a sua aplicação na prática (tradução livre pelo autor).

lei anterior as prevendo. Dessa forma, ganha importância o estudo da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal, pois é através da sua tipificação e vigência normativa que o Estado está apto a coibir e movimentar todo o sistema para a aplicação da lei penal.

Verifica-se, neste ponto, a importância de se determinar a ideologia que prepondera no Sistema Penal, a necessidade de uma análise crítica acerca da eleição dos bens jurídicos penais a fim de que se possa definir quais as condutas mais graves e perniciosas à sociedade mereçam a proteção penal. Neste sentido, é necessário entender a lei como produto natural e legítimo dos vários clamores que ecoam na sociedade e um instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados.

No entanto, o legislador infraconstitucional, muitas vezes, não tem como norte ideológico as premissas trazidas pela Constituição Federal de 1988, que inaugurou no Brasil o marco de um Estado Democrático de Direito. Neste contexto, as tipificações deveriam buscar a concretização dos objetivos da República, entre eles, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, previstos no artigo 3º, inciso III, do texto constitucional.

Nos últimos anos, entretanto, passou a surgir, em intervalos e aparições constantes, um novo direito penal brasileiro, já atuante em outros países: simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social. (JESUS, 2000b, p. 4)

Este fato não é novo. É histórico. Sempre as legislações penais andaram em descompasso com as Constituições, como demonstra Lenio Luiz Streck, em uma breve linha do tempo que merece ser colacionada.

Outorgada a Constituição em 1824, permanecemos com as Ordenações Filipinas até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a uma clientela: escravos e congêneres (aliás, havia uma inconstitucionalidade que jamais pôde ser decretada, porque não havia controle de constitucionalidade no Império: a Constituição aboliu as penas de galés e açoites; já o Código permitia açoitar escravos e a condenação às galés...). Proclamada a República em 1889, já no ano seguinte tínhamos um novo Código, agora dirigido a uma nova clientela: ex-escravos e congêneres (basta ver os tipos penais mais importantes). Em

nenhum deles havia “preocupação” com o “andar de cima” da sociedade”. (STRECK, 2008, p. 70)

Voltando ao que foi tratado no item “a lei como fator de exclusão social”, no primeiro capítulo, e tudo o que foi exposto aqui, temos que a característica marcante do sistema penal é a criminalização da pobreza, ou seja, a construção de todo o seu arcabouço punitivo encontra como destinatário das normas mais rigorosas aqueles que estão nos estratos sociais mais débeis.

Procura-se através do Direito Penal a proteção do patrimônio e dos interesses das camadas dominantes. “Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o “andar de baixo”, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, [...], mas sempre dando ênfase à propriedade privada” (STRECK, 2008, p. 71). Isso fica muito evidente quando comparamos os crimes patrimoniais com os crimes praticados contra a pessoa, aqueles tem previsão de penas muito mais severas das cominadas a estes.

A fundamentação da ideologia da criminalização da pobreza se encontra nos capítulos subseqüentes, onde através dos diversos movimentos penais acolhidos pela legislação nacional e das estatísticas do sistema prisional, chega-se a esta conclusão.

Para tal desiderato, o legislador se utiliza da ideologia dos diversos movimentos penais. Busca em cada um deles alguns pontos para criação de tipos penais, processuais ou medidas despenalizadoras. A título de exemplo, temos estampado o pensamento do Direito Penal máximo quando se tem a previsão Constitucional de punir os crimes hediondos e assemelhados, sendo que o mesmo texto traz a previsão da criação dos Juizados Especiais Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo, que é exemplo de Direito Penal mínimo. Assim, encontramos na seara penal uma colcha de retalhos dos diversos movimentos que serão apontados no capítulo seguinte.

Dessa forma, em cada produção legislativa adota-se o pensamento de um ou outro movimento penal, tudo de acordo com as circunstâncias e interesses que envolvem o tema tratado. Com isso, pode-se afirmar que o sistema penal brasileiro não adota um movimento, mas uma multifaces de pensamentos que visam, no mais das vezes, criminalizar determinados setores da sociedade,

deixando claro que o seu significado ideológico é a utilização como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores.

A fim de corroborar as idéias aqui expostas, no próximo capítulo serão apresentados os diversos movimentos penais que compõem o sistema penal brasileiro, apontando os exemplos normativos na Constituição, legislação penal e na construção da jurisprudência nacional.

3. MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS

É certo que o sistema penal encontra-se em uma crise ideológica. Hoje, assistimos uma verdadeira expansão do Direito Penal tendo por locomotiva os reclamos sociais por uma maior segurança. A expansão do Direito Penal faz com que há alguns anos já se fale em “*derechos penales diferenciados*”, onde as idéias de “Direito Penal de Velocidades” de Silva Sánchez¹², as concepções de “Direito Penal do Inimigo” de Jakobs e a formação de um “Direito Penal de Intervenção” de Hassemer contribuem para esta multiplicidade de pensamentos a formar um novo Direito Penal (YACOBUCCI, 2008, p. 29-30).

Estamos diante de um discurso penal que agrada à sociedade, pois nele estão depositadas todas as esperanças de pacificação social. Diante de um caso grave, de uma atrocidade cometida, de um crime que provoca a comiseração pública, a multidão clama por rigidez e tratamentos severos aos agentes, muitas vezes provocada por uma mídia sensacionalista e despreparada que se julgam como técnicos e teóricos em políticas criminais.

Esta visão distorcida do Direito Penal, como instrumento de crueldade e de vingança, surge no seio da sociedade quando diante de casos atroz, clama por uma punição simbólica para aquele infrator. Criam-se estereótipos da criminalidade, o que reforça a idéia de recrudescimento das estruturas repressivas como forma de vender a sensação de segurança promovida pelo Estado.

Loïc Wacquant sintetiza essa falha científica do sistema penal e sua ideologia desviante:

O erro científico e cívico mais grave consiste, aqui, em crer e fazer as pessoas acreditarem – como apregoa o discurso da hiper-segurança

¹² Jesús-María Silva Sánchez defende a existência de “duas velocidades” no Direito Penal, mas questiona se seria possível a existência de uma terceira. “Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não trata-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há de se elaborar, enfim, é se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.*” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 148).

que, hoje em dia, satura os campos político e midiático – que a gestão policial e carcerária é o remédio ótimo, o caminho real para a restauração da ordem sociomoral na cidade, senão o único meio de garantir a ‘segurança’ pública, e que não dispomos de nenhuma outra alternativa para conter os problemas sociais e mentais provocados pela transgressão do trabalho assalariado e pela polarização do espaço urbano (WACQUANT, 2007, p. 22-23).

No entanto, esta visão máxima da ciência penal advinda do movimento ideológico “Lei e Ordem” não é o única existente, sendo certo, que é a vertente mais estigmatizante e repressiva, ainda, podemos citar a existência de mais duas, “O Abolicionismo” e o “Direito Penal Mínimo”, como contraponto da primeira.

Os movimentos político-criminais têm seu fundamento relacionado com a reação contra a conduta desviada. Na síntese de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, podem ser intervencionistas ou não intervencionistas, na medida em que os primeiros pugnam pela aplicação do controle estatal formalizado pelo Direito Penal, os segundos, ao contrário, sustentam a eliminação ou diminuição da intervenção estatal para resolver os conflitos penais (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 251).

Esta reação em face da conduta praticada está diretamente ligada com o conceito e a função que se assinala à pena, sendo que as diferentes reações, ou fundamentações, têm como fundamento a sua falência, bem como a da ressocialização. Assim, os conteúdos dos movimentos penais vão desde o incremento do punitivismo clássico até a adoção de novas formas punitivistas, passando pelo abolicionismo mais radical, que sustenta o desaparecimento do próprio Direito Penal, chegando, ao final, no abolicionismo moderado ou minimalismo, que prega a intervenção mínima do Direito Penal, com máximas garantias (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 252).

Embora tenhamos diversos movimentos ou ideologias penais, podemos encontrar num mesmo sistema a convergência de mais de uma delas e não uma unidade de pensamento. Assim, cada um dos setores convergentes no sistema penal procura explicar e justificar sua participação formando um discurso pluralista, que variará de acordo com o setor estudado (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 66).

Dessa forma, neste ponto será analisado cada um destes movimentos citados, partindo do Direito Penal Máximo até chegar ao Abolicionismo.

Isto não quer significar que estes movimentos tenham ocorrido na linha cronológica que serão tratados, mas apenas assim o serão para fins de melhor compreensão.

O objetivo deste item é demonstrar o que cada movimento provoca ou provocaria na nossa sociedade se adotado como política criminal, ainda, como cada um deles influencia na produção legislativa e jurisprudencial brasileira.

3.1 DIREITO PENAL MÁXIMO E O MOVIMENTO “LEI E ORDEM”

Inicia-se o tratamento dos movimentos penais por aquele que é a expressão do Direito Penal Máximo, cuja doutrina prega que os males da sociedade seriam apenas por ele solucionados através de um rigor no tratamento de todas as infrações indistintamente, sejam elas de diminutas ou máximas ofensividade.

As políticas inspiradas por este movimento exigem uma redução dos índices de criminalidade objetivando a segurança social por meio de medidas repressivas, incremento do encarceramento e do aparato policial. Tem como grande exemplo a experiência de Nova York à política de “tolerância zero”, liderada pelo prefeito à época Rudolphi Giuliani na década de 90 (JORDÃO, 2008, p. 732). No Brasil, exerceu certa influência no constituinte de 1988, que inseriu na Magna Carta a disposição impositiva da criação de lei restritiva de direitos do acusado em relação a determinados crimes, prevista no artigo 5º, inciso XLIII¹³. Este dispositivo provocou a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) e suas alterações, bem como equiparando a esta categoria os crimes de tráfico de drogas, tortura e terrorismo.

A Lei dos Crimes Hediondos é um marco reacionário, onde se percebe com clareza o início, em sede de legislação infraconstitucional, dos novos movimentos de “lei e ordem” no Brasil (mas que, como destacado, inicia-se já na própria Constituição), e que certamente podemos identificar como o início do recrudescimento das normas penais, voltadas a impedir que se

¹³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIII: “a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

atinjam os avanços sociais propostos pela própria Constituição de 1988. (COUTO NETO, 2009, p. 95)

Também podemos citar como outro exemplo de manifestação deste movimento na legislação nacional a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, permitindo, entre outras coisas, o “flagrante retardado”¹⁴, a figura do juiz inquisitor¹⁵, a identificação criminal mesmo quando identificado civilmente e a proibição da liberdade provisória com ou sem fiança.

Já a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que prevê condutas lesivas ao meio ambiente, aponta uma discrepância ainda maior. O seu artigo 49, parágrafo único, determina pena de prisão para aquele que culposamente destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia, ou seja, se o sujeito, por um desequilíbrio fortuito cair sobre um jardim de um órgão público pode ser submetido a uma pena de detenção de um a seis meses ou multa.

Mas não é só. A Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998, inclui entre os crimes hediondos aqueles praticados contra a saúde pública, entre os quais acaba tipificando, no artigo 273, parágrafo primeiro “A”, do Código Penal, a conduta de falsificar, por exemplo, água sanitária (“saneantes”) ou batons (cosméticos), cominando a tais condutas penas que podem variar entre dez e quinze anos de reclusão, bem como acrescidas dos rigores penais e processuais da Lei dos Crimes Hediondos.

Estes são apenas alguns exemplos de tantos outros espalhados na legislação pátria, mas com base neles podemos verificar, nos últimos anos, a inserção na legislação do modelo de Direito Penal Máximo pregado pelo movimento “Lei e Ordem”.

¹⁴ Entende-se por “flagrante retardado” ou “diferido” quando “a lei prevê a possibilidade de *retardamento* da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas. Em tal situação, a ação policial, ou seja, a prisão em flagrante, será *diferida*, isto é, adiada, para que a medida final se concretize no momento mais eficaz, do ponto de vista da formação da prova e do fornecimento de informações (art. 2º)” (OLIVEIRA, 2008, p. 410).

¹⁵ O artigo 3º da Lei n. 9.034/95 determina que nas hipóteses do inciso III do art. 2º (acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais), ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Com isso criou-se a figura do juiz inquisitor, ou seja, o juiz realizando diligências investigatórias em afronta ao princípio acusatório. No entanto, tal afronta foi reconhecida na ADI-1570/DF que concluiu pelo comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

E esse pensamento tem chegado à jurisprudência, que tem admitido, nos delitos societários, o recebimento da denúncia carente da descrição da conduta dos acusados, bastando a narração genérica do fato [...]. Transforma-se a instrução criminal em procedimento de coleta de dados, tornando tênue o limite entre a fase investigatória e a judicial instrutória, orientação muito nos moldes da “lei e ordem”. (JESUS, 2000b, p. 10)

Embora este pensamento seja incompatível com os ideais garantistas da Constituição Federal está ganhando força impulsionado pelos meios de comunicação sensacionalistas que plantam o medo na população e exploram sobremaneira casos atroz. A mídia coloca a necessidade de recrudescimento do Direito Penal como a solução única da criminalidade, apontando essa necessidade sem qualquer embasamento técnico-científico.

A mídia age, através de seguidos noticiários, programas sensacionalistas e até mesmo filmes, dando ênfase ao crescimento da criminalidade, associando violência estritamente à idéia de criminalidade, criando uma situação de total pânico na população que se sente ameaçada e legitima a ação, por vezes truculenta e com violação dos Direitos Humanos por parte da polícia; coloca o direito penal e a ação da polícia como solução sempre indispensável e única para a resolução de tais desvios. (COUTO NETO, 2009, p. 97)

Vulgariza-se o fenômeno da violência através da imensa capacidade manipulatória e de distorção provados pelos meios midiáticos, em especial a televisão, provocando uma contemplação da violência quando utilizada contra o agente criminoso. Em quantos casos atroz a população não clamou pela morte dos seus autores? Estes fatos provocam a banalização da violência fazendo com que as vozes das ruas ecoem nos comandos legislativos estampando, mesmo que de forma inconsciente, a ideologia do movimento “lei e ordem”.

Diversas são as formas de inculcar no seio da população a ideologia da repressão violenta e enérgica contra o crime. Uma das formas em que se evidencia esta forma de persuasão é a televisão, neste sentido, expõe Alberto Silva Franco:

Raúl Cervini alude também a uma série popular de TV em que o juiz abandona seu cargo que o constrange formalmente, para buscar a realização prática de uma justiça substancial privada. Em outro filme frequentemente passado na televisão, o protagonista, um policial *que*

não respeita as regras expressa em certa passagem ao delinqüente antes de eliminá-lo: *você é a doença, eu o remédio*. Ao final da trama logra capturar outro depravado o qual – pese embora sua delicada situação – afirma sarcasticamente: *graças à debilidade dos juízes e o sistema de garantias, logo seguramente estarei nas ruas*. Nessa oportunidade, o protagonista sentencia abertamente: *aqui acaba a lei e surjo eu; ato contínuo o mata*. (FRANCO, 2000, p. 112).

O que a própria população não percebe que ao clamar por leis mais enérgicas, posturas policiais intolerantes e aplaudir violações dos Direitos Humanos contra criminosos pode se tornar a próxima destinatária destas violações e dos tratamentos dessa postura.

Ultrapassada a crítica inicial, cabe afirmar que a política de “tolerância zero”, que é uma das espécies do movimento Lei e Ordem, foi implementada com a ideologia de combater os pequenos delitos do cotidiano fazendo, com isso, reduzir a criminalidade. “Estes ideais tem origem em teoria formulada por James Q. Wilson e George Kelling denominada *broken windows theory* (teoria da janela quebrada) em 1982” (CANTERJI, 2008, p. 44).

Embora muitos tratem como sinônimos o Movimento Lei e Ordem e o movimento “Janelas Quebradas”, estes não o são. Há pontos de aproximação, principalmente quanto aos meios utilizados na tentativa obter a redução da criminalidade com o aumento da repressão. Contudo, a “Tolerância Zero” tem como norte a repressão à criminalidade de rua ou bagatela, tendo a intolerância a qualquer conduta, ainda que mínima, como único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social; já o “Movimento Lei e Ordem” prega uma alta punitividade aos delitos contra a pessoa e o patrimônio (CANTERJI, 2008, p. 47).

Traço comum dessas políticas é tornar o Direito Penal protetor de todos os bens jurídicos existentes na sociedade, sem se importar com sua importância ou necessidade de proteção. Aqui, basta a vontade do legislador em tornar aquele comportamento lesivo a sociedade como fato típico e este já o será.

Dessa forma, busca-se “educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico” (GRECO, 2008, p. 14). Com isso, exasperam-se as penas na falácia de que isto evitará a escalada da criminalidade. Neste sentido, Beccaria afirma que “quanto mais terrível forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos

crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro” (BECCARIA, 2008, p. 50).

No entanto, este tipo de política aumenta o número de tipificação das condutas fazendo, por consequência, que mais infrações penais sejam cometidas, o que gera, por consequência, o aumento do número de vítimas. Por outro lado, menores são as possibilidades de todas elas serem investigadas e efetivamente punidas, o que gera descrédito no sistema tornando-o seletivo ao passo que apenas alguns sujeitos sociais serão punidos e, por fim, cresce-se ainda mais a “cifra negra” da criminalidade.

Assim, a idéia de que quanto maior o número de tipos penais maior seria a proteção dos bens jurídicos é falsa, pois esse pensamento faz com que muitas das condutas consideradas criminosas não sejam punidas por falta de estrutura do próprio Sistema Penal, o que gera um descrédito em sua atuação e culmina em uma crise de legitimidade.

Rogério Greco sintetiza o pensamento de Lei e Ordem afirmando que nele o Direito Penal se preocupa com todo e qualquer bem jurídico, independentemente do seu valor, sendo “utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor” (GRECO, 2008, p. 16).

Por isso, chega-se a conclusão de que o movimento Lei e Ordem, com a política de “tolerância zero”, é seletivo e discriminatório sendo alvo de muitas críticas.

Loïc Wacquant desfere pesadas críticas a este movimento dizendo que

A nova gesta da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um *titilante teatro burocrático-midiático* que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris, e erige a prisão como o último baluarte contra as desordens, que, irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade. (WACQUANT, 2007, p. 11)

Jock Young também profere críticas ao expor a forma excludente e seletiva aplicada em certos sujeitos da sociedade para que os demais tenham a

falsa impressão de que estão vivendo em um ambiente social harmônico. Condena a política de tolerância zero:

Como manobra que objetiva limpar as ruas dos “destroços” humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida – um processamento atuarial que se preocupa mais com o saneamento do que com justiça. (YOUNG, 2002, p. 199-200)

É certo que a rigidez do Sistema Penal, aqui preconizada, é admirada por alguns. Mas essa admiração parte do pressuposto da sua aplicação apenas nos “outros” e não naqueles que o proclamam. Assim, o discurso de apologia a este sistema é dirigido a uma parcela da sociedade considerada como perigosa e desviante dos padrões apontados pela minoria dominante, sendo que esta última não espera se tornar objeto nem ao menos do sistema mínimo de controle.

A eficácia desta política diferencia-se conforme a classe social entrevistada.

A maioria dos negros considera a polícia uma força hostil e violenta, representando um perigo para eles. Mesmo morando em bairros em que a criminalidade diminuiu – comprovação estatística –, a sensação deles de insegurança é maior. Já entre os brancos, o resultado da mesma pesquisa foi o contrário – como quem detém o poder são os brancos, a doutrina permanece ganhando novos adeptos. (CANTERJI, 2008, p. 45).

Vera Regina Pereira de Andrade também expõe esse pensamento paradoxal.

A revelação lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, a qual representa a fundamentação científica de uma evidência empírica visibilizada pela clientela da prisão: a da “regularidade” a que obedecem a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres da sociedade. Evidencia, por sua vez, há muito vocalizada pelo senso comum no popular adágio de que “a prisão é para os três pés: o preto, o pobre e a prostituta.” (ANDRADE, 2003a, p. 50)

O discurso do Direito Penal Máximo faz com que o sistema superestime as infrações de menor danosidade social, mas de maior visibilidade, as

quais têm como autores indivíduos pertencentes aos estratos sociais marginalizados; em contrapartida, subestima, quiçá propositadamente, as infrações que atingem bens jurídicos mais importantes e com danosidade social elevada¹⁶. Com isso, colabora para a elevação do caráter simbólico do Direito Penal, o qual estigmatiza e provoca a punição severa e seletiva de parcela da apenas sociedade.

Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais insignificante evento não fique impune; que todo o delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao dia claro de juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado. (FERRAJOLI, 2006, p. 104).

Com isso o discurso do direito penal máximo é de que nenhum culpado fique impune. Persegue a repressão de toda e qualquer conduta que viole o aspecto formal da lei. Busca-se a todo instante o castigo, sem tolerância nenhuma. Não há aqui espaço para aplicação de princípios ou se é necessária aquela imputação, basta o desrespeito a letra fria da lei, ou seja, a desobediência meramente formal.

Luigi Ferrajoli expõe a principal diferença entre os discursos do Direito Penal máximo e mínimo, sendo que aquele se preocupa com a punição, tendo ela como razão de ser da própria ciência, já este último também quer que haja punição para aqueles que cometeram delitos, sem, no entanto, desrespeitar garantias e sem qualquer arbitrariedade.

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de quem também algum culpado possa ficar impune. (FERRAJOLI, 2006, p. 103)

¹⁶ “Um jornal de grande circulação no país publicou como matéria de capa a seguinte notícia: “*Brasil pune apenas 7% dos crimes de colarinho branco*”. O subtítulo acrescentava que a “*ausência de punição é a regra na administração e em delitos do mercado financeiro*”. A matéria explica que das 14 mil ações de improbidade administrativa (o foco da notícia, apesar de não ser enfatizado por Sutherland) movidas em 15 anos nos tribunais brasileiros, a maioria ainda não teve sentença. “*Nos crimes do mercado financeiro*” segue a matéria, “*o índice de condenação não passa de 5%*.” (PACHECO JUNIOR, *on-line*).

Quanto maior a intervenção penal aumentam-se as possibilidades de que ocorram desrespeitos às garantias dos acusados, com isso mais próximo o Estado fica do discurso máximo da ciência penal, pregando “como panacéia da criminalidade e à violência, mais policiamento, penas mais duras e, de maneira velada, desrespeito aos Direitos Humanos” (COUTO NETO, 2009, p. 115).

A título de elucidação, pode-se ressaltar que nos EUA e na França diante da chamada “Política da Tolerância Zero”, que aumentou estupidamente a população carcerária em apenas um ano, o resultado foi desastroso. Os crimes não diminuíram, e os que antes ocorriam, agora se repetiam com requintes de crueldade e violência como exteriorização, por parte do infrator, de sua inconformidade com a política desumana ora adotada, pois aquele cidadão agredido pelo “criminoso” era para ele o reflexo da máquina estatal que o aniquila como ser humano detentor de direitos. (BROLL, 2004, p. 183).

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que o encarceramento do homem não o melhora, não o corrige e tão pouco o recupera para a sociedade. O sistema baseado em políticas de máxima repressão acaba por gerar uma alta possibilidade de desrespeito aos Direitos Humanos ao agir de forma intolerante e extremamente rígida diante de quaisquer violações cometidas.

3.2. O INIMIGO NO DIREITO PENAL

O Direito Penal vem orientando, nas últimas décadas, o seu enfoque a certos dispositivos legais que acabaram por produzir uma notória transformação de determinadas características bem com de seus fins, desviando-se de seus princípios e regras. Com isso, passou-se do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas para, sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Aqui, o tema do “*inimigo da sociedade*” ganhou o primeiro plano de discussão. (ZAFFARONI, 2007, p. 13).

A idéia atual desse Direito Penal do inimigo foi introduzida por Günther Jakobs em maio de 1985, sendo que ainda desenvolve esta temática, a qual obtém muitos seguidores. Yesid Reyes Alvarado afirma que Jakobs mudou de

posição quatorze anos após a primeira publicação sobre o tema. Em um primeiro momento, “Jakobs hizo expresa referencia al Derecho penal del inimigo y señaló que se trataba de una categoría que no sólo resulta incompatible con un estado de libertades sino con su propia concepción de la teoría del delito”¹⁷ (REYES ALVARADO, 2006, p. 781). Já em um momento posterior,

Jakobs da um sorpresivo giro a su posición al afirmar que tanto el Derecho penal del ciudadano como el Derecho penal del enemigo tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, y proponer que se establezcan limitaciones al Derecho penal del enemigo sobre el supuesto de que un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo¹⁸ (REYES ALVARADO, 2006, p. 781-782).

Assim, da incompatibilidade com a teoria do crime o tratamento do inimigo passou a se dar de forma delimitada e própria dentro do ordenamento penal. Aqui, será analisado as formas de manifestação do Direito Pena do Inimigo dentro do ordenamento jurídico.

Segundo Jakobs, “denomina-se ‘Direito’ o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 25). Sendo que todo direito se encontra ligado a uma coação e a sua forma mais intensa é a aplicada pelo Direito Penal, conclui-se, segundo os autores, a imposição do Direito Penal como enfrentamento àqueles considerados inimigos, com características de tipos penais que representam uma ampla antecipação da punibilidade; mesmo punindo atos meramente preparatórios haveria uma desproporcionalidade da pena com a punição da mesma forma que os atos consumados; restrição de garantias e direitos processuais dos imputados e formas diferenciadas de execução da pena imposta (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 87-91).

¹⁷ Jakobs fez referência expressa ao direito penal do inimigo e disse que este era uma categoria que não só é incompatível com um estado de liberdade, mas com a sua própria concepção da teoria do crime (tradução livre pelo autor).

¹⁸ Jakobs dá um surpreendente giro em sua posição ao afirmar que tanto o Direito Penal do cidadão quanto o Direito Penal do inimigo tem, em determinados ámbitos, seu lugar legítimo, e propor que se estabeleçam limitações ao Direito Penal do inimigo sobre o pressuposto de que um Direito Penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, a partir da perspectiva do Estado de Direito, que interpolar todo o Direito Penal com fragmentos de regulamentação próprios do Direito Penal do inimigo (tradução livre pelo autor).

Indaga-se quem seria o inimigo? De plano, Jakobs apresenta dois modelos de Direito Penal, um aplicado ao cidadão e outro ao inimigo. Assim, a palavra “inimigo” se contrapõe ao conceito de “cidadão” (REYES ALVARADO, 2006, p. 783). Ao cidadão seria aplicado as regras normais de pacificação social, quanto ao inimigo haveria um tratamento mais rigoroso, especial em relação àquele. “Inimigo”, segundo Jakobs é

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 42).

É óbvio que o cidadão também comete crimes, por isso “nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 43). Dessa forma, deve-se buscar um critério diferenciador entre o crime praticado por uma pessoa e ela ainda conservar o “status” de “cidadão”; ao passo que cometido por outra, esta ganharia a condição de “inimigo”. Luis Gracia Martín expõe a diferença entre “cidadão” e “inimigo”:

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 82)

É o caso dos indivíduos pertencentes a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas e etc, e, em geral, de quem desenvolve atividades típicas da chamada criminalidade organizada. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini colocam como exemplo recente na legislação brasileira o Regime Disciplinar Diferenciado introduzido pela Lei n.º 10.792 de 2003 (GOMES e BIANCHINI, 2008, p. 667).

Segundo Jesús-María Silva Sánchez, o indivíduo não nasce “inimigo”, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa “transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 149).

Quando uma pessoa é considerada como inimigo, retira-se dela a própria condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização do ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2007, p. 21).

Zaffaroni, citando o conceito de Mezger, aponta que o estanho à comunidade seria aquele que de acordo com a sua personalidade ou a forma de conduzir a vida, em especial pelos extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, era incapaz de cumprir, com suas próprias forças, as exigências mínimas da comunidade do povo. (ZAFFARONI, 2007, p. 107).

Além daquelas pessoas que recebem a designação de inimigo na ordem interna, há ainda o estrangeiro, conhecido também como *hostis alienígena*. Acaba por se tornar o núcleo central desta ideologia abarcando todos os que incomodam o poder, “os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos”. (ZAFFARONI, 2007, p. 22).

Luis Gracia Martín indaga se nas sociedades modernas existe, objetivamente, a figura do inimigo diante de determinadas situações ou condutas que seriam capazes de identificá-lo. Mas se possível identificá-lo e tratá-lo penalmente de forma diferenciada, qual seria a justificação e quem seria competente para apontar quais seriam os inimigos? (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 80).

Primeiramente, justifica-se a contenção do inimigo pelo critério da estrita medida da necessidade, ou seja, aplica-se um Direito Penal diferenciado aos que são considerados como uma ameaça para justamente neutralizar o perigo que representam para a sociedade. No entanto, Zaffaroni alerta o perigo do critério da “estrita medida da necessidade”:

[...] para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que ainda não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder. (ZAFFARONI, 2007, p. 24-25).

O alerta de Zaffaroni expõe a fragilidade e a insegurança jurídica trazida pelo Direito Penal do Inimigo, pois atribui-se ao arbítrio dos detentores do poder a definição de quem será considerado inimigo, bem como as atitudes necessárias para contê-lo, é demasiado autoritário e ditatorial. Esta cláusula aberta de intervenção na liberdade das pessoas espanca toda e qualquer forma de garantia contra o arbítrio do Estado, neste passo melhor seria, caso fosse considerada legítima essa forma de intervenção penal, a teoria da Justiça de Rawls do véu da ignorância, em que todos se colocariam em uma situação de igualdade e não se saberia qual o papel de cada um na sociedade, assim, ao se confeccionar as leis estas seriam as mais justas possíveis, pois ninguém saberia se estaria em posição privilegiada ou não no futuro.

Zaffaroni aponta um dado da realidade latino-americana, que são as prisões processuais. Há uma tendência na América Latina em se utilizar esta espécie de segregação preventiva baseada em uma periculosidade presumida do suposto agente, fazendo com que “a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada”¹⁹ (ZAFFARONI, 2007, p. 71).

¹⁹ Zaffaroni expõe em termos mais claros a realidade afirmada: “Aproximadamente 3/4 dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em 1/4 dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao 1/4 restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse 1/4 de casos absolvidos a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.” (ZAFFARONI, 2007, p. 71).

No Brasil, a política de combate ao “inimigo” chega ao extremo de convocar o Exército para combater os traficantes de drogas, invadindo os aglomerados onde o biopoder os deixava morrer até que eles passassem a fazer morrer “amigos” da sociedade. Os meios de comunicação de massa noticiam friamente, para a cartase da população: “Mais um traficante é morto pela polícia”. A morte do inimigo é motivo de júbilo para a “sociedade”. (VIANNA, 2007, p. 156).

“Embora esse Direito Penal do inimigo tenha encontrado um rechaço doutrinário e enquanto orientação político-criminal, parece ser reconhecida por todos a existência real de um *corpus legal* de inimigos no Direito e no processo penal da atualidade” (GRACIA MARTIN, 2007, p. 77). O inimigo não é apenas uma ideologia do Direito Penal, mas sim uma realidade. Muitas posturas legislativas e até mesmo judiciais são levadas a efeito com a finalidade de contar aqueles que ameaçam a estrutura de poder. Pune-se pela simples condição do “ser” e não pela razão daquilo que se cometeu. Não se questiona qual crime a pessoa cometeu, sendo por sua própria condição de pessoa considerada como criminosa.

Diante da realidade posta, esta “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual se enquadra a condição de “inimigo” seria legítima? Buscando os fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito é incompatível tratar um indivíduo como uma “não-pessoa” suprimindo garantias penais e processuais. A utilização dessa forma de tratamento penal pode dar ensejo a uma manobra de poder não para conter uma suposta ameaça, uma situação excepcional de perigo do Estado, mas para excluir determinadas pessoas consideradas simplesmente indesejadas pelos núcleos de poder.

Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo “Direito” ou se é já, ao contrário, um “não-Direito”, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos “excluídos”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 150-151).

Assim, no Estado Democrático de Direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como “não-pessoa”, diante da justificativa de potencial perigo para a sociedade baseado na ideologia da prevenção para a eliminação de

um perigo. Neste contexto, o Direito Penal do inimigo seria um Direito distanciado dos próprios fins do Direito Penal, que é punir o fato praticado e não a condição de pessoa. Dessa forma, a construção de tipos penais ou a supressão de garantias processuais que mantenham afinidade com a ideologia do “inimigo” estão em descompasso com a Constituição Federal e, portanto, deve ser banidas do ordenamento jurídico.

3.3 DIREITO PENAL MÍNIMO

Situado em uma posição intermediária entre os movimentos do Direito Penal Máximo e o Abolicionismo, temos o Direito Penal Mínimo, que não abandona os ideais abolicionistas, ao fazer uma abordagem crítica e seletiva das condutas tipificadas e retirar do ordenamento penal aquelas que podem ser suficientemente controladas pelos demais ramos jurídicos, bem como não se utiliza dos rigores do Direito Penal Máximo, sendo punidas apenas as condutas que venham a atingir ou colocar em perigo concreto de lesão os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

Neste sentido, Marcelo Gonçalves Saliba sintetiza esta diferenciação ao afirmar que

Não são, por sua vez, abolicionistas as teorias que buscam a minimização, humanização ou substituição das penas, mas sim, teorias “reformadoras” ou “substitutivas”, visto que a sanção penal é mantida como meio de reação social através das regras e normas do Estado. (SALIBA, 2009, p. 58).

Assim, utilizando-se de vários princípios, este movimento busca dar um norte tanto para o legislador ao tipificar condutas ou revogá-las, como aos aplicadores do direito, a fim de que cheguem a uma correta interpretação do sistema penal.

Rogério Greco elenca os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, destacando os seguintes: a dignidade da pessoa humana; intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização

da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e a legalidade. (GRECO, 2008, p. 24).

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme exposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, deve servir de base para todos os ramos do direito, tendo a atenção do Estado em todas as suas ações, mas em especial para o Direito Penal, em virtude das conseqüências de sua aplicação e severidade de suas armas que atingem sobremaneira o homem e lhe afetam a convivência social e pessoal.

O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Eros Roberto Grau, no voto do HC n. 84.078²⁰ que julgou, por maioria de votos, a impossibilidade de execução provisória da pena, afirmou que “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade”.

É o princípio basilar de todo o sistema, que o regula e orienta, transformando-o em um Direito Penal democrático. Dessa forma, qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade da pessoa humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

A dignidade humana, assim, orienta o legislador no momento de criar um novo delito e o operador no instante em que vai realizar a atividade de adequação típica.

Desta forma, o Estado Democrático de Direito parte do princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais proporcionam um controle do tipo acerca de seu conteúdo.

Dentre eles, temos a intervenção mínima, que é considerado “coração do Direito Penal Mínimo” (GRECO, 2008, p. 25), que tem a missão de orientar o legislador quando da elaboração ou revogação dos tipos penais, tendo sempre por norte a necessidade de proteção dos bens jurídicos mais importantes

²⁰ HC n. 84.078-7/MG - ementa: *habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 5 de fevereiro de 2009.

existentes na sociedade e o caráter subsidiário do Direito Penal. Encontra sua origem remota no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²¹, o qual determina que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. Isto significa que o Estado não tem o direito de intervir na esfera de liberdade do cidadão sem interesse a legitimar a sua atuação.

Luiz Flávio Gomes afirma que este princípio é a base do Direito Penal Mínimo, pois a intervenção penal, em razão da natureza de seu castigo, retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, dessa forma, deve ser fragmentária e subsidiária. Subsidiário é afirmar que o Direito Penal só tem lugar quando outros ramos do ordenamento não lograram êxito em solucionar o conflito; já a fragmentariedade traz dois significados segundo o mesmo autor: “a) somente os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal; b) exclusivamente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente” (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 443).

Assim, a atividade legislativa deve-se pautar pela relevância do bem jurídico que será objeto de proteção, tendo a Constituição como diretriz axiológica na sua escolha. Serão colocados sob o manto do tipo penal apenas aqueles que não puderem ser suficientemente regulamentados pelos demais ramos do direito e forem atacados por condutas não toleradas socialmente.

Neste último aspecto, reside o princípio da adequação social que, da mesma forma que o anterior, também orientará o legislador no exercício de seu mister somente tipificando condutas que tenham relevância social, pois as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa. Aqui, todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afronta o sentimento social de justiça, ou seja, aquilo que a sociedade tem por justo, não pode ser considerado criminoso.

Este princípio tem seus pilares em valores ético-sociais que estão no seio da sociedade, que não considera determinada conduta como lesiva ou mesmo perigosa, ao contrário da fundamentação de Zaffaroni e Pierangeli, na teoria da

²¹ “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. (destaque nosso).

tipicidade conglobante²², que já possui inegável vinculação ao direito positivo (DELMANTO, 2007, p. 222).

Por mais importante que seja o bem jurídico tutelado pela norma penal e por mais inadequada socialmente que seja a conduta praticada pelo agente, este será punido apenas se o comportamento ultrapassar a esfera individual e atingir bens de terceiros. É o chamado princípio da lesividade, alteridade ou transcendentalidade, que proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico.

Com base nos princípios expostos, o legislador possui condições de elaborar um tipo penal de acordo com as disposições constitucionais. Há um bem jurídico valorado como importante para a sociedade inserido em um tipo penal que descreve um comportamento inadequado socialmente e, ao mesmo tempo, lesivo a este bem. Mas só esta descrição não basta, pois podem ocorrer desvios no momento da aplicação da norma penal, mesmo que o legislador tenha perseguido os ditames constitucionais durante todo o processo de sua elaboração.

A fim de que tenhamos uma interpretação correta e voltada aos fins da tutela penal, destaca-se o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela. Aqui o Direito Penal afere a importância do bem jurídico e da lesão provocada no caso concreto, ou seja, saímos da abstração da norma e passamos para um olhar sobre o fato praticado.

A finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, mas sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

²² “Esta teoria, ao menos quando colocada nestes termos, implica um corretivo da tipicidade legal, mas de natureza da que aqui postulamos por via da tipicidade conglobante, porque remete à ética social. A questão sai diretamente do plano normativo para um plano ético material que pode ser perigoso, particularmente pela amplitude da remissão”. Segue o autor expondo a diferença entre adequação social e tipicidade conglobante: “Sua menção aqui tem apenas como objetivo estabelecer que ela nada tem a ver com a tipicidade conglobante, entendida esta como corretivo da tipicidade legal e com ela configuradora da tipicidade penal. Nossa concepção não escapa do normativismo além da medida em que cremos oportuno fazê-lo, para não fecharmos totalmente ao realismo social, pois, estamos convencidos de estas soluções “assépticas”, costumam desembocar num formalismo estéril. Em síntese: *a tipicidade conglobante não é – como a teoria da adequação social da conduta – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa*”. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 483-484).

Vale lembrar, que não se pode confundir delito insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo, regulados pelas Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01, que regulam os Juizados Especiais Criminais no âmbito Estadual e Federal, respectivamente. Assim, crimes de menor potencial ofensivo são aquelas infrações penais, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Falar que uma infração é considerada de menor potencial ofensivo não significa apontá-la como insignificante ou delito bagatela. Naquela há ofensa ao bem jurídico, mas de pequena monta, já nesta última não há ofensa, ou seja, o bem jurídico não chegou a ser ofendido com a conduta praticada.

Em 1964, Claus Roxin (2002) descobriu o princípio da insignificância, sustentando que nas infrações bagatelares não havia necessidade de pena por não se tratar de fato punível.

No entanto, o termo “insignificância” pode trazer várias possibilidades de interpretação. O que é insignificante para um pode não ser para outro. Assim, fez necessário uma uniformização no entendimento deste princípio, que segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no Informativo n.º 519²³, o princípio da insignificância tem como vetores: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.” Devem estes requisitos estarem presente de forma simultânea, não admitindo a aplicação do princípio se faltarem um deles.

Embora a Suprema Corte tenha se manifestado acerca dos requisitos da sua configuração, algumas decisões chamam a atenção devido a particularidades na aplicação da insignificância. Vale lembrar, o Habeas Corpus n.º

²³ Por reputar típica a conduta e, nessa qualidade, relevante na seara penal, a Turma denegou ordem de habeas corpus em que pretendido o restabelecimento de acórdão do tribunal local que, ao aplicar o princípio da insignificância, absolvera condenado em 1º grau por furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, IV). A impetração observava que o valor do bem furtado (R\$ 150,00) seria ínfimo, irrisório e, portanto, inábil à causação de prejuízo patrimonial. Registrou-se que para a incidência do aludido princípio não deve ser considerado apenas o valor subtraído (ou pretendido à subtração), pois, do contrário, deixaria de haver a modalidade tentada de vários delitos, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). No ponto, enfatizou-se que o princípio da insignificância tem como vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. No entanto, entendeu-se que, no caso, as citadas diretrizes não se fazem simultaneamente presentes, haja vista que a lesão se revelou significativa não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de pessoas para a prática do crime. Desse modo, concluiu-se não ter sido mínima a ofensividade da conduta do paciente. [HC 94765/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 9.9.2008. \(HC-94765\).](#)

98.944, em sede de liminar, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a presença de maus antecedentes, que no caso eram oito crimes, impediam o reconhecimento do princípio. Da mesma forma, não é insignificante, segundo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal a falsificação de moeda, por induzir a engano e configurar lesão à fé pública, que é um bem intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda. Este foi o entendimento exarado no Habeas Corpus n.º 96.153.

Percebe-se que a aplicação do princípio se reveste de algumas situações controvertidas ou pontos de discussão interessantes. No entanto, quando passamos para o âmbito da Justiça Federal é de se registrar o entendimento recente do parâmetro da insignificância que passou para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme decisão no Habeas Corpus n.º 92.438/PR²⁴. Aqui, fica claro quem são os “clientes” do Direito Penal no Brasil, pois no momento em que se discute se múltiplas passagens ou não impedem o reconhecimento do princípio, se na hipótese de uma nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais) falsa pode ou não ser considerado fato atípico, de outro lado, aquele que lesa a Fazenda Pública em quantia inferior a dez mil reais é considerado insignificante.

Por fim, para Zaffaroni e Pierangeli “a insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 483). A análise da insignificância da conduta para a Teoria da Tipicidade Conglobante considera que a finalidade do ordenamento penal é proteger os bens jurídicos, se estes não chegam a ser afetados com a conduta, esta é considerada lícita por não atingir o âmbito de

²⁴ EMENTA: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N° 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei n° 10.522/02, na redação dada pela Lei n° 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (HC n.º 92.438/PR – rel. Min. Joaquim Barbosa).

proteção da norma, ou seja, diante da conduta praticada deve-se questionar se o bem jurídico foi afetado, se a resposta for negativa, encerra-se qualquer análise da infração penal por ausência da tipicidade material. Neste sentido, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 98.152, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, que a aplicação do princípio da insignificância induz, necessariamente, à exclusão da tipicidade, ou seja, a conduta sequer pode ser considerada crime.

Outros princípios que regem a corrente minimalista possuem um enfoque na pena, seja no momento de sua aplicação, como no momento de sua cominação em abstrato. Merece destaque o princípio da individualização da pena, previsto no inciso XLVI²⁵, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal é a tarefa mais importante do legislador. É certo que tais bens não possuem o mesmo valor, cada qual tem o seu. A vida, por exemplo, é bem de altíssima relevância, ao passo que o patrimônio também o é, mas diante da conduta praticada cada um possui uma valoração, de acordo com sua importância para a sociedade, da forma como a conduta foi praticada, seus motivos e demais circunstâncias.

Ocorrida a violação o sujeito deve receber uma resposta do Estado, que é a pena. Nas palavras de Rogério Greco, “a pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido, ligado à importância do bem” (GRECO, 2008, p. 27). Surge, dessa forma, a necessidade de se individualizar a resposta penal a ser recebida por aquele que praticou um delito, mas também que esta seja proporcional ao mal praticado, de tal sorte que há dois princípios a serem analisados neste ponto: a individualização da pena e da proporcionalidade²⁶, respectivamente. Não basta a criação de preceitos primários pautados na dignidade da pessoa humana, respeitando princípios constitucionais, se no momento da cominação das penas ocorre o abuso, o desrespeito e a inobservância das garantias mínimas previstas na Constituição.

²⁵ Art. 5º - CF/88. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”

²⁶ Beccaria, ao tratar da moderação das penas, afirma que “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado”. (BECCARIA, 2008, p. 49).

Neste diapasão, a individualização da pena deve ocorrer em três fases, sendo a primeira delas no plano normativo, ou seja, na sua previsão em abstrato. Toda criação legislativa que impossibilite a individualização da pena deve ser considerada inconstitucional. Exemplo recente na jurisprudência nacional foi a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos, que foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 82.959²⁷. Assim, o legislador não pode no plano normativo cercear qualquer possibilidade de aplicação da resposta penal de forma individualizada. No exemplo citado a norma proibia qualquer possibilidade de respeito a este princípio, fazendo com que todos, de forma indistinta, fossem submetidos ao regime de cumprimento integralmente fechado sem se perquirir sobre os aspectos individuais de cada autor ou fato praticado.

Mas não é só. A individualização da pena também deve ocorrer no momento da sua aplicação no plano concreto, tanto no momento da sentença como na fase de sua execução.

Conforme já mencionado, a individualização está diretamente ligada à proporcionalidade. Segundo este último princípio, de acordo com a tese de Beccaria, a pena deve ser proporcional à gravidade da infração,

Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei. (BECCARIA, 2008, p. 107)

Da mesma forma que o princípio anterior, este deve servir de norte ao legislado na cominação das penas e ao julgador no momento de aplicá-las ao caso concreto.

²⁷ HC n. 82959. Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.** Relator: Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 23/02/2006. (grifo nosso).

Com isso, podemos concluir que aqui parte-se da compreensão radical da irracionalidade do sistema penal, da possibilidade de organização política que recorra a outras respostas em relação às situações de conflito, que não a mera repressão ou a normalização das condutas. Não abandona a perspectiva abolicionista, mas procura encontrar meios de operacionalizar também o Direito Penal, visto hoje como um importante discurso de poder.

Assim, podemos apontar as principais diretrizes desse movimento: operacionalizar perspectivas de políticas legislativas descriminalizantes, promover uma orientação de políticas de segurança pública não interventora, mas participativa e articuladora dos movimentos comunitários e, relativamente ao Direito Penal, radicalizar a proposta de torná-lo o espaço da racionalidade do sistema penal ou construí-lo como forma de garantia positiva dos direitos fundamentais, a fim de conter a violência punitiva e seletiva do próprio sistema penal.

Neste sentido, o programa minimalista consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização, e numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos.

O objetivo é integrar o sistema penal de forma minimizada em uma política do Estado de garantia e segurança dos direitos fundamentais, onde se possibilite a proteção integral das necessidades fundamentais dos indivíduos, que não passam simplesmente pela reação punitiva do Estado frente a agressões, mas por seguranças de ordem econômica, política e social.

Sendo assim, o Direito Penal representa um lugar da possível racionalidade, de modo que, através da teoria do delito e da pena, se conceituem categorias dogmáticas que incorporem os dados da realidade e do conhecimento da criminologia da reação social. Assim, a teoria do delito passa a não ser mais compreendida como o pressuposto de definição e identificação de condutas criminosas. Há uma mudança de perspectiva que a nomeia como o filtro do exercício seletivo e irracional do poder punitivo.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck afirma que

devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta etc) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-

social, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como a igualdade, justiça social etc.). (STRECK, 1999, p. 113).

Postular pela intervenção mínima não é afirmar que haverá uma destipificação em massa, mas é assegurar que os postulados constitucionais estejam presentes na hermenêutica penal com a finalidade de assegurar uma legitimação desta ciência com o texto fundamental.

3.4 GARANTISMO PENAL

O movimento político criminal minimalista se opõe ao denominado Direito penal máximo. Contrária, ademais, os movimentos punitivistas. Não se confunde, de outro lado, com o garantismo, embora ambos sejam convergentes e complementares, vez que se baseiam nos mesmos ideais e pressupostos. Primeiro, deve-se firmar a premissa de que o movimento minimalista não se confunde com o garantismo, embora ambos sejam “convergentes e complementares”, pois estão assentados nos mesmos ideais e pressupostos, mas este é mais abrangente (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 279).

Luiz Flávio Gomes resume as principais diferenças entre os movimentos estudados:

O minimalismo está voltado para a intervenção do Direito penal (considera o Direito penal como *ultima ratio*). O garantismo diz respeito às garantias penais e processuais penais. São distintos, mas convergentes, ou seja, contam com muitos pontos de contato. (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 455).

Túlio Vianna aponta o surgimento de dois modelos de Direito Penal como instrumentos limitadores do poder: o garantismo apresentado por Luigi Ferrajoli, “fiel à tradição juspositivista que não admite a deslegitimação do Direito por dados empíricos, e o Direito Penal antropologicamente fundado de Zaffaroni, inspirado na sociologia conflitivista” (VIANNA, 2007, p. 175).

O Garantismo Penal, elaborado por Ferrajoli, é a corrente de política criminal alternativa que parte também de alguns dados da Criminologia da Reação Social e Crítica para elaborar propostas políticas de funcionamento do sistema penal. O que o diferencia dos demais movimentos é, dentre outras questões, o fato de contrapor-se à perspectiva abolicionista, por entender que o sistema penal nas sociedades modernas será sempre necessário, não representando apenas uma etapa a ser superado por outros modelos de solução de conflitos. Para justificar-se, afirma que a pena não tem um caráter irracional, mas efetivamente cumpre uma função preventiva.

Os princípios que regem o modelo garantista, segundo Ferrajoli, são fruto da tradição iluminista e do liberalismo, são eles: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006, p. 37).

A prevenção não é mais tratada como forma de defesa social, mas como forma de proteção do próprio autor do delito. De um lado realiza a função de prevenir os delitos, de outro, trabalha como forma de prevenir a reação vingativa privada da sociedade, protegendo o cidadão de uma punição muitas vezes exacerbada.

Dessa forma, a pena continua guardando um grau de racionalidade e funcionalidade, que deve ser mantido a partir de uma reformulação da atuação do sistema penal.

O Direito Penal assume o papel da lei do mais fraco, suplantando a proposta de defesa social generalizada para a defesa do mais fraco, que será representado por papéis diversos de acordo com o momento da intervenção do sistema penal: no momento do delito, deve agir na proteção da vítima; no momento do processo, na proteção do acusado; e no momento da execução da pena, na proteção do réu.

Para tanto, Ferrajoli elenca dez axiomas que entende como indispensáveis para entender o modelo garantista de direito. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII.

- A1 Nulla poena sine crimine
- A2 Nullum crimem sine lege
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione
 A6 Nulla actio sine culpa
 A7 Nulla culpa sine iudicio
 A8 Nullum iudicium sine accusatione
 A9 Nulla accusatio sine probatione
 A10 Nulla probation sine defensione (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Segue o autor, apontando que estes axiomas como fundamento dos seguintes princípios penais e processuais:

1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdiccionariade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acustório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

De acordo com os princípios apontados por Ferrajoli, forma-se um sistema de garantias penais e processuais que evitam o abuso de modelos de Direito Penal autoritários, submetendo a sua aplicação nos limites da necessidade.

Dessa forma, o garantismo propõe para o sistema penal uma drástica despenalização de delitos considerados menores, e o desencarceramento da maioria dos delitos, reservando o cárcere para os crimes mais gravosos aos bens jurídicos fundamentais.

3.5 O ABOLICIONISMO

A crueldade do Sistema Penal, a sua natureza seletiva, simbólica e estigmatizante, a falência dos objetivos buscados na aplicação da pena, a ausência de critérios dos bens jurídicos que deveriam ou não merecer a tutela penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do Direito os seus conflitos individuais, fez com que um grupo de pensadores elaborassem a tese abolicionista.

O pensamento abolicionista pode ser resumido em uma frase: “no se trata de buscar una política criminal alternativa, sino una alternativa a la política criminal”²⁸ (BOVINO, 2001, p. 263).

Assim, os discursos abolicionistas não reconhecem justificção alguma ao Direito Penal e propugnam pela sua eliminação; combatendo desde a raiz seu fundamento ético-político ou consideram que as vantagens proporcionadas por ele são inferiores ao custo da “tríplice constrição” que produz: a limitação da liberdade de ação para os cumpridores da lei, o submetimento a juízo de todos os suspeitos de não a cumprir e o castigo de quanto se julguem que a descumpriram (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

A corrente abolicionista mais radical sustenta que o Direito Penal tem mais efeitos negativos que positivos, pugnando, por esta razão, pela eliminação de qualquer forma de controle repressivo do delito por parte do Estado, deixando a tutela de tais bens para os controles informais existentes na sociedade.

O idealizador desta corrente de pensamento foi o advogado e professor Fellipo Gramatica, que fundou, em Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos sistemas penitenciários vigentes (GRECO, 2008, p. 7).

Assim, temos que o abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e da sua incapacidade de resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução alternativos, preferencialmente informais. Note-se que o aparecimento da tese abolicionista se deu, de forma mais acentuada, em países nos quais a tendência predominante era a ressocialização, como a Holanda, Escandinávia e os Estados Unidos (GOMES e BIANCHINI, 2008, p. 661).

Antes de prosseguir, porém, se faz necessário apontar uma precisão terminológica ao tema “abolicionismo”. Para tanto, seguiremos as digressões

²⁸ Não se trata de buscar uma política criminal alternativa, mas uma alternativa à política criminal. (tradução livre do autor).

expostas por Luigi Ferrajoli ao diferenciar as doutrinas abolicionistas, substitutivas e reformadoras (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

Neste passo, os abolicionistas apontam o Direito Penal como ilegítimo e imoral, por não haver qualquer justificção para as aflições por ele impostas ou porque consideram vantajosa a sua abolição em troca de controles informais, por meios pedagógicos e sociais (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

Já as doutrinas substitutivas, embora tenham caráter libertadoras e humanitárias, propõe a “substituição da forma penal de reação punitiva com ‘tratamentos’ pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, que permanecem, contudo, sempre institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais” (FERRAJOLI, 2006, p. 231). Por fim, são reformadoras “as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas” (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

De todas as doutrinas abolicionistas, podemos apontar como traço comum a característica de postularem pela negativa de qualquer justificção ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado a uma conduta desviante. Negam qualquer participação com o argumento que seria suficiente a intervenção de controles formais e informais no delito.

O abolicionismo, na sua doutrina mais radical expressada por Max Stirner²⁹, recusa validade e legitimidade a todos os princípios e postulados sobre os quais tradicionalmente se assenta a teoria do delito, propondo não apenas a extinção da pena, ou do Direito Penal, mas a abolição de todo o sistema de justiça penal. Este pensamento entende o sistema penal como um mal social que proporciona mais problemas do que resolve, devendo ser abolido para dar vida às comunidades, às instituições e aos homens. Nas palavras de Ferrajoli,

As doutrinas abolicionistas mais radicais, são, seguramente, aquelas que não apenas justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. (FERRAJOLI, 2006, p. 232).

²⁹ Luigi Ferrajoli aponta que este pensador parte da “desvalorização de quaisquer normas ou regras, não apenas jurídicas, mas inclusive morais, Stirner chega à valorização das transgressões e da rebelião, enquanto livres e autênticas manifestações do ‘egoísmo’ a-moral do ego, cujos julgamento, prevenção e punição constituem injustiças” (FERRAJOLI, 2006, p. 232)

O pensamento radical não alcançou grande repercussão e permaneceu isolado, sendo difundidas as doutrinas que se limitavam a defender a supressão da pena enquanto medida jurídica, enquanto medida aflagante e coercitiva sem, contudo, buscar a eliminação de qualquer controle social como pretendia a corrente de Stirner. Assim, a doutrina menos radical busca a contenção dos desvios por formas não jurídicas, mas sim morais e/ou sociais.

A Constituição Federal traz um arcabouço principiológico aplicável a todo ordenamento, principalmente no Direito Penal. De tal sorte que, não se pode, pelo menos no aspecto formal, ser deixado de lado nenhum desses princípios, mas da mesma forma, é certo também, que muitas vezes informalmente estes mesmos princípios são inobservados.

É justamente neste desrespeito informal que reside uma das justificativas da tese abolicionista.

O artigo 5º da Constituição traz no inciso XLV o Princípio da Intranscendência onde nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ou seja, ninguém poderá ser punido por fato praticado por terceiro.

Sob o ponto de vista formal tal preceito não suscita dúvidas. No entanto, seguindo a lição de Rogério Greco, deixando o formalismo de lado podemos verificar que no campo informal tal regra não é respeitada. Isso porque, quando o Sistema Penal age condenando, prendendo e realizando uma busca em residência, não atinge somente aquele que praticou a ação delituosa, mas todos os que estão a sua volta. Assim, no exemplo dado pelo autor, a esposa e filhos não são privados das condições mínimas de sobrevivência com a prisão do marido; a mãe não se desespera com a prisão de um filho ou lhe causa revolta. Sob este aspecto, conclui que “o Direito Penal não podem ultrapassar a pessoa do condenado é uma tremenda falácia.” (GRECO, 2008, p. 6).

Outro fundamento é a humanização das penas, ou seja, a pena aplicada deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Sob o aspecto do formalismo o Sistema Penal cumpre com as determinações trazidas pelo inciso XLVII do artigo 5º da Constituição, que proíbe as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis. Agora, sob o ponto de vista da realidade carcerária brasileira, alguém, condenado com o respeito ao devido processo legal, respeitadas todas as suas garantias constitucionais, “vier a ser colocado em uma cela superlotada, onde constantemente é violentado pelos demais

presos, estaria sendo observado o princípio da dignidade da pessoa humana?” (GRECO, 2008, p. 7). Assim verificamos que não há sintonia entre o discurso formal e a realidade existente, ou seja, há sim crueldade das penas impostas a partir do momento que não são respeitadas as garantias mínimas para o condenado no sistema prisional.

A crítica abolicionista não é construída apenas com base nas conseqüências do sistema posto, mas desde o momento em que surge a lei penal, que proíbe ou impõe determinado comportamento sob ameaça de sanção. Aqui, questionam-se os critérios adotados, bem como a sua necessidade, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, que, majoritariamente, são os excluídos da sociedade.

Na medida em que o Sistema Penal não cumpre sua função pacificadora, mas, ao contrário, é estigmatizante, seletivo e excludente, faz com que as correntes abolicionistas ganhem corpo no discurso contemporâneo com a justificativa de extirpar da sociedade esta forma de controle que mais prejuízos traz que benefícios.

Ferrajoli expõe que os defensores da extinção do Direito Penal justificam a sua tese sob tríplice enfoque, quais sejam, “limitação da liberdade para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daquele julgado como tais” (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

Já Rogério Greco aponta que “a prisão, para os abolicionistas, é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem que se ofenda a dignidade do ser humano” (GRECO, 2008, p. 10).

Sob esta perspectiva abolicionista são apontadas três alternativas ao Direito Penal: (a) trata-se do informalismo: através do qual a resposta legal é produzida para cada caso a partir de uma negociação das partes envolvidas no conflito; (b) parte da noção de lei que seja usada unicamente como marco de referência da forma pela qual deve resolver-se o conflito, sem a formulação prévia, entretanto, do conteúdo das decisões; (c) trata-se da substituição da lei penal pela lei civil, dando-se assim, uma ênfase na negociação, no rol da vítima e nas medidas de compensação e reparação (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 207-208).

Perceba-se que as tendências apontadas fazem com que o Estado se afaste da solução da lide penal, deixando que a própria sociedade encontre meios menos repressivos de intervenção. Luiz Flávio Gomes e Antonio García-

Pablos de Molina definiram a dogmática abolicionista na seguinte expressão: “não-intervencionista” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 273).

Partindo desta conclusão abolicionista, fica a indagação: será possível abolir as prisões? Seria possível uma total ausência do Estado no controle social repressivo? É evidente que “o abolicionismo penal está em busca de soluções e não de novos problemas” (PASSETTI, 2002, p. 111), mas em nível institucional não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América Latina, onde as estruturas do Poder Executivo e Judiciário não propiciam condições plausíveis para a adoção de experiências abolicionistas. Assim, advogar pela abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas ainda utópico.

Hablar de la abolición de la prisión es utópico, al menos en nuestros días. La prisión desempeña aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado hayan sido hasta ahora poço satisfactorios, es innegable que un tratamiento reformador sólo es aplicable bajo um régimen de prisión; además, la prisión intimida a delincuentes y no delincuentes en cantidad imposible de precisar, y es medio irremplazable para evitar, al menos temporalmente, cuanto dura la reclusión en el establecimiento penal, la perpetración de nuevos delitos³⁰. (CALON, 1974, p. 623).

Neste sentido, a síntese deste pensamento exposta por Marcelo Gonçalves Saliba

A sociedade punitiva construída ao longo da modernidade cristalizou-se num sistema arcaico, improdutivo, marginalizador e sem condições de vislumbrar um futuro harmonioso; porém, a abolição de todas as formas de coerção social, com o rompimento da consciência coletiva, é inadmissível, ante a impossibilidade, não ilusória, de desconstrução social. (SALIBA, 2009, p. 61)

Dessa forma, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade do sistema penal, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio

³⁰ Falar da abolição da prisão é utópico, pelo menos em nossos dias. A prisão desempenha ainda uma função necessária para a proteção social contra a criminalidade. Embora seus resultados como meio de reforma do apenado tenham sido até agora pouco satisfatórios, é inegável que um tratamento reformador somente é aplicável a um regime de prisão; ademais, a prisão intimida os delinqüentes e não delinqüentes em quantidade impossível de se precisar, e é meio irrepresável para evitar, ao menos temporariamente, enquanto dura a reclusão em estabelecimento penal, a perpetração de novos delitos (tradução livre pelo autor).

da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

Nestes termos, é possível adotar tendências abolicionistas sem sê-lo na sua integralidade. Esta nova perspectiva vem sendo adotada pontualmente no sistema pátrio, seja por intermédio da lei, seja por intermédio de interpretação jurisprudencial.

A Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal é exemplo da bandeira abolicionista ao prever a extinção da punibilidade com o pagamento do cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia. Prestigia-se com isso a composição, forma de solução de conflitos não-intervencionista, onde o autor do fato não será estigmatizado e marcado pela passagem no Sistema Penal e a vítima terá ressarcido o prejuízo experimentado. Do contrário, não havendo esta construção jurisprudencial, o autor enfrentaria uma ação penal, com desgaste pessoal e econômico, sendo ao final condenado ou beneficiado com algum instituto alternativo à prisão e a vítima seria, no mais das vezes, mais uma figura no processo, sem ter o dano recomposto.

No mesmo sentido da citada súmula, e em homenagem ao princípio da isonomia, Lenio Luiz Streck defende que tal interpretação deve ser levada também para os demais crimes contra o patrimônio em que não tenha sido praticado mediante violência e grave ameaça e que ainda a vítima tenha experimentado prejuízo (STRECK, 1999, p. 113)³¹.

Pelo sistema clássico, a vítima é marginalizada, pois o sistema busca tão somente a punição do autor do ilícito penal sem se preocupar com aquele que sofreu diretamente com a ação praticada. Acabar com o imperialismo da aplicação meramente punitiva é uma das distorções da seara penal, pois a “Justiça criminal ‘decide’ os casos mas não os ‘soluciona’; a pena satisfaz a uma exigência atávica de vingança, mas não ajuda muito na construção de uma nova realidade social” (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 275). O

³¹ Neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: EMENTA: Recurso em Sentido Estrito. Exincao da Punibilidade. Tentativa de furto. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, e artigo 34 da lei nº 9249, de 26.12.95, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie. Decisão de primeiro grau confirmada. Recurso improvido, por maioria. (Recurso Crime Nº 296026750, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 19/09/1996)

exemplo consubstanciado na súmula faz com que a vítima não seja esquecida e que o problema social gerado encontre a sua pacificação.

O exemplo normativo de adoção da tese abolicionista encontra-se na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. Aqui, temos a chamada “civilização dos conflitos penais” (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 275), que pressupõe a finalidade de reparação dos danos sofridos pela vítima, ou seja, busca-se o consenso. Quer a lei fazer com que o conflito seja integralmente solucionado e não que o processo sirva tão somente como instrumento de vingança. É evidente que este consenso está ainda sob os olhares do Estado, ao passo que houve uma atuação prévia em levar os contendores sob sua jurisdição, mas este abre mão do seu direito de punir quando as partes encontram um denominador comum em uma composição civil ou na expressão de um perdão concedido.

Com isso, verifica-se que estamos passando por um estágio de aplicação pontual da tese abolicionista, onde o Estado não intervém em determinadas condutas praticadas deixando para os controles sociais não repressivos a sua tutela. É evidente que apenas crimes com baixa potencialidade lesiva e danosidade social são abarcados por esta linha de pensamento. Não podemos visualizar, por ora, a sua aplicação em casos atroz, como estupro, homicídio ou latrocínio.

Destarte, não podemos adotar com radicalismo a corrente abolicionista no atual momento evolutivo da sociedade, no entanto, é possível adotar algumas de suas tendências sem sê-lo na sua integralidade, conforme já demonstrado.

4. AS “VÍTIMAS” DO SISTEMA PENAL

A palavra “vítima” nos remete àquela pessoa que sofreu as consequências diretas de um crime ou, ainda, que recebeu toda a conduta criminosa em seu próprio corpo. Claro que é esta figura que o Direito Penal se preocupa e protege, mas ao lado dela, temos também aquelas pessoas que são vítimas de um sistema desfigurado, sem qualquer linha de pensamento ideológico, que pune de forma rígida certos segmentos da sociedade deixando outros sem serem tocados pelos seus rigores.

Neste ponto do trabalho serão analisados os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça³². Inúmeros fatores compõem o relatório anual de 2008, sendo certo que alguns chamam a atenção e se coadunam com todo o discurso dogmático apresentado até o momento.

Assim, merecem destaque os níveis de escolaridade, idade, etnia, reincidência, tipos de crimes cometidos e tempo de condenação.

Com base na análise dos dados poderemos identificar quem são aqueles que estão inseridos no sistema prisional brasileiro, quais crimes são mais comuns e a regime de seu cumprimento.

De plano, quanto a etnia, destaca-se que 40,25% da população carcerária é composta de pessoas brancas, sendo 16,72% de negros e os pardos atingindo o índice de 38,89%. Amarelos e indígenas são a minoria no sistema. Comparando com os dados do IBGE³³ – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – verifica-se uma desproporção entre negros que compõe a sociedade brasileira e aqueles que estão no sistema carcerário. Segunda pesquisa demográfica, os auto-declarados negros compõem 6,3% da população brasileira, somando cerca de 11 milhões de indivíduos, ao passo que na população carcerária o índice é de 16,72%, ou seja, o dobro do percentual nacional. Quanto aos pardos, há uma aproximação nos índices populacional e carcerário, pois no censo de 2005, 43,2% da população nacional se auto-declarou como sendo parda. Por fim, os

³² Pesquisa completa encontra-se no Apêndice.

³³ Na pesquisa o indivíduo entrevistado auto-declarava a sua cor de pele. Já na pesquisa do Infopen não foi declarada a forma de entrevista.

brancos auto-declarados compõem cerca de 49,9% da população, somando cerca de 93 milhões de indivíduos (BRASIL, on-line).

Diante do exposto, pode-se concluir que, percentualmente, a presença de negros sob a custódia do sistema prisional é maior que os outros dois grupos, brancos e pardos.

Quanto a faixa etária, a maioria daqueles que cumprem pena são de pessoas jovens, onde 31,6% estão compreendidos entre 18 a 24 anos e 26,1% estão na faixa de 25 a 29 anos. Este percentual diminui conforme se eleva as faixas etárias, sendo de 17,3% para aqueles compreendidos entre 30 a 34 anos; de 15% entre 35 a 45%; entre 46 e 60 anos chega-se ao índice de 5,9% e para aqueles com mais de 60 anos é de apenas 0,9%.

Alberto Carlos de Almeida, na obra *A Cabeça do Brasileiro* apresenta os níveis de escolaridade da população brasileira, onde a taxa de analfabetismo está em 9% e aqueles que cursaram até a quarta série estão em 25%, os que freqüentaram da quinta série até a oitava, atingem a marca de 23%. Com ensino médio são 31% dos entrevistados e curso superior são 12% (ALMEIDA, 2007, p. 20).

A pesquisa apontou os seguintes níveis de escolaridade entre todos aqueles que estão no sistema penitenciário: a maioria dos entrevistados possui o ensino fundamental incompleto, correspondente a 44,01%, sendo que ensino fundamental completo o índice é de 12,45%. Com o ensino médio incompleto temos 9,88%, já completo é de apenas 7,39%. Em nível superior temos 0,43% com formação completa e 0,93% incompleta. O número de analfabetos corresponde a 8,03%, enquanto que os alfabetizados chegam a 12,22%. (BRASIL, on-line)

A questão da escolaridade também foi objeto de pesquisa realizada com os detentos da Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, onde os dados encontram similitude com os apresentados no relatório anual. Nesta unidade federal a maioria dos entrevistados possui o 1º grau incompleto, correspondente a 58,09%. Com o segundo grau incompleto temos 5,15%. Em nível superior temos 2,94% com formação completa e 0,74% incompleta. O número de analfabetos corresponde a 3,68%, enquanto que os alfabetizados chegam a 5,15% (BRASIL, on-line).

Diante desses dados, algumas conclusões são possíveis. A primeira delas é que a grande massa daqueles que estão nos corredores das penitenciárias brasileiras não possuem a educação básica completa, é uma legião que mal

freqüentou os bancos escolares, não tendo qualquer formação cultura, lingüística e social. É certo que pertencem aos estratos sociais mais débeis, advindos de zonas periféricas das cidades, onde as condições de educação são pequenas ou as condições para que se mantivessem na escola não existiam.

Do outro lado das estatísticas estão aquelas pessoas que chegaram a cursar nível superior, tendo concluído ou não. Para estes, a penitenciária é uma realidade distante, não chegando a 3% (três por cento) da população carcerária nacional. Não está se afirmando que aqueles que possuem um curso superior não cometem crimes. É evidente que há sim criminalidade, com já afirmamos anteriormente, ocorre que o sistema, muitas vezes, impede a punição dos fatos ocorridos, por exemplo, no pagamento do valor devido nos crimes tributários que extingue a punibilidade do agente. Este fato reflete nas estatísticas, quando são apuradas as infrações de maior incidência.

No item “quantidade de crimes tentados/consumados” do relatório do Infopen, que estão relacionados os 28 delitos mais comuns, não se verifica a presença dos popularmente chamados “crimes do colarinho branco”, que compreendem os crimes financeiros e tributários, encontram-se apenas os crimes praticados contra a administração pública, cujo índice é de 0,6% das infrações. Há uma forte incidência da criminalidade violenta e patrimonial, sendo que estes últimos atingem a cifra de 39% dos crimes cometidos assim divididos: 7% para furto qualificado; 6% para furto simples; 18% para roubo qualificado; e 8% para roubo simples. Ainda, o tráfico de drogas aparece com 15% das infrações cometidas.

Diante dos números apresentados, o tráfico de drogas e os delitos patrimoniais são responsáveis por mais de cinqüenta por cento dos delitos cometidos no país. É evidente que estes dados se referem apenas àqueles que foram processados e condenados ou presos provisoriamente, não se computa a chamada “cifra negra”, o que, fatalmente, modificaria tais índices. Ainda, não podemos afirmar que os delitos tributários ou financeiros não ocorrem ou que ocorrem em tão reduzido número, é certo que há uma deficiência na estrutura do sistema penal para sua apuração, julgamento e cumprimento da pena imposta. Falha que pode ser atribuída tanto à seara normativa, que cria diversos mecanismos de extinção da punibilidade ou de condicionamento à atuação penal, quanto aos responsáveis pela investigação e persecução criminal, que muitas vezes não estão preparados para atuar em crimes de alta complexidade e de inteligência.

Ademais, temos que a pena imposta conjugada com o regime de julgamento é outro dado importante do sistema carcerário. Primeiramente, o relatório demonstra que a maioria das penas privativas de liberdade imposta não ultrapassa oito anos, sendo 26% até 4 anos e 28% compreendidas entre 4 e 8 anos. Assim, 54% da população carcerária tem condenação à pena privativa de liberdade até 8 anos.

Aplicando de forma singela o artigo 33 do Código Penal aos dados apontados, teríamos a presença dos regimes aberto e semi-aberto, pois o regime fechado seria imposto às condenações superiores à 8 anos, este apenas seria imposto em caso de penas menores se houver reincidência ou quando as condições do condenado (artigo 59 do Código Penal) não indicarem. No entanto, não é esta a realidade que está travestida em números, pois 43,37% dos apenados estão submetidos ao regime fechado, sendo 16,08% estão no semi-aberto e apenas 5,36% no regime aberto³⁴.

Fica claro uma elevada incidência pelo regime fechado de cumprimento de pena, o que pode ser justificado, em parte, pela reincidência, que atinge 33% dos condenados. Em outra parte por aqueles que mesmo primários possuem mais de uma condenação, estes representam 23% da população carcerária. Ou, ainda, pelas elevadas penas impostas que impõe este regime de cumprimento³⁵. Mesmo conjugando todas estas variantes não é possível justificar que parte dos 43% condenados, que são primários e não possuem qualquer outra condenação, estão submetidos ao regime fechado. Vale lembrar, até pouco tempo a falta de vagas condicionava o indivíduo a esperar no regime fechado o seu surgimento, no entanto, este entendimento tem sido alterado pelos tribunais superiores.

A questão da reincidência nos impõe algumas reflexões. A primeira delas está diretamente relacionada com o início deste trabalho, onde foram relatadas as formas de exclusão, em especial pelo mercado de trabalho. Aquele que cumpre a sua pena, utopicamente ressocializado, é devolvido à sociedade da qual foi retirado. Pois bem, de que forma ocorre essa reintegração? Ela não ocorre na grande maioria das vezes, pois os corredores do sistema penal impõem uma marca

³⁴ Neste item da pesquisa o relatório ainda inclui os presos provisórios (34,37%) e aqueles que estão submetidos à medida de segurança (internação: 0,69% e tratamento ambulatorial: 0,09%).

³⁵ Mais de 8 até 15 anos: 21%; mais de 15 até 20 anos: 10%; mais de 20 até 30 anos: 8%; mais de 30 até 50 anos: 3%; mais de 50 até 100 anos: 1%; e, por fim, mais de 100 anos: 0,2%.

àquele que o freqüentou que impede, por exemplo, a busca de emprego e ainda fomenta o preconceito pelos demais membros que compõe a sociedade. Neste ponto, faz-se necessário a efetivação de políticas públicas no sentido de dar condições para que o egresso não volte à delinqüir, que, muitas vezes, é creditada a falta de oportunidade e condições sociais.

A segunda reflexão acerca da reincidência se refere a sua constitucionalidade. Amparados na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, é imperiosa a sua inconstitucionalidade por uma violação ao princípio do *non bis in idem*³⁶, pois ao agravar a pena ou impor um regime mais grave em virtude da existência de condenação com trânsito em julgado anterior o legislador impõe ao julgador que considere duas vezes o mesmo fato em prejuízo do réu. É certo que várias teorias tentam justificar a sua aplicabilidade diante da manifesta periculosidade do autor, mas isso não passa de uma justificativa de Direito Penal do Inimigo, que não julga o fato praticado e objeto daquele processo, mas a pessoa do réu (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 716-719).

Por fim, no Habeas Corpus n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, ou seja, a sua concretização antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, por violação à dignidade humana e ao princípio constitucional da presunção de inocência. A tentativa é de se evitar o alarmante índice de 34,37% de presos provisórios que atualmente compõem a realidade dos presídios brasileiros.

Diante de todo o exposto, é possível traçar um perfil daquele indivíduo que é a “vítima” do sistema penal brasileiro. Por certo, não se prega uma atividade lombrosiana a fim de determinar a figura do criminoso nato, mas sim de

³⁶ Segundo Zaffaroni e Pierangeli: “[...] em toda agravamento de pena pela reincidência existe uma violação do princípio *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior não decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior. [...] Rejeitada, portanto, esta única tentativa teórica de fundamentar a agravamento da pena pela reincidência, sem violar o *non bis in idem* e a consequente intangibilidade da coisa julgada, estabelece-se o corolário lógico de que a agravamento pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 718-719).

demonstrar como o sistema é seletivo e aponta as suas armas apenas para parte do segmento social.

Verifica-se que a população carcerária é composta por pessoas jovens, negros ou pardos, e de baixa escolaridade, que cometem, em sua maioria, crimes patrimoniais ou tráfico de drogas. Repita-se, não defendemos que a falta de condições sociais é condição para se adentrar à criminalidade, mas que esta acaba por impulsionar ou fomentar o seu ingresso diante da ausência de condições mínimas de vida digna, oportunidade de ascensão social e emprego. Tudo isso se aplica a questão da reincidência criminal, pois a ausência destas condições acaba por provocar o retorno à criminalidade.

O rigor persecutório é evidente ao se verificar uma tendência manifesta em se privilegiar a prisão provisória, chegando a mais de um terço da população carcerária. Ainda, o regime fechado de cumprimento de pena chega-se quase ao status de regra, pois 43,37% estão submetidos a ele.

A mudança deste perfil somente ocorrerá com atividades ou atitudes que estão fora do sistema penal. É preciso condições sociais, oportunidade e desenvolvimento para que a exclusão não acabe por proporcionar campo fértil para o nascedouro da criminalidade. Mas até que isto ocorra o Sistema Penal, em especial o Direito Penal, deve evitar a utilização de tipos penais e regras processuais que visam atacar apenas os níveis sociais mais débeis, sendo necessário uma aproximação com o Direito Constitucional a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana como norte interpretativo de toda regra penal. Por consequência, é imperiosa esta releitura do Direito Penal sob o enfoque das regras e princípios constitucionais.

5. RELEITURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL

Expostos o caráter ideológico do sistema penal com seus movimentos teóricos, cabe, neste momento, apontar a possibilidade de um novo norte por onde deve caminhar a ciência penal em busca da igualdade, justiça e, por consequência, da inclusão daqueles que lhe foram submetidos. Deve o Direito Penal cumprir as suas finalidades, a fim de que algo se realize, “não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (BATISTA, 2004, p. 20). Assim, não podemos ter a ideia de que “nem o direito penal é a única realidade e nem esta é caótica, e nem o cientista do direito penal é um orate com um livro na mão, trancado numa torre sem janelas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 113).

Inicialmente, em virtude do sistema político-jurídico existente em nossa sociedade, cada indivíduo, através do processo eleitoral, delega poderes para algumas pessoas a fim de que representem os seus interesses no sistema democrático. É a assinatura tácita do contrato social de Rousseau, onde os democraticamente escolhidos pela maioria entendem aquilo o que é necessário para regulamentar a vida em sociedade.

Os mandatários deste poder devem, ou melhor, deveriam, se ater em regular os níveis de intervenção jurídico-penal ao limites da necessidade para a vida comunitária pacífica.

No entanto, a realidade aponta para outra perspectiva, que é a hipertrofia do sistema penal com supressão de garantias, exacerbação de penas e de formas de execução, deixando de lado a preocupação com o ser humano e sua reabilitação para o retorno em sociedade.

Hoje, preocupa-se muito mais em se demonstrar um discurso punitivo rigoroso à uma política de reinserção daquele sujeito que esteve nos corredores do sistema penal.

Com isso, temos uma difícil missão para o teórico do Direito Penal de características equilibrada, garantista e mínimo. Não há uma eficácia jurídica e força para barrar dogmaticamente a elaboração de um direito penal *prima ratio* que

vem sendo constantemente ampliado e fomentado como o solucionador de todos os males sociais que afligem a sociedade.

Dessa forma, comungando do pensamento de Ivan Luís Marques da Silva, “poder-se-ia obter o equilíbrio deôntico necessário deslocando a tarefa de filtrar o sistema penal para os cientistas jurídicos e para o Poder Judiciário” (SILVA, 2008, p. 92). Neste sentido, pode-se conseguir um equilíbrio entre a repressão necessária das condutas que atingem os bens jurídicos mais importantes à coletividade sem que a aplicação do Direito Penal seja considerada ilícita ou ilegítima.

Assim, podemos enxergar na hermenêutica pós-positivista e na utilização do controle de constitucionalidade, seja pela forma difusa ou concentrada, uma saída para os desvios e incongruências praticados no momento da elaboração legislativa dos tipos penais a fim de que se torne possível a aproximação do direito penal das garantias constitucionais e do respeito à dignidade da pessoa humana e, por via reflexa, uma maior efetividade em sua aplicação.

Com isso, a Constituição Federal ganha sobremaneira importância na construção desta releitura da dogmática penal ao trazer em seu bojo princípios que irão irradiar efeitos por todo o ordenamento infraconstitucional. Ferrajoli afirma que “quanto mais valores incorpore um sistema punitivo, na forma de limites ou proibições nos níveis normativos superiores, menos incorporará na forma de potestades nos níveis inferiores” (FERRAJOLI, 2006, p. 336), ou seja, quanto mais valores estão vinculados nas normas superiores, que são as normas constitucionais, menos expostas ficarão as normas de níveis inferiores, pois estas se fundamentam naquelas.

Assim, somente um Direito Penal fundamentado em diretrizes constitucionais voltado exclusivamente à tutela dos bens jurídicos e direitos fundamentais pode resultar na melhor eficácia do sistema sem se afastar do respeito à dignidade da pessoa humana.

Lenio Luiz Streck lembra, citando Márcia Dometila de Carvalho, que é comum apontar a dignidade da pessoa humana com diretriz do Direito Penal Constitucional, mas não é o único pilar que se deve sustentar toda a nova construção dogmática desta ciência.

Na feitura das leis, ignoram os direitos econômicos, sociais e culturais, como direito de segunda geração que possibilitam o gozo dos direitos e garantias individuais, denominados de primeira geração, e reduzem a liberdade e a dignidade humana a uma simples questão de estupro ou seqüestro. (STRECK, 1999, p. 112)

É certo que todas as gerações de direitos devem ser consideradas para se buscar uma solução para sua eficácia, as quais não residem apenas na previsão *in abstracto* de regras e princípios, fazendo-se necessário que sejam respeitadas e que sejam, da mesma forma, mantidas. Antes mesmo de falarmos em ampliação de direitos ou de geração de direitos é imperiosa a efetividade de aplicação dos que já estão previstos (BREGA FILHO, 2002, p. 29).

Dessa forma, retornamos a idéia inicial do intróito deste capítulo, onde o Poder Judiciário e os operadores do direito e, da mesma forma a discussão acadêmica, serão os responsáveis para contornar os desvios da produção legislativa, que é marcada pela hipertrofia dos tipos penais com afrontas constantes aos princípios que lhes dão legitimidade. Nas palavras de Ivan Luís Marques da Silva, “se os políticos são representantes da vontade do povo, o magistrado é o fiscal constitucional dos limites deste mandato. Se assim não age, propaga as inconstitucionalidades mitigando os direitos e garantias individuais e coletivos” (SILVA, 2008, p. 95).

No mesmo sentido, afirma Lenio Luiz Streck que

O Judiciário e o Ministério Público não podem encarar o Direito sob a ótica de “uma simples administração da lei”, proveniente de um “legislador racional”. O promotor de justiça e o juiz de direito não são “out-siders” do “sistema”. Eles fazem parte dele. Neles devem intervir. É a Constituição que determina/autoriza. (STRECK, 1999, p. 109).

Os atores da administração da justiça não devem atuar de forma burocrática e fundamentados na obediência cega à letra da lei. Devem olhar para o processo não como um amontoado de papéis ou como uma meta de trabalho a ser cumprida. São promotores da justiça social, guardiões primeiros dos preceitos constitucionais e os que mais se aproximam com os destinatários da norma. Devem ouvir o grito dos excluídos que clamam pela verdadeira justiça, que muitas vezes lhes é tolhida ou concedida de forma insipiente. Ir às ruas e buscar a realização de uma justiça com cheiro de povo. Em virtude de todo o exposto, impõe-se a tarefa

aos juristas de “romper com este paradigma anti-garantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade” (STRECK, 1999, p. 110). Assim, o juiz, considerado por Antonie Garapon (2001) como “guardião das promessas”, passa a ter o papel de concretizá-las.

Neste momento passaremos à análise das formas de constitucionalização do direito penal e de meios alternativos de controle com o escopo de se construir uma releitura da dogmática penal pautada em preceitos constitucionais.

5.1 NOVAS POLÍTICAS CRIMINAIS

Com a finalidade de proporcionar uma nova leitura do sistema faz-se necessário a quebra de alguns paradigmas até então vigentes. O sistema penal brasileiro está pautado na legalidade estrita, tendo a lei como fonte principal, possibilitando pouca abertura para a solução de conflitos que não esteja nela prevista. Assim, diante de uma lide penal o aplicador do direito realiza a mera subsunção daquele fato à norma penal aplicando ou não a sanção prevista dependendo se ocorrer ou não a adequação típica prevista no ordenamento.

Com isso, verifica-se a mecanização da atividade de aplicar a lei, deixando de lado a perquirição se realmente aquela aplicação é suficiente para promover a paz social, que é a finalidade de todo o arcabouço jurídico. Muitas vezes para a vítima de um crime não importa se o réu irá ser preso ou não, se será agraciado por algum instituto despenalizador ou receberá uma punição severa, importa saber se ela terá o objeto furtado devolvido, o dano reparado ou apenas um pedido de desculpas.

Hodiernamente, o regime penal se caracteriza por consagrar o sistema retributivo baseado no delito como ofensa à seguridade social ou existência do Estado, e não como ofensa a pessoas e a sua convivência pacífica. Essa premissa dá vazão a uma ideologia vingativo-punitiva do sistema que propõe a retribuição do *mal* do delito pelo *mal* da pena, resultando numa resposta inadequada para

a tutela do interesse lesado e violentadora dos direitos fundamentais do delinqüente e da vítima. (SALIBA, 2009, p. 143).

Mesmo com as falhas apontadas por diversas correntes, em especial as abolicionistas, não há outra forma melhor de proteção dos bens jurídicos em face de determinadas condutas que o Direito Penal, porém se pode vislumbrar medidas alternativas e complementares como indispensáveis para efetivar o Estado Democrático de Direito.

Aunque la prisión para considerable número de delincuentes constituye un medio penal insustituible, por múltiples razones, por su nocivo influjo sobre el penado, por la marca infamante que imprime em los que estuvieron presos, por los enormes gastos que su construcción y mantenimiento originan, es necesario reducir en gran parte su campo de aplicación y sustituirla, en prudente proporción, por otros medios penales. Sin embargo, esta sustitución sólo podría ser aconsejable para los reos de delitos no graves cuando sus antecedentes y condicionales personales no exijan un eficaz aseguramiento de su persona³⁷. (CALON, 1974, p. 623).

Verificamos hoje uma massificação e uma impessoalidade no tratamento dos processos provocados pela intensa atividade judiciária voltada a administrar o infindável número de feitos que se acumulam em gabinetes e cartórios judiciais.

Após apontarmos de forma exemplificativa alguns dos problemas que ocorrem no sistema penal brasileiro, faz-se mister buscar alternativas de solução para os mesmos. De tal sorte que, é preciso uma mudança nas políticas criminais até então utilizadas.

“Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*.” (BATISTA, 2004, p. 34).

³⁷ Ainda que a prisão para considerável número de delinqüentes constitua um meio penal insubstituível por muitas razões, por sua nociva influência sobre o apenado, pela marca infamante que imprime nos que estiveram presos, pelos enormes gastos que sua construção e manutenção originam, é necessário reduzir em grande parte seu campo de aplicação e substituí-la em razoável proporção, por outros meios penais. Ademais, esta substituição só poderia ser aconselhável para os réus de delitos não graves quando seus antecedentes e condições pessoais não exijam uma eficaz apreensão de sua pessoa (tradução livre pelo autor).

Mudar uma política criminal até então vigente exige romper com o modelo clássico, tradicionalista, sendo necessário para tal desiderato um aporte axiológico na doutrina abolicionista, em virtude das críticas que esta corrente faz ao exercício do poder e das bases justificadoras do sistema penal (SALIBA, 2009, p. 143). Buscando um ponto de equilíbrio entre os diversos movimentos apontadas no terceiro capítulo podemos extrair um novo modelo de justiça penal, um aperfeiçoamento almejado por toda sociedade e norteado por bases democráticas e humanitárias.

A proposta desinstitucionalizadora tendente à despenalização, descriminalização (em suas diferentes formas), e a diversificação na solução dos conflitos sociais é uma das ferramentas senão a mais plausível, de urgente utilização no esforço necessário de revisão e de racionalização do Direito Penal, a fim de colocá-lo a serviço de uma maior Justiça e Solidariedade Social e não servindo de mero instrumento do Controle Social Estatal. (BROLL, 2004, p. 194).

Diante dessa nova perspectiva, apresentaremos alguns princípios e recomendações para um novo diálogo entre as diversas diretrizes que regem o sistema penal. De início, é imperioso lembrar que a Lei n.º 9.099, de 1995, trouxe o consenso e a composição como formas de solução da lide penal, bem como modos de aplicação imediata da pena, como a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo. Ainda, surge a justiça restaurativa como novo paradigma punitivo.

Ultrapassada a chamada Justiça Criminal Consensuada, temos uma nova releitura do fato típico através da aproximação do Direito Penal com as diretrizes constitucionais, em especial pelo princípio da ofensividade como elemento do fato típico.

Dessa forma, passaremos à uma análise das temáticas propostas com o escopo de tratá-las como alguns dos meios possíveis para a correção das distorções do sistema penal.

5.1.1 Da Justiça Criminal Conflitiva à Justiça Criminal Consensuada

Em um primeiro momento, a ciência processual buscou a sua autonomia e independências científicas através do desenvolvimento das suas bases metodológicas, identificando seus princípios, bem como dotar o Direito Processual de conceitos firmes e ajustados. Com o passar do tempo, os processualistas perceberam que não bastava apenas a independência científica era necessário a busca da efetividade do processo, fazer com que o instrumento criado seja capaz de solucionar os reclamos sociais de forma célere e efetiva, dando uma resposta ao litígio levado diante do Poder Judiciário.

Percebeu-se que o progresso da ciência jurídica processual não foi acompanhada de uma justiça célere e eficaz. Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do direito processual e sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da justiça: sobrecarga de processos, morosidade na solução das causas, elevado custo do acesso à justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízos e tribunais. (FERNANDES, 2007, p. 215).

Identificada na doutrina esta necessidade de efetividade e celeridade na solução dos litígios criou-se a idéia de era imperioso criar mecanismos processuais capazes de atingir tal fim, pois “ninguém nega que a Justiça Criminal deve se modernizar para conseguir, como sugere a moderna Criminologia, ‘um controle razoável’ da criminalidade.” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 507).

A extinção da criminalidade como pretendem os setores radicais do movimento Lei e Ordem é uma utopia. Ela sempre existirá, em maior ou menor nível, na sociedade³⁸. “O delito é uma manifestação típica da personalidade moral do homem. Enquanto o homem existir, existirá o crime como negativo, mas sempre

³⁸ No mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa parte “da constatação de que o crime é detestado e detestável, o senso comum logo conclui erradamente que ele deveria desaparecer por completo”. No entanto, afirma que “o delito não é encontrado somente na maioria das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não existe nenhuma em que não haja alguma forma de criminalidade. Esta muda de feito, os atos qualificados de crimes não são os mesmos em toda a parte; mas sempre e em todo o lugar houve homens que se conduziram de maneira a chamar sobre si a repressão penal.” Segue o autor afirmando que “encarar o crime como uma doença social seria admitir que a doença não é algo accidental mas, ao contrário, que em certos casos deriva da constituição fundamental do ser vivo; seria apagar toda distinção entre o fisiológico e o patológico. Não há dúvida de que o próprio *crime* pode apresentar formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge taxas exageradas. Não há dúvidas, também, de que tal excesso seja de natureza mórbida. O que é normal é simplesmente a existência da *criminalidade*, desde que, para cada tipo social, atinja e não ultrapasse determinado nível que talvez não seja impossível fixar utilizando regras precedentes”. (COSTA, 2005, p. 346-347).

como momento essencial da sua natureza de ser livre” (COSTA, 2005, p. 528). Mas não é por esse motivo que a ciência criminal deve abaixar as armas na luta contra a violência, pois o sistema penal não atua apenas na prevenção dos delitos, mas também na sua investigação, punição e execução destas últimas. É claro que a eficácia na investigação, punição e execução das penas impostas faz com que tenhamos uma tendência de queda dos níveis de criminalidade, por isso a efetividade processual ganha importância neste ponto.

Neste diapasão, Antonio Scarance Fernandes aponta algumas idéias com o escopo de dinamizar o processo para instrumentalizá-lo na busca uma justiça rápida e eficiente:

a) é necessário estimular o uso de vias alternativas para a solução dos litígios, fora do âmbito judiciário ou dentro deste, ficando a resolução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade ou relevância; b) dentro do âmbito judiciário, deve-se preferir a via alternativa da conciliação e que, de preferência, evite a instauração formal do processo; c) essa alternativa conciliadora deve ser procurada até mesmo em áreas tradicionalmente refratárias, como na área penal em países orientados pelo princípio da obrigatoriedade; d) para a conciliação, exige-se do juiz um novo papel, pois fica ele incumbido de estimular o acordo entre as partes na busca de uma solução rápida e justa; e) os procedimentos devem ser marcados pela celeridade e pela oralidade para tornar a justiça menos burocratizada; f) devem ser chamados a participar dos debates conciliatórios não só as partes formais da ação, mas outros interessados no litígio, como a vítima no processo criminal; g) deve-se estimular a colaboração dos leigos na conciliação. (FERNANDES, 2007, p. 216-217).

Nota-se que a idéia central do autor é a utilização do consenso nos delitos de menor relevância e complexidade. Da mesma forma sugerem Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina ao separar a “resposta jurídica” diante de cada conduta desviada, sendo esta separada em “grande, média e pequena” criminalidade, ou seja, de pequeno e médio potencial ofensivo de um lado e, de outro, condutas de grande lesividade. Assim, segundo sua gravidade, o sistema jurídico deve prever tratamento, ou melhor, formas de reações diferenciadas para cada espécie, deixando delimitada a parte do sistema em que é possível utilizarmos da justiça consensual como uma alternativa para a resolução de conflitos e outra em que esta não seria possível. Com isso, as reações do sistema seriam diferenciadas “não só quantitativa serão também qualitativamente distintas, com instrumentos e

processos, assim como procedimentos distintos” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 508).

Ada Pellegrini Grinover fala em deformalização e delegalização do processo com o fim de se alcançar sua eficácia. A deformalização possui duplo aspecto, um primeiro que seria a deformalização do processo em si e o segundo relacionado as suas controvérsias. Com o primeiro, pretende-se um “processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses”. Já com o segundo aspecto, buscam-se equivalentes jurisdicionais, “como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucionar as controvérsias mediante instrumentos institucionalizados de mediação”. Com isso, a deformalização pregada pela autora externa-se pela via jurisdicional e a via alternativa como formas de superar a crise da justiça (GRINOVER apud FERNANDES, 2007, p. 216).

Diante desse contexto, temos que a solução jurisdicional pode advir por critério da justiça consensuada em determinadas hipóteses, notadamente em crimes de menor e médio potencial ofensivo, deixando a justiça conflitiva para os casos de ofensa mais graves aos bens jurídicos penais. Neste ponto, merece análise mais detalhada os Juizados Especiais Criminas, considerados modelos de Justiça Consensuada.

A Constituição Federal trouxe em seu artigo 98, inciso I e parágrafo primeiro, a previsão da criação de Juizados Especiais Criminais, os quais são promovidos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Coube, portanto, à lei federal disciplinar a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, que estão regulamentados em duas leis distintas: a Lei n.º 9.099/95 e a Lei n.º 10.259/01.

Os juizados especiais criminais foram criados com o objetivo de desburocratizar a justiça penal, permitindo, para as infrações penais menos relevantes, uma solução despenalizadora, ou seja, que não implica, necessariamente, na aplicação de uma pena. Os modelos de juizados criados são inegáveis inspirações de “modelo político-criminal ‘consensuado’” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 509). Luiz Flávio Gomes e Antonio García-

Pablos de Molina afirmam que os juizados quebraram com o “modelo político-criminal paleorrepressivo” até então vigente na legislação brasileira, marcada pela criação da Lei dos Crimes Hediondos e pela Lei dos Crimes Organizados, todas marcadas pelo “endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal” (2008, p. 515-516).

A implantação e funcionamento dos juizados criminais fez com que o cenário processual penal brasileiro se modificasse, tamanha foram as inovações trazidas pelos diplomas legais que o regulamentam.

Primeiro, cabe mencionar que o artigo 2º, da Lei n.º 9.099/95, prevê que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. “O que se depreende desse dispositivo legal, desde logo, é não só uma nova e revolucionária forma de realizar o valor ‘justiça’, senão, sobretudo, que a ‘conciliação’ (gênero) não é exatamente a mesma coisa que ‘transação’ (espécie).” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 509). Assim, a conciliação e transação penal são dois institutos que tem por objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

O âmbito de incidência destes institutos são os crimes de menor potencial ofensivo, hoje conceituados no artigo 61, da Lei n.º 9.099/95, com as modificações trazidas pela Lei n.º 11.343/06, que considera como, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa³⁹.

³⁹ A Lei n.º 11.343/06, que alterou os artigos 60 e 61 da Lei n.º 9.099/95 e o art. 2º da Lei n.º 10.259/01, resolvendo divergência que havia entre os dois diplomas legais quanto à definição de crime de menor potencial ofensivo. Com a modificação, tanto nos Juizados Especiais Criminais Estaduais quanto nos Juizados Especiais Federais, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo os crimes com pena máxima não superior a dois anos, ou multa, e as contravenções penais. Em resumo, a competência dos juizados será fixada de acordo com dois critérios: natureza da infração penal (menor potencial ofensivo) e inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum. De acordo com este último critério, devem ser lembrados os crimes de foro por prerrogativa de função, processado nos termos das Leis n.º 8.038/90 e n.º 8.658/93, aplicando-se, segundo a doutrina e a jurisprudência, no âmbito dos Tribunais, os institutos despenalizadores da Lei n.º 9.099/95. Ainda, estão afastados da competência dos Juizados Especiais os crimes de competência da Justiça Militar, dada a sua natureza especial (art. 90-A, introduzido pela Lei n.º 9.839/99). De acordo com o art. 94, do Estatuto do Idoso (lei n.º 10.741/03), os crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos também serão submetidos à Lei n.º 9.099/95. Aqui, vale ressaltar que o estatuto não modificou o conceito de crime de menor potencial ofensivo, apenas atribuiu a incidência do procedimento a estes crimes. Por fim, cumpre destacar que,

Uma das inovações trazidas no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo é a composição civil, onde infrator poderá reparar os danos provocados pela infração, sejam eles de ordem material e/ou moral. Havendo composição dos danos civis, esta será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, extinguindo-se, por conseguinte, a punibilidade do agente (artigo 107, inciso V, do Código Penal).

A composição civil fez com que a atividade jurisdicional não ficasse apenas pautada em reprimir o crime de forma a efetivar a pretensão punitiva estatal sem qualquer olhar para a vítima. Aqui, temos que a vontade da vítima ganha extrema importância, a ponto de relegar o Direito Penal a um segundo momento, ou seja, apenas quando não há possibilidade de reparação civil dos danos é que este atua. “Entendeu-se que só ela é suficiente para afastar a necessidade de qualquer sanção penal” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 509). Com isso, o legislador privilegiou a vítima colocando a reparação do dano em primeiro plano, deixando o Direito Penal como *ultima ratio* do sistema, aplicado somente quando não for possível para as partes chegarem a um denominador comum quanto aos prejuízos provocados pelo delito.

É inegável que o legislador modificou a ideologia aplicada, passando da lógica punitivista estampada pela rigidez da lei penal para o consenso trazido pela composição civil. Esta mudança de paradigma fez com que a vítima ganhasse uma maior importância no âmbito do processo penal, pois até então sua participação se limitava em apenas a ser “vítima”, aquela pessoa que sofreu as consequências do delito ou atingida diretamente pela sua prática. Estava presente no processo com a finalidade de descrever sua versão dos fatos praticados, servir como meio de prova. De acordo com Howard Zehr, “também às vítimas é negado o poder ao longo do processo penal. Suas necessidades são ignoradas e elas ficam de fora do processo, o que aprofunda o senso de vitimização” (2008, p. 54). No entanto, hoje,

para a fixação da pena máxima cominada à infração penal, deverão ser computadas as causas de aumento e de diminuição da pena. Assim, no caso de tentativa, toma-se o máximo da pena cominada e o mínimo resultante da tentativa, atingindo-se, por consequência, a pena máxima prevista para o crime tentado.

sua vontade nas infrações de menor potencial ofensivo pode condicionar ou não a atividade jurisdicional penal.

Além deste instituto, aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo, há a previsão da suspensão condicional do processo aplicada aos crimes de média potencialidade lesiva, que são aqueles cuja pena mínima não ultrapassa um ano. Este instituto está previsto no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, sendo aplicado aos crimes abrangidos ou não por esta lei. Desde logo, convém salientar que a reparação do dano surge como condição primeira da suspensão, prevista no seu inciso I, parágrafo primeiro, do artigo 89. Mais uma vez o legislador lançou seus olhares para a vítima, colocando-a em posição de destaque na relação processual, ao condicionar a aplicação deste instituto à reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Por fim, ainda temos a transação penal, direcionada ao infrator, que é a possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa feita pelo Ministério Público ao autor do fato. Pode ocorrer quando representação do ofendido ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, desde que não seja caso de arquivamento. Amparada pelo princípio da oportunidade ou da discricionariedade regrada, que consiste na faculdade de o órgão acusador dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto.

Previsto no artigo 76, da Lei n.º 9.099/95, traz a possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade ao suposto infrator desde que satisfeitos os requisitos impostos pela lei. Assim, possibilita ao infrator que não enfrente todo um desgaste processual, bem como evita que receba o estigma de condenado ao seu final. Além de se evitar todo o constrangimento do processo e uma eventual pena restritiva de liberdade, há também uma finalidade ressocializadora no instituto, ao prever a aplicação imediata de pena de multa ou restritiva de direitos.

Assim, o modelo consensual trazido pelos Juizados Especiais é inspirado em três princípios fundamentais: “1º) princípio da oportunidade regrada; 2º) princípio da autonomia da vontade; e 3º) princípio da desnecessidade da pena de prisão.” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 511).

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina sintetizam os princípios expostos:

Para se estabelecer o modelo consensual de Justiça Criminal, como se percebe, em primeiro lugar o legislador elegeu a via processual (princípio da oportunidade). Isso significa que para haver consenso ou conciliação urge que o Ministério Público abra mão da via processual clássica, regida pelo princípio da obrigatoriedade. Em segundo lugar, do acusado se espera que abra mão do devido processo penal clássico (contraditório, provas, recursos etc.), em troca de alguns benefícios consideráveis (evitam-se o processo, as cerimônias degradantes, a sentença, o rol dos culpados, a reincidência etc.). Em terceiro lugar, do Estado retirou-se a forma de reação clássica que é a prisão. Cada um dos envolvidos na persecução penal deve abdicar de uma parcela dos seus direitos tradicionais. (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 511).

Dessa forma, é inegável que estamos diante de um novo sistema que privilegiou, inegavelmente, a vítima, sem se esquecer da reabilitação do criminoso por vias alternativas que não a prisão. Com isso, evita-se a estigmatização e segregação que decorrem do processo em si ou de sua condenação.

5.2. CONCEITO MATERIAL DE DELITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Partindo do pressuposto que o sistema penal exerce um papel de instrumento de controle social, tendo como objetivo maior proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, existe ampla convicção de que a legislação criminal, para alcançar a sua meta, deve se submeter a um profundo processo de modernização com inspiração humanitária, para que as condutas e penas previstas sejam aplicadas somente em último caso.

Justifica-se esta necessidade diante do cenário de hipertrofia da legislação penal, com a conseqüente “sacralização” do legislador infraconstitucional ao conceber tipos penais autoritários, em desacordo com os preceitos básicos da Constituição Federal, difundindo a idéia de que a lei é a única fonte suprema do Direito, e solucionadora de todos os conflitos (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 50).

Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal, através do tipo penal, que fixa o âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar condutas.

O tipo penal, na concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 381).

Dessa forma, cabe ao tipo penal tutelar os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, ou seja, descrever quais são as condutas mais perigosas e que visem atingir estes bens de maior relevância.

Assim, quando uma conduta se amolda ao conteúdo descritivo contido no tipo penal ocorre a chamada tipicidade, que, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Contenta-se esse posicionamento, fruto da teoria causal-naturalista e finalista da ação, com a mera antinormatividade formal. Por consequência, toda conduta que realiza o tipo penal é antinormativa, porque conflita com a norma imperativa que impõe determinada conduta.

Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo.

Em outras palavras, violar a norma imperativa não é a mesma coisa que violar a norma de valoração. Para violar a norma imperativa basta realizar, ou não realizar, a conduta descrita. Na falsidade grosseira, por exemplo, o sujeito realiza uma falsidade que a norma imperativa proíbe, mas não viola a norma de valoração, isto é, não atinge o bem jurídico protegido. Por consequência, sem esse resultado (jurídico) não há que se falar em crime, nos termos do artigo 13 do Código Penal.

Hoje é inegável a constitucionalização do direito penal, não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à norma sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988. Assim, tais normas comandam a atividade do legislador penal.

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a *necessária hierarquização* que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de “cabalas”. Tampouco o direito penal pode ficar à mercê de *leis de conveniência*, elaboradas sem qualquer prognose. (STRECK, 2008, p. 89)

Destarte, ganha relevo a análise do conceito de crime à luz da carta constitucional. Assim, não basta a mera adequação típica do fato à norma, mas também se faz mister uma ponderação da violação ou não de aspectos fundamentais.

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser muito próxima, pois a Constituição constitui a primeira manifestação legal da política penal, sendo que dentro de seu âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Neste sentido, não é qualquer descrição típica que será legítima para punir penalmente o autor daquela conduta. Faz-se mister analisar seu conteúdo, ou seja, seu aspecto material, verificando se a penalização daquela violação ao bem jurídico é legítima e necessária.

É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal.

Neste sentido, Marcelo Rodrigues da Silva entende que

é necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados (SILVA, out/dez 2003, p. 159).

De acordo com o autor português Jorge Figueiredo Dias, define bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 2007, p. 114).

Winfried Hassemer, assegura que a concepção de bem jurídico penal deve ter como pressuposto os conceitos próprios de Direito Constitucional, como a proibição de excesso e de insuficiência. Estes conceitos são capazes de harmonizar o Direito Constitucional com a possível ingerência estatal, limitando o seu campo de atuação de forma não cometer abuso ou deixar determinado bem jurídico sem a devida proteção (HASSEMER, 2005, p. 69-70).

Diante destes paradigmas, tendo o legislador realizado a eleição do bem jurídico-penal, podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do direito penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre um bem fundamental da pessoa, qual seja, a liberdade.

Assim, o juízo de tipicidade já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação.

De acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado.

É nestes dois aspectos é que se fundamenta a análise constitucional do conceito de delito, ou seja, no princípio da ofensividade, que é um limitador do direito de punir do Estado, e da análise da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal.

Ao aceitar a existência do conceito constitucional de delito, este provoca, na lição de Luiz Flávio Gomes, pelo menos, quatro repercussões: primeiro, é a vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade; tem o condão de refutar tendências penais exageradas, desproporcionais e demasiado intervencionistas, que pegam a punição diante da mera violação de um dever ou da condição de ser; prega a incompatibilidade das concepções subjetivistas do Direito Penal; e, por fim, a tipicidade material, tendo como requisito explícito ou implícito a ofensa do bem jurídico, na forma de lesão ou de perigo concreto de lesão (GOMES, 2002a, p. 93-95).

Conclui-se que o Direito Penal “nada mais é (ou ao menos deveria ser) que o natural campo normativo de configuração dos princípios, valores e normas constitucionais” (GOMES, 2002a, p. 91). É inegável esta aproximação, fazendo ecoar na construção do novo modelo de tipos penais, que devem sempre buscar fundamentação principiológica no texto constitucional.

5.2.1. A Constituição como diretriz básica do tipo penal.

A Constituição situa-se no ápice do ordenamento jurídico, ocupando o grau máximo na hierarquia das fontes do direito. Tendo em vista esta característica, toda a legislação ordinária deve, obrigatoriamente, se coadunar com os fundamentos político-sociais e institucionais nela esculpido. No tocante a seara penal, a Constituição deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30).

Dessa forma, toda e qualquer norma penal que destoar dos postulados explícitos ou implícitos contidos na carta política do Estado tornam-se ineficazes, em observância ao princípio da supremacia constitucional.

Quanto a supremacia das normas constitucionais, Konrad Hesse afirma que as elas não possuem existência autônoma da realidade que as originaram, dessa forma, os parâmetros normativos que trazem condição de eficácia ao arcabouço penal encontram, antes de tudo, validade nas relações sociais e históricas que antecedem a própria norma constitucional.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 15)

Toda Constituição com fundamento democrático tem como finalidade a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais

transbordamentos do poder estatal. É evidente que não podia descuidar-se de ditar normas no setor das relações penais entre o Estado e o indivíduo, para eliminar o arbítrio tão comum nestas relações de poder.

Segundo Sérgio de Oliveira Médici, é precisamente no setor penal que de forma mais marcante se manifesta o caráter democrático ou antidemocrático de uma Constituição (MÉDICI, 2004, p. 31).

Instituindo o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas normas de natureza penal em seu texto. Merece destaque a constitucionalização de temas já consagrados na legislação penal ordinária, como o princípio da legalidade e da retroatividade benéfica. Ainda, garantiu a individualização da pena e proibiu o banimento, as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e todas as penas cruéis.

Mas não é só. Em diversos incisos do artigo 5º a Constituição proibiu a tortura, o tratamento desumano ou degradante nas prisões; assegurou a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e de dados; proibiu juízo ou tribunal de exceção; vedou a extradição de brasileiro nato, limitando a de brasileiro naturalizado; estabeleceu as garantias do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência; considerou inadmissíveis no processo as provas ilícitas.

Alguns desses princípios político-criminais, segundo Luiz Flávio Gomes, acham-se contemplados expressamente na Constituição Federal brasileira, outros, no entanto, implicitamente. Dentre todos, merece destaque a exclusiva proteção dos bens jurídicos; intervenção mínima; materialização, legalidade e ofensividade do fato; responsabilidade pessoal e subjetiva do agente; culpabilidade; igualdade; proibição de pena indigna; humanidade na cominação, aplicação e execução da pena; e proporcionalidade da pena (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 48). É claro, que estes princípios, bem como os direitos consagrados na Constituição não devem dirigir-se apenas ao momento de inovação legislativa penal, mas também ao intérprete e aplicador da ciência penal.

Com isso, fica clara a posição garantista do texto constitucional ao trazer para seu bojo tais disposições, no entanto, temos também um elevado número de cláusulas penais, ou seja, não são previstos apenas valores, mas há indicação do Direito Penal como tutor de alguns deles, são os chamados mandados

de criminalização⁴⁰, que são imposições do constituinte direcionadas ao legislador infraconstitucional para que determine a proteção de determinados bens ou valores mediante atuação do Direito Penal. Apenas para exemplificar temos a previsão no art. 5º, XLII, que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”; ainda, as previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais (art. 225, §3º) e financeiros (art. 173, §5º).

Diante deste quadro, a hipertrofia do Direito Penal não se deve apenas à atividade criminalizadora do legislador infraconstitucional, senão também à mesma orientação do próprio legislador constituinte.

Deve-se, portanto, corrigir esta hiperinflação legislativa. Luiz Flávio Gomes aponta três vias possíveis, a saber: a) reconhecimento, real e efetivo, da eficácia limitadora dos princípios reitores do *jus puniendi*, por exemplo: intervenção mínima e ofensividade; b) adoção de um amplo processo de descriminalização do Direito Penal; c) um rigoroso controle de constitucionalidade das leis penais (GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 56).

Embora o citado autor entenda como melhor solução a terceira via, ousamos discordar e aplicar como um solucionador eficaz a segunda, em especial, no que tange ao princípio da ofensividade.

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

⁴⁰ Segundo Antonio Carlos da Ponte, a Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo das constituições da Alemanha, Espanha, Itália, França e Comunidade Européia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização. Estes mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. Na Constituição Federal de 1988 encontramos os seguintes exemplos de mandados explícitos de criminalização: artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); artigo 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); artigo 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual da criança ou adolescente); artigo 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). Por fim, há, também, mandados implícitos de criminalização como ocorre com a corrupção eleitoral. (PONTE, 2008, p. 151-166).

5.2.2. Princípio da Ofensividade como limite do *jus puniendi*

Cabe recordar que vivemos sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde há total liberdade de religião, de crença e de culto. Logo, um dos valores mais altos da nossa realidade constitucional é a tolerância. Todo poder emana do povo soberano, que no homem reconhece o valor da dignidade assim como o núcleo de direitos invioláveis.

Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem a busca da justiça como valor principal, é evidente que o Direito Penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero “objeto” de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência.

O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em consequência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado, ou seja, sem afetação de bens jurídicos de terceiros pessoas.

Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável implica, sem dúvida, repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários, do tipo opressivo, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já, historicamente, vitimizam tantos inocentes.

Significa, ademais, privilegiar um sistema penal de cunho personalista, que vem da tradição do Iluminismo, centrado especialmente nas liberdades individuais e no princípio moral do respeito à pessoa humana, e que seja expressão de um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e dos direitos fundamentais, enquanto instrumento ao serviço da pessoa humana e não o inverso.

O Direito Penal inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância com a concepção de que a pena deve ser a necessária e a mínima das possíveis e se justifica para a prevenção de novos delitos.

Destarte, infere-se que a tipicidade passa a contar com um novo requisito, que é justamente o da ofensa ao bem jurídico, o resultado jurídico passa a compor a estrutura do fato típico. Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resume a uma constatação puramente formalista ou literal. Para além desse nível meramente subsuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma de valoração, vem a ser concretamente afetado ou por uma lesão ou por um perigo concreto de lesão.

Assim, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade). (GOMES, 2002a, p. 89)

Seguindo esta linha de pensamento, há de se concluir que somente os ataques intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis a convivência social é que devem ser incriminados.

Como bem ressaltou Zaffaroni,

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional. (ZAFFARONI, 1973, p. 226)

Dessa forma, podemos concluir que o conceito de delito como ofensa ao bem jurídico deve ser proclamado como um conceito com dimensão constitucional, apesar da inexistência de um texto normativo explícito *ad hoc*.

É este entendimento, comprometido com a dignidade da pessoa humana e com o reconhecimento dos direitos fundamentais, que se coaduna com o

modelo de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988. Não se pode conceber a tutela da liberdade, tão amplamente exaltada, se é permitida a descrição de qualquer conduta como tipo penal.

Neste particular, Fábio Roberto D'Avila também defende o assento constitucional da ofensividade, que pode tanto estar presente no campo exclusivamente principiológico, “como no âmbito das denominadas normas constitucionais de ‘caráter duplo’ (*Doppelcharakter*), entre as quais, v.g., a própria norma constitucional da liberdade” (D’AVILA, 2008, p. 130).

Se toda descrição típica resulta em uma limitação da liberdade de agir, a tipificação passa a ser uma ponderação de valores, ou seja, a coletividade cede parte de sua liberdade de ação ou omissão ao Estado em contrapartida de uma proteção de certo bem jurídico. É claro que a restrição da liberdade deve ocorrer a fim de se tutelar bens jurídicos essenciais ao bem-estar social, não sendo legítima quando houver desrespeito ao direito fundamental da liberdade.

De fato, no mesmo instante em que se prega a liberdade não se pode permitir a criação de figuras penais que visem a criminalização irrestrita. Deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade de elevação daquela conduta à categoria de tipo penal com a restrição da liberdade imposta, tudo pautado no princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade (DIAS, 2007, p. 128).

Assim, o mero dogma causal não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Não se compraz, ademais, com os postulados fundamentais do Estado igualitário, fraterno e pluralista, comprometido com a manutenção da vida, da liberdade e da justiça.

O fato, doravante, passa a ser punível quando, além de sua adequação formal à letra da lei, a ele se agrega o *plus* da ofensividade, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. Por força do princípio da ofensividade, a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada cause uma grave, e intolerável, ofensa ao bem jurídico contemplado pela norma.

A construção de um sistema penal constitucionalmente orientado, em conseqüência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. E se considerando que o bem jurídico integra a tipicidade, passa-se o delito a ser concebido como fato ofensivo típico.

Dessa forma, entendemos que o axioma *nullum crimen sine iniuria* encontra ressonância constitucional e legal, isto é, encontra eco tanto nos modernos modelos de Estado, que se caracterizam por ser constitucionais e democráticos de direito, como nos códigos e leis penais.

No Brasil, o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional, ao menos na forma implícita, bem como na legislação penal, conforme o artigo 13 do Código Penal, que aduz não existir crime sem resultado. Sendo que, o resultado exigido é o jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão.

O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita, pois, segundo a perspectiva do Direito Penal da Ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa ao bem jurídico.

Por conseguinte, o delito não se fundamenta exclusivamente na ação, senão, sobretudo, no resultado, em sentido jurídico, não naturalístico. E se a ação lesiva é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia” (GOMES, 2002a, p. 15).

O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita. Segundo a perspectiva do Direito penal da ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. O delito não se fundamenta, por conseguinte, exclusivamente na ação, senão sobretudo no *resultado* (em sentido jurídico, não naturalístico). E se a ação lesiva (concretamente ofensiva) é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a ordem jurídica, que se esgota na ação. Para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia. (GOMES, 2002a, p. 86).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina

formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

Nas palavras de Fábio Roberto D'Avila:

Através da ofensividade torna-se possível não apenas reconhecer a existência de infrações que são insuscetíveis de serem recepcionadas, de forma válida, nos quadros das normas penais – exercendo, assim, uma função de orientação legislativa –, como reivindicar, em incriminações já existentes, uma hermenêutica atenta à sua condição de pressuposto constitucional de legitimidade. (D'AVILA, 2008, p. 134)

É certo que o princípio da ofensividade em sua máxima expressão garantista e material, até o momento, não vem encontrando ressonância efetiva em todas as incriminações existentes no sistema jurídico e tampouco foi reconhecido explicitamente nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais, não menos verdade é que, como princípio de garantia, com claro sentido político e limitador, conta com força suficiente, nas palavras de Luiz Flávio Gomes

para constituir um “ponto de ruptura” no *circulus vitiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está legitimado a sacrificar a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância pessoal indiscutível. (GOMES, 2002a, p. 14)

Destarte, um sistema concebido nos termos expostos representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

5.2.3. Enfoque do conceito material do delito à luz do princípio da ofensividade

O delito, do ponto de vista puramente conceitual ou formal, é a conduta que o legislador, depois de selecioná-la e descrevê-la em uma lei, impõe como sanção uma pena ou uma medida de segurança. Dentre um infindável número de condutas ilícitas, o legislador elege algumas para terem o *status* de delito. O que se discute são os critérios adotados para esta seleção.

Nesse plano puramente formal, o legislador conta com grande discricionariedade na eleição do ilícito penal, pois não há qualquer conceito pré-jurídico de delito ou imanente ao fato, que determine ou balize esse poder discricionário do legislador.

A evolução do direito penal e o reconhecimento dos direitos fundamentais como o eixo do moderno Estado de Direito impõem-se restrições formais e substanciais a esse poder de criminalização, que hoje deve estar regido por critérios de merecimento e necessidade da pena.

Dessa forma, não se pode conceber o delito como apenas uma descrição formal da conduta, alheio a qualquer caráter valorativo ou finalista. Tendo o Direito Penal como principal característica a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é imperiosa que esta proteção se dê através de incriminação de condutas que efetivamente apresentem uma potencialidade de dano ou um perigo concreto de lesão a tais bens.

Para tanto, deve-se refutar o dogma causal, pois não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Faz-se necessário que o enquadramento típico se dê nos moldes de uma das concepções materiais de delito, dentre as quais a que encontra maior ressonância constitucional e mais adequada a finalidade do Estado democraticamente consagrado é a que considera o delito como uma ofensa intolerável a um bem jurídico.

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando

recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves, devido ao princípio da fragmentariedade.

Assim, somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. Conseqüentemente, o conceito de delito como ofensa a um bem jurídico deve ser proclamado como um conceito de dimensão constitucional, embora não haja um texto normativo expresso neste sentido.

Neste (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. (STRECK, 2008, p. 90).

Não há dúvidas que as disposições constitucionais, quando asseguram ao legislador o direito de regular o *jus puniendi*, quase nada indicam de modo expresso a respeito do conteúdo da conduta punível, que é o núcleo do conceito material do delito. Por conseguinte, o papel de limite material não pode ser cumprido só com o princípio da legalidade se se admite que o legislador ordinário conta com esparsas restrições conceituais vinculantes no que se refere ao delito e à pena.

A função garantista ou segurança do princípio da legalidade se reduz a quase nada ou se aniquila quando se autoriza catalogar como delito qualquer espécie de conduta ou de pena, sem qualquer conteúdo valorativo.

A fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseqüência, para além da constatação da legalidade do delito não pode jamais significar uma atividade vazia e arbitrária. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Fábio Roberto D'Avila afirma que "a exigência de ofensividade é uma imposição constitucional de legitimidade", sendo necessários dois níveis de

avaliação para se aceitar a descrição típica no âmbito penal. O primeiro nível seria verificado a existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção da norma, já no segundo nível é a constatação da ofensividade da conduta incidente no bem jurídico protegido (D'ÁVILA, 2008, p. 131).

Para a ocorrência de um delito não basta o reconhecimento de um bem jurídico como objeto de tutela do Direito Penal, faz-se mister que esse bem jurídico tenha sofrido, no caso concreto, uma lesão ou um perigo concreto de lesão.

Nestes termos, o conceito constitucional de delito traz algumas repercussões no âmbito da política-criminal, na teoria do delito, bem como na teoria da pena, entre as quais podemos citar, de modo principal, a vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade.

Assim, o legislador não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo, ou seja, à vontade do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros.

Já os intérpretes e os aplicadores da lei penal têm a tarefa de interpretar todos os tipos penais como ofensivos, assim, dentre todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa a bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.

Ainda, temos que a adoção do conceito material de delito fundado no princípio da ofensividade refuta tendências penais exageradas, desproporcionalmente intervencionistas, que buscam configurar o delito não segundo um modelo marcadamente garantista, senão como mera violação de um dever ou de uma norma ou, mais grave ainda, como simples conduta.

A tipicidade penal, portanto, deve ser compreendida em sentido material e garantista e dele fazendo parte, como requisito explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico, seja na forma de lesão ou de perigo concreto. Assim, o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.

Dessa forma, para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização de uma vontade criminosa, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um *plus*, que precisamente a ofensa, como bem ressaltou, anteriormente citado, Zaffaroni que diz “não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional” (ZAFFARONI, 1973, p. 226).

Nas palavras de Carnelutti,

A tarefa do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato: um homem foi ou não foi assassinado, uma mulher foi ou não foi violentada, um documento foi ou não foi falsificado, uma jóia foi ou não foi levada embora? (CARNELUTTI, 1995, p. 43)

É evidente que a função primeira do processo penal é reconstruir a história. Fazer com que os fatos sejam reproduzidos para que o julgador possa aplicar o Direito Penal, condenado ou inocentando o acusado. Mas não é só. Ao aplicar, ou seja, realizar a adequação do fato historicamente reproduzido no processo à norma penal vigente deve o magistrado, bem como todo aplicador do direito, ter como norte um conceito de delito baseado em preceitos fundamentais previstos no Constituição Federal.

O conceito material de delito, baseado no princípio da ofensividade, representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição, mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

Como bem lembrou Jorge de Figueiredo Dias, que a “autonomização do conceito material face ao conceito formal de crime constitui uma necessidade desde os tempos de Beccaria e do seu fundamental *Dei delitti e delle pene* (1764)” (DIAS, 2007, p. 107).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

No Direito Penal regido pelo dogma da ofensividade não basta comprovar a idoneidade lesiva da conduta. Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado, sem essa comprovação não há de se falar em delito, sob pena de punição da simples conduta praticada.

Por fim, há algumas hipóteses que ilustram a aplicabilidade do princípio da ofensividade, *v.g.*, o porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, cuja munição não esteja prontamente acessível, que não foi considerado crime pelo Supremo Tribunal Federal pela ausência de uma ofensa ao objeto jurídico de proteção da norma no RHC 81.057⁴¹.

Da mesma forma, temos o parágrafo único do artigo 304 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), segundo o qual a punição por omissão de socorro deve se impor mesmo quando a vítima sofra morte instantânea. Aqui, o objeto de

⁴¹ EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica.

proteção da norma é a vida, consubstanciada na saúde e integridade física das pessoas. Ao se exigir que preste socorro àquela vítima que sofrera morte instantânea o legislador impõe um apenas dever de solidariedade. Neste sentido, não há como reconhecer ofensividade na conduta daquele que não presta socorro a vítima instantaneamente morta.

Neste contexto, o mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade consiste em permitir excluir do âmbito punível as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.

Em outras palavras, sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade entendida em sentido material, isto é, um conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo legal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico. “É, pois, a ofensa a um bem jurídico-penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, no qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade” (D’AVILA, 2008, p. 131).

5.3. DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e faz com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). (STRECK, 1999, p. 115).

No mesmo sentido, Santiago Mir Puig afirma que o Direito é uma construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos, tendo idêntica função o Direito Penal. Assim, inseridos na formatação de um Estado Social e Democrático de Direito, como consagrado pela Constituição, o Direito Penal deve ter a função de prevenção limitada dos delitos, entendida como as ações danosas para os interesses diretos e indiretos dos cidadãos (MIR PUIG, 2007, p. 212).

Ao analisarmos os movimentos penais no terceiro capítulo deste trabalho nos preocupamos em cada um deles apontar exemplos da legislação pátria. Tal desiderato não foi ao acaso. Verificamos em cada movimento encontrávamos exemplos na legislação penal vigente para ilustrá-lo, dessa forma, podemos concluir que o sistema penal brasileiro não possui uma linha ideológica clara e que não passa de um retalho das diversas ideologias existentes.

Assim, o sistema penal flutua do abolicionismo ao direito penal máximo, com passagens pelo garantismo, direito penal do inimigo e minimalismo. Ao mesmo tempo em que aponta para um recrudescimento de determinadas situações também prevê abolição de determinadas reprimendas para algumas condutas.

Com isso, somos levados a refletir até que ponto esta miscelânea de pensamentos na área penal é boa ou ruim para a legitimação do sistema.

Em virtude das infundáveis formas de atuação humana na ofensa de bens jurídicos podemos concluir que este compêndio de ideologias é o que melhor leva a uma legitimação do sistema penal. No entanto, faz-se necessários alguns apontamentos acerca de como as diversas formas de pensar o Direito Penal podem conviver de forma harmônica e sistêmica, respeitando os anseios da Constituição Federal.

É certo que, alguns crimes merecem uma reprimenda mais enérgica em virtude da conduta praticada e pela potencialidade da ofensa provocada ao bem jurídico tutelado. Na medida em que outras condutas que lesam em menor grau determinados bens jurídicos devem receber uma resposta proporcional ao dano praticado, mas aquelas que ofenderam de forma ínfima ou que os danos são inexistentes o Direito Penal não deveria se preocupar.

No plano teórico fica fácil esta compreensão, ou seja, condutas mais graves mereceriam punições mais severas, ao passo que, as menos graves teriam punições mais brandas ou nem punição haveria em determinados casos. Mas é precisamente neste ponto em que começam os questionamentos e os indicativos de distorções no campo da prática: o que é uma conduta grave? O que seria um bem jurídico de alta importância para a sociedade? Além dessas indagações, surge outro problema: como harmonizar, em um mesmo sistema, punições mais severas para as situações mais graves e reprimendas mais brandas ou, até mesmo, não atuação do sistema penal para outras condutas?

As respostas a estas inquietações podem levar a uma aplicação esbarrada e justa do sistema penal, mas também podem levar a um sistema excludente, discriminatório e simbólico.

Da forma como o atual sistema está estruturado e aplicado não restam dúvidas, como apresentado acima (em especial no item 1.3), que possui características que tendem à exclusão social através de uma aplicação direcionada de suas normas a determinadas camadas da sociedade ao mesmo tempo em que determinadas formas de criminalidade não chegam, em grande parte, a serem investigadas e, menos ainda, punidas.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que

se a função do direito penal é em último termo, como se tem acentuado, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, então tudo dependerá daquilo que em cada momento se revela como *fundamental* a este propósito e a esta luz (DIAS, 2007, p. 121-122).

A fundamentalidade ou não de determinado bem jurídico definirá a sua proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, é a Constituição que deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30). Assim, o legislador infraconstitucional ao realizar o

seu mister de tipificar determinadas condutas deve buscar suporte axiológico para eleição dos bens jurídicos a serem protegidos na Constituição, pois é a fonte dos anseios mais importantes para a sociedade.

A própria Constituição Federal nos dá a idéia da importância de cada bem jurídico ao proporcionar-lhes um tratamento diferenciado em seu texto. A vida, por exemplo, é o bem máximo a ser protegido, sendo proibida a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, inciso XIX, da Constituição. A propriedade também possui proteção constitucional, mas há inúmeras situações que tal direito pode ser relativizado, como na desapropriação por interesse do Estado, expropriação na hipótese de plantio de entorpecentes, quando não está atendendo a sua função social e requisição em caso de iminente perigo público. Assim, percebe-se uma gradação de proteção feita pelo constituinte, que deve ser seguida pelo legislador infraconstitucional ao impor as respectivas penas aos diversos bens jurídicos, tudo pautado pelo princípio constitucional da proporcionalidade. De acordo com os exemplos acima, a pena para a violação da vida deve, necessariamente, ser maior a que é imposta para a violação do patrimônio⁴².

Jorge de Figueiredo Dias aponta conseqüências importantes “da concepção que vê na tutela de bens jurídico-penais a específica função do direito penal e assim o elemento constitutivo mais relevante do conceito material de crime” (DIAS, 2007, p. 123). Neste ponto, há de se fazer uma reflexão. Defendemos que os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal devem encontrar suporte na Constituição Federal, mas ainda sim estes bens, na medida em que se tornem objetos de proteção da norma penal, devem passar por uma concreta verificação de ofensividade. Não basta a simples previsão em abstrato coadunada com a carta

⁴² Lenio Luiz Streck aponta as incongruências da legislação penal no tocante a importância dos bens jurídicos: “a partir da simples leitura da Parte Especial do Código Penal já se deduz, de plano, a preferência do legislador na penalização dos crimes patrimoniais quando em comparação com os crimes praticados contra a pessoa. Veja-se, exemplificativamente, que ao crime de homicídio simples é cominada uma pena mínima abstrata inferior à estabelecida para o crime de roubo qualificado pela lesão corporal grave. Ainda, ao crime de homicídio qualificado é cominada pena muito inferior à relativa ao crime de roubo qualificado pelo resultado morte: neste a pena abstrata varia de 20 a 30 anos de reclusão; naquele de 12 a 30 anos. *Ou seja, à ‘qualificadora de subtração de coisa alheia móvel’ no crime de homicídio (ou, se assim se quiser, homicídio praticado com o motivo de obtenção de vantagem patrimonial), comina-se uma pena abstrata no mínimo 08 anos mais grave do que a pena prevista à prática de homicídio qualificada por qualquer circunstância qualificadora prevista (mediante paga ou promessa de recompensa, com emprego de tortura ou qualquer outro meio cruel, v.g.) no artigo 121, §2º, do Código Penal.* (STRECK, 2008, p. 74).

política brasileira, fazendo-se necessário uma avaliação concreta no momento de sua violação a fim de confirmar a realização ou não da conduta típica.

Ultrapassada a fase de verificação dos bens jurídicos e sua violação, deve-se analisar a necessidade daquela conduta sofrer sanção. De acordo com o Código Penal, em seu artigo 59, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime. Do exposto, a legislação entende que “deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais” (GRECO, 2008, p. 145).

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça geral da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva e intimidatória, sobretudo se castiga a quem “merece”. (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

A natureza da sanção penal é dúplice, ou seja, deve reprimir o mal causado e também prevenir que outros aconteçam através da sua função intimidatória. No entanto, a sociedade visualiza apenas a sua natureza retributiva, a punição imposta ao criminoso pela mão de ferro do Estado através da privação da liberdade. Inúmeras vezes nos deparamos com entrevistas à populares em programas televisivos em que o clamor pela prisão é a única fala que surge da massa. Cria-se a falácia de que a pena privativa de liberdade é a única possibilidade de se “fazer justiça” aos olhos da população.

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão-somente fazer com que a pena tenha essa finalidade, pois tende a fazer com que ela uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2008, p. 146).

O legislador, bem como o aplicador do direito, deve adotar uma posição equilibrada de Direito Penal, deixando de lado todas as hipóteses de encarceramento que não fossem extremamente necessárias e suficientes para a

manutenção da sociedade. É inegável a influência da mídia na formação desta consciência de “pagar o mal com o mal”.

Desgarrando-se de suas bases estruturais econômicas, o *credo* criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo, das menores notas ao obituário, abrangendo inclusive publicações que se pretendem progressistas. Este discurso aspira a uma hegemonia, principalmente sobre o discurso acadêmico, na direção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais. Este discurso habilita as agências de comunicação social a pautar agências executivas do sistema penal, e mesmo a operar como elas (executivização), disputando, com vantagem, a seletividade com tais agências. A natureza real desse contubérnio é uma espécie de privatização parcial do poder punitivo, deslançado com muito maior temibilidade por uma manchete que por uma portaria instauradora de inquérito policial. (BATISTA, *on-line*).

A influência da mídia fomenta a ideologia do Direito Penal Máximo no seio da sociedade, provocando uma pressão popular pelo recrudescimento das penas e a busca de uma espécie de vingança através do sistema penal. No entanto, esta inclinação social deve ser blindada pelo legislador, que deve ter o discernimento necessário para eleger apenas as condutas mais relevantes e indispensáveis a vida em comunidade para serem objetos de proteção do direito penal, da mesma forma que deve prever a estas mesmas condutas sanções proporcionais ao dano provocado. Mesmo entendimento deve ocorrer no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto, como defendemos, o julgador também deve fazer a análise do seu conceito material de crime, bem como a concreta afetação do bem jurídico pela conduta praticada para só depois decidir pela necessidade e adequação da pena a ser imposta.

Coadunando com este pensamento, Jorge de Figueiredo Dias afirma que

Se, na concepção teleológico-funcional e racional que vimos ensaiando, não pode haver criminalização onde se não divise o propósito da tutela de um bem jurídico-penal, já a asserção inversa não se revela exacta: a asserção, isto é, segundo a qual sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal aí deve ter lugar a intervenção correspondente. O que significa, no fim, que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; [...] (DIAS, 2007, p. 127).

Do exposto, conclui-se que a interferência do Sistema Penal deve ocorrer nos limites da necessidade, ou seja, a *ultima ratio*. Aplicado apenas quando todos os demais ramos do Direito falharem na proteção do bem jurídico.

No entanto, quando for chamado a atuar em face de determinadas condutas o seu agir será pautado pela proporcionalidade e razoabilidade na intervenção. Buscará sempre que possível modos de punições alternativas que não as privativas de liberdade ao infrator, deixando esta modalidade de pena àquelas condutas mais graves e que necessitem de tal forma de repressão.

Mesmo quando da aplicação da pena privativa de liberdade, esta deve buscar sempre a ressocialização do condenado a fim de propiciar condições para sua integração social. Assim, para que a pena possa cumprir o seu caráter disciplinador Foucault aponta a necessidade de adoção de sete princípios fundamentais:

1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo [...] (**Princípio da correção**); 2) Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação. [...] (**Princípio da classificação**); 3) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualização dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas. [...] (**Princípio da modulação das penas**); 4) O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. [...] (**Princípio do trabalho como obrigação e como direito**); 5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento. [...] (**Princípio da educação penitenciária**); 6) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos. [...] (**Princípio do controle técnico da detenção**); 7) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. [...] (**Princípio das instituições anexas**). (FOUCAULT, 2000, p. 224-225). (grifos no original)

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e naquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional. “Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser

direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões” (STRECK, 2008, p. 91). Além disso, deve inspirar todo o sistema penal, desde a eleição do bem jurídico que irá ser objeto de proteção, bem como as bases processuais de investigação e julgamento, e, por fim, as formas de execução da condenação por ventura imposta.

Neste ponto, Roxin parte da idéia de que os dados da vida são o ponto de partida das estruturas jurídicas, que tem como base todo o arcabouço principiológico. Traz como consequência que a idéia normativa poderá receber diversos contornos dependendo do dado da vida a que se aplicará. Assim,

todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos políticos-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução dos problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à “matéria jurídica”, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. (ROXIN, 2006, p. 61).

Assim, os princípios trazidos pela Constituição e aplicados ao Direito Penal devem ser condicionados à realidade posta, pois as mutações ocorridas na sociedade fazem com que a interpretação dos princípios, seu alcance e formas de atuação também o sejam. Tudo para solucionar os problemas da dogmática penal.

No entanto, devemos lembrar que a própria Constituição determina uma punição diferenciada e mais severa em determinados casos, como a disposição impositiva da criação de lei restritiva de direitos do acusado em relação a determinados crimes, prevista no artigo 5º, inciso XLIII⁴³. Este dispositivo provocou a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) e suas alterações, bem como equiparando a esta categoria os crimes de tráfico de drogas, tortura e terrorismo.

Aqui, o constituinte erigiu o critério da necessidade de uma maior repressão nos casos apontados. Isso o fez colocar de forma expressa no texto constitucional a imposição jurídico-constitucional de criminalização. Segundo Jorge de Figueiredo Dias

onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos

⁴³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIII: “a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (DIAS, 2006, p. 129).

Porém, não pode o constituinte criminalizar de forma desarrazoada outras condutas que não encontrem amparo em um valor jurídico-constitucional. Diante da necessidade de tipificação, as mesmas devem ser pautadas pelo critério da proporcionalidade em sentido amplo.

Com isso, verificamos que a Constituição traz uma série de garantias e restrições quanto a atividade de tipificar condutas ao mesmo tempo em que impõe a criminalização diferenciada para crimes hediondos e equiparados. Verifica-se que a miscelânea de ideologias na área penal é encontrada inclusive na Constituição Federal, que traz inúmeros preceitos garantistas ao lado de uma disposição de Direito Penal Máximo.

Por fim, reportamos a passagem do constitucionalista Luís Roberto Barroso que aponta para a necessidade da constitucionalização do direito.

Vivemos uma época *pós-tudo*. Pós Marx, pós Freud, pós Kelsen. Alguns de nossos melhores sonhos de juventude não se realizaram. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria. Não soubemos criar ainda um tempo da fraternidade e da delicadeza. Não há sequer uma boa utopia à disposição. Neste cenário se coloca o direito constitucional e a consequente constitucionalização do direito. A Constituição como um modo de olhar e de desejar o mundo, em busca das promessas de dignidade humana, poder limitado, direitos fundamentais, tolerância e, quem sabe, até felicidade. (BARROSO, 2005, p 517).

Claus Roxin defende que “uma política criminal que deseje fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos” (ROXIN, 2006, p. 67). Neste passo, o constituinte brasileiro reconhecer a importância dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos ao dar status constitucional nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Conclui-se, dessa forma, que as diversas formas de pensar o Direito Penal podem conviver de forma harmônica e sistêmica, respeitando os anseios da

Constituição Federal, pois é certo que, alguns crimes merecem uma reprimenda mais enérgica em virtude da conduta praticada e pela potencialidade da ofensa provocada ao bem jurídico tutelado. Na medida em que outras condutas que lesam em menor grau determinados bens jurídicos devem receber uma resposta proporcional ao dano praticado, mas aquelas que ofenderam de forma ínfima ou que os danos são inexistentes o Direito Penal não deveria se preocupar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, verificamos que os discursos radicais perdem a sua legitimidade pelos seus próprios fundamentos. Os movimentos ideológicos que movimentam o Direito Penal possuem dois extremos: a corrente abolicionista, que busca a sua eliminação completa, de outro lado o movimento Lei e Ordem, postulado de um Direito Penal Máximo, pregando uma intervenção total da lei penal na sociedade.

Os discursos abolicionistas não reconhecem justificção alguma ao Direito Penal e propugnam pela sua eliminação. Fundamentam que a crueldade do Sistema Penal, a sua natureza seletiva, simbólica e estigmatizante, aliada a falência dos objetivos buscados na aplicação da pena, ofendem sobremaneira a dignidade da pessoa humana fazendo com que seus defensores postulem pela possibilidade dos cidadãos resolverem por meio dos outros ramos do Direito, a exemplo do direito administrativo, civil, dentre outros, os seus conflitos individuais, sem qualquer forma de controle repressivo do delito por parte do Estado, deixando a tutela de tais bens para os controles informais existentes na sociedade.

Já os adeptos do Direito Penal Máximo incorrem no erro de que punindo toda e qualquer conduta irão atingir a meta de impedir ofensas a bens jurídicos. Elegem o Sistema Penal, através de um rigor no tratamento indistinto de todas as infrações, sejam elas de diminutas ou máximas ofensividade, como salvador de todos onde os males da sociedade. O discurso equivocado, originado da mudança de Estado Social em um Estado Penal, aponta o Direito Penal como a solução dos problemas sociais através do temor da pena quando, na verdade, acabar por provocá-los.

Defendemos neste trabalho a busca de um ponto comum entre as duas ideologias extremadas, um ponto de equilíbrio, onde possa repousar uma ciência penal humana e justa, que busca resolver os conflitos sociais, protegendo os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Para tanto, o Direito Penal deve ter sempre como norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que só deve intervir na liberdade do

cidadão nas hipóteses estritamente necessárias, pois, do contrário, a ofensa a liberdade sem esse limite importaria em deslegitimação do sistema penal.

Reconhecendo a necessidade de um Direito Penal Constitucional é imperioso apontar como vetor principiológico a dignidade da pessoa humana, que irá irradiar seus fundamentos a todos os demais princípios, como a intervenção mínima, lesividade, adequação social, ofensividade, individualização da pena, proporcionalidade, insignificância e culpabilidade. Assim, os princípios deverão ser obedecidos tanto no momento da criação da norma penal quanto da sua efetiva aplicação.

É certo que os princípios deverão nortear o legislador na eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal, bem com a forma do processamento do fato praticado e a pena ao final imposta. No entanto, quando todo este arcabouço principiológico não tocar o mister legislativo imporá ao Poder Judiciário o exercício de resguardá-lo a fim de que a Constituição seja protegida e que o Direito Penal não seja transformado em um substituto do Estado Social, nem em promotor da exclusão social e estigmatização das classes mais débeis da sociedade.

Não defendemos o afastamento por completo do Direito Penal na solução dos conflitos, pois estes existem e colocam em risco a convivência harmônica da sociedade. A idéia é evitar uma aplicação desnecessária do Sistema Penal.

Assim, o Direito Penal deve ser encarado como a *ultima ratio*. Sempre! A sua utilização deve se pautar pelo critério da imprescindibilidade, somente quando os demais controles informais ou formais falharem na pacificação social é que devemos nos socorrer de sua força.

Infelizmente verificamos que a utilização descriteriosa fez com que, hoje, se tornasse uma fonte de exclusão e estigmatização, que corrompe o condenado ao invés de ressocilizá-lo, que dificulta a sua reinserção no corpo social e que deixa seqüelas naqueles que passaram por seus corredores.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que há uma solução para o Sistema Penal atual: que é a sua aproximação com os ditames da Constituição Federal, transformando-o em “Direito Penal Constitucional”.

Com isso, evita-se a sacralização do Direito Penal e muda-se o enfoque do tratamento de diversas condutas, pois há uma tendência em se imaginar a pena como a única forma de solução dos males que atacam a sociedade. Assim, a

inflação legislativa é uma realidade, sendo que a cada dia surgem novos tipos penais proibindo ou impondo novas condutas sob a ameaça de sanção penal. Além das novas formas de intimidação ainda subsistem as antigas, cuja existência não mais se justifica, mas ainda permanecem na legislação penal esperando para que possam ser aplicados diante de algum deslize praticado.

Neste ponto, a legislação penal brasileira merece uma revisão profunda a fim de que os tipos penais que não mais se coadunam com a realidade sejam extirpados do ordenamento. Não sendo possível pela via legislativa, através da revogação dos tipos penais, que o seja pela atividade do aplicador do direito, fazendo este diálogo entre as fontes do Direito Penal e a Constituição, para a adoção de um sistema garantista.

Esta mudança de paradigma é imperiosa para que a dignidade da pessoa humana seja elevada a princípio norteador do Direito Penal, para que este atue nos limites da necessidade e de forma menos excludente possível, relegando aos outros ramos do Direito a resolução dos conflitos sociais de somenos importância.

Antes mesmo de buscar um Direito Penal compatibilizado com a Constituição Federal, dever-se-ia efetivar um Estado Social, com a concretização de políticas públicas para o desenvolvimento humano e social. Construir uma sociedade igualitária é o primeiro passo para se evitar a crueldade do sistema penal, pois estamos diante de uma fórmula simples: quanto maior a efetivação de bem estar social, oportunidades iguais e justiça social, menor é a presença do Estado Penal na vida dos cidadãos, no entanto, alterando-se os vetores dessa fórmula, a ausência do Estado Social faz com que o Direito Penal aponte como solução das questões sociais.

Utópico é não necessitar da atuação do Direito Penal, mas diante da falência do Estado na efetivação de políticas públicas, deve-se pugnar pela aplicação de um Direito Penal baseado nas disposições constitucionais a fim de que não se torne mais um elemento de exclusão social e de segregação dos indivíduos em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ALMEIDA, Angela Maria de Oliveira et. al. *Violência, exclusão social e desenvolvimento humano: estudos em representações sociais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.
- _____. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional - tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- _____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BETANCOURT, Eduardo López. *Introducción al derecho penal*. Decimotercera edición. Corregida y aumentada. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2007.
- BERISTIAN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maia Neto. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2000.
- BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 30 abril-junho de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOVINO, Alberto. *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*. in MAIER, Julio B. J. (org). *De los delitos y de las víctimas*. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- BRASIL. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça*. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em: 30 de junho de 2009.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BROLL, Rafael Arruda. *Controle social estatal: prisão, cifra negra e seletividade*. in *Revista transdisciplinar de ciências penitenciárias*. Vol. 3, n.º 1, jan-dez 2004. Pelotas: EDUCAT, 2004.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34/EDUSP, 2000.
- CALON, Eugenio Cuello. *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Barcelona: Bosch, 1974.
- CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas/SP: Conan, 1995.
- CARVALHO, Amilton Buendo de. *Magistratura e direito alternativo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- CASTRO, Matheus Felipe. *A criminologia da luta de classes*. in *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Ano 11. números 15/16. 1º e 2º semestre de 2007. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia*. 4 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior. *Seletividade da norma penal*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Vol. 8. Ano VIII, n. 43, abril-maio 2007. Porto Alegre: IOB, 2007.
- COUTO NETO, Silvio. *O movimento de “lei e ordem” e a iniquidade do controle social pelo sistema penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- D’AVILA, Fábio Roberto. *Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença*. in *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processo Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67 julho-agosto de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. 2ª ed. rev. Campinas: Autores Associados, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estudo e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Terra e Paz, 1999.

DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação: superação analética da dialética hegeliana*. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 31 julho-setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23ª ed. trad.: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. tradução: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Coleção Pensamento Criminológico. v. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

_____. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do direito penal. in FÖPPEL, Gamil.(coord.) *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. trad.: Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. trad.: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. in David Baigún et al. *Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal.* in Revista Penal. n. 11. Barcelona: La Ley, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JAKOBS. Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal.* Tradução de André Luiz Gallegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Atuar e omitir em direito penal.* São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal.* trad.: Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manoele, 2003a.

_____. *Teoria e prática da intervenção.* trad.: Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manoele, 2003b.

JAKOBS. Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal no inimigo: noções e críticas.* org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio Evanvelista. *Imputação Objetiva.* São Paulo: Saraiva, 2000a.

_____. *Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000b.

KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito.* org. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito.* Coleção primeiros passos. n. 62. São Paulo: Brasiliense, 1999.

_____. *Criminologia dialética.* Editor Borsoi, 1972.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade.* São Paulo: Paulus, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo em Derecho penal*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64 janeiro-fevereiro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAIS, Paulo César de Campos. *Concepções teóricas de Talcott Parsons e Jürgen Habermas sobre a inclusão social*. in Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais. org. André-Jean Arnaud. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. *Curso de criminologia*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PACHECO JUNIOR, Natália. *Crime? Depende do autor – Uma análise do labeling approach ou “rotulacionismo”*. Anais Digitalizados do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/natalia_pacheco_junior-1.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2009.

PASSETI, Edson. *Anarquismos e sociedade de controle*. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. *Abolicionismo penal: um saber interessado*. in *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

POCHMANN, Marcio et al. *Atlas da exclusão social no Brasil, volume 2: dinâmica e manifestação territorial*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. SANTOS, Rogério Dutra dos. *Por que estudar criminologia hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional*. in O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas na formação jurídica. org. Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragale Filho. Campinas, SP: Millennium, 2007.

REYES ALVARADO, Yesid. *Normativismo y derecho penal del enemigo*. in CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Edisofer, 2006.

RUSCHE, George. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. trad.: Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1989.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

_____. *Estudos de direito penal*. trad.: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed. 1ª reimpr. trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Política criminal e bem jurídico penal*. in Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI /Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 9 (julho-dezembro). Jacarezinho/PR, 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 73 julho-agosto de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Karine de Souza. *Globalização e exclusão social*. 1ª ed. (ano 2000) 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM. Ano 11. n. 45. Editora Revista dos Tribunais: Outubro/Dezembro de 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOER, Stephen R., MAGALHÃES, Antonio M. e RODRIGUES, David. *Os lugares da exclusão social: um dispositivo de diferenciação pedagógica*. São Paulo: Cortez, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos"*. in Revista de Estudos Criminais. n.º 31, out-dez 2008. Porto Alegre: Notadez, 2008.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Teoria del Delito*. Buenos Aires: Ediar: 1973.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Apêndice – Relatório do INFOPEN

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%
			Masculino	Feminino	Total						
População (1)	Quantidade de Habitantes	Habitantes no estado	125350605	131034667	256385272	24	88%	3	12%	27	100%
		Total	256385272			////////////////////////////////////					
	Quantidade de Presos na Polícia	Polícia	51441	7460	58901	22	81%	5	19%	27	100%
		Total	58901			////////////////////////////////////					
	Quantidade de Presos/Internados – Sistema Penitenciário	Presos Provisórios	124892	5853	130745	27	100%	0	0%	27	100%
		Regime Fechado	155742	8852	164594	27	100%	0	0%	27	100%
		Regime Semi Aberto	57012	3283	60295	27	100%	0	0%	27	100%
		Regime Aberto	19779	1747	21526	26	96%	1	4%	27	100%
		Medida de Segurança-Internação	3019	394	3413	27	100%	0	0%	27	100%
		Medida de Segurança-Tratamento ambulatorial	406	133	539	27	100%	0	0%	27	100%
Total	381112			////////////////////////////////////							
Capacidade de Ocupação (1)	Número de Vagas	Polícia	21818	972	22790	21	77%	6	23%	27	100%
		Sistema Prisional	240954	14103	255057	27	100%	0	0%	27	100%
		Total	277847			////////////////////////////////////					
Estabelecimentos Penais (1)	Quantidade de Estabelecimentos Penais	Penitenciárias ou Similares	400	43	443	27	100%	0	0%	27	100%
		Colônias Agrícolas, Indústrias ou Similares	44	2	46	27	100%	0	0%	27	100%
		Casas de Albergados ou Similares	39	7	46	27	100%	0	0%	27	100%
		Centro de Observações ou Similares	13	1	14	27	100%	0	0%	27	100%
		Cadeias Públicas ou Similares	1036	96	1132	26	96%	1	4%	27	100%
		Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	23	5	28	27	100%	0	0%	27	100%
		Outros Hospitais	3	4	7	27	100%	0	0%	27	100%
		Total	1716			////////////////////////////////////					
	Gasto mensal com o Sistema Penitenciário	Folha de Pagamento dos Servidores Ativos	3636607072		3636607072	20	74%	7	26%	27	100%
		Folha de Pagamento dos Servidores Inativos	248639882		248639882	19	70%	8	30%	27	100%
Despesas de Custeio		2962850550		2962850550	19	70%	8	30%	27	100%	

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%
			Masculino	Feminino	Total						
Estabelecimentos Penais (1)	Gasto mensal com o Sistema Penitenciário	Despesas de Investimento	118769794		118769794	18	66%	9	34%	27	100%
		Total	6966867298			////////////////////////////////////					
	Seções Internas	Creches ou Similares	7	25	32	27	100%	0	0%	27	100%
		Seções para Gestantes/Parturientes ou Similares	-	38	38	27	100%	0	0%	27	100%
		Berçários ou Similares	3	62	65	27	100%	0	0%	27	100%
		Total	135			////////////////////////////////////					
	Gasto mensal com o Sistema Prisional – Presos	Gasto em geral com os presos	3571726992		3571726992	19	70%	8	30%	27	100%
Total		3571726992			////////////////////////////////////						
População Prisional (2)	Quantidade de Presos/Internados	Regime Fechado	156608	7970	164578	1086	98%	6	1%	1092	99%
		Regime Semi-Aberto	57752	3276	61028	1088	99%	4	0%	1092	99%
		Regime Aberto	18695	1675	20370	1081	98%	11	1%	1092	99%
		Presos Provisórios	122862	7576	130438	1089	99%	3	0%	1092	99%
		Medida de Segurança-Internação	2461	182	2643	1085	98%	7	1%	1092	99%
		Medida de Segurança-Tratamento Ambulatorial	343	14	357	1083	98%	9	1%	1092	99%
		Total	379414			////////////////////////////////////					
	Quantidade de Presos/Internados provenientes da Polícia/Justiça Federal	Presos Provisórios	3008	862	3870	1087	99%	5	0%	1092	99%
		Regime Fechado	4771	749	5520	1084	98%	8	1%	1092	99%
		Regime Semi-Aberto	2391	72	2463	1086	98%	6	1%	1092	99%
		Regime Aberto	738	67	805	1083	98%	9	1%	1092	99%
		Medida de Segurança-Internação	186	20	206	1084	98%	8	1%	1092	99%
		Medida de Segurança-Tratamento Ambulatorial	0	1	1	1084	98%	8	1%	1092	99%
		Total	12865			////////////////////////////////////					
Perfil do Preso (2)	Quantidade de Presos por Grau de Instrução	Analfabeto	29381	1153	30534	1088	99%	2	0%	1090	99%
		Alfabetizado	44182	2267	46449	1088	99%	2	0%	1090	99%
		Ensino Fundamental Incompleto	158176	9009	167185	1089	99%	1	0%	1090	99%

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%	
			Masculino	Feminino	Total							
Perfil do Preso (2)	Quantidade de Presos por Grau de Instrução	Ensino Fundamental Completo	44248	3056	47304	1089	99%	1	0%	1090	99%	
		Ensino Médio Incompleto	35141	2400	37541	1089	99%	1	0%	1090	99%	
		Ensino Médio Completo	25734	2358	28092	1089	99%	1	0%	1090	99%	
		Ensino Superior Incompleto	3123	413	3536	1087	99%	3	0%	1090	99%	
		Ensino Superior Completo	1441	203	1644	1086	98%	4	1%	1090	99%	
		Ensino acima de Superior Completo	64	13	77	1083	98%	7	1%	1090	99%	
		Não Informado	17334	131	17465	1081	98%	9	1%	1090	99%	
		Total	379827			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Presos por Nacionalidade	Brasileiro Nato	348781	19449	368230	1091	99%	0	0%	1091	99%	
		Brasileiro Naturalizado	1184	25	1209	1084	98%	7	1%	1091	99%	
		Estrangeiro	2210	710	2920	1088	99%	3	0%	1091	99%	
		Total	372359			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Presos por Tempo Total das Penas	Até 4 anos	57358	5907	63265	1064	96%	27	3%	1091	99%	
		Mais de 4 até 8 anos	64329	3794	68123	1064	96%	27	3%	1091	99%	
		Mais de 8 até 15 anos	50497	1648	52145	1064	96%	27	3%	1091	99%	
		Mais de 15 até 20 anos	24921	699	25620	1064	96%	27	3%	1091	99%	
		Mais de 20 até 30 anos	19003	470	19473	1064	96%	27	3%	1091	99%	
		Mais de 30 até 50 anos	7961	166	8127	1062	96%	29	3%	1091	99%	
		Mais de 50 até 100 anos	2740	30	2770	1061	96%	30	3%	1091	99%	
		Mais de 100 anos	511	12	523	1060	96%	31	3%	1091	99%	
		Total	240046			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Crimes Tentados/Consumados	Atentado Violento ao Pudor (Cod. Penal-Art 214)	8534	77	8611	1065	97%	25	2%	1090	99%	
		Corrupção de Menores (Cod. Penal - Art 218)	677	46	723	1061	96%	29	3%	1090	99%	
		Crime contra a Administração Pública (Cod. Penal - Art 312 a 337A)	2818	93	2911	1063	96%	27	3%	1090	99%	
		Crimes previstos na Lei de Armas (Est.Desarmamento - Art 12 a 18)	19877	363	20240	1073	97%	17	2%	1090	99%	

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%
			Masculino	Feminino	Total						
Perfil do Preso (2)	Quantidade de Crimes Tentados/Consumados	Estupro (Cod. Penal - Art 213)	9973	-	9973	987	89%	103	10%	1090	99%
		Extorsão (Cod. Penal - Art 158)	2165	79	2244	1064	96%	26	3%	1090	99%
		Extorsão Mediante Seqüestro na Forma Qualificada (Cod. Penal - Art 159 § 1º)	1942	99	2041	1061	96%	29	3%	1090	99%
		Extorsão Qualificada pela Morte (Cod. Penal - Art 159 § 3º)	337	226	563	1083	98%	7	1%	1090	99%
		Epidemia com Resultado Morte (Cod. Penal - Art 267)	7	0	7	1083	98%	7	1%	1090	99%
		Falsificação de Documentos / Uso de Documentos Falsos (Cod. Penal - Art 297 / 304)	3238	168	3406	1064	96%	26	3%	1090	99%
		Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto para Fins Terapêuticos ou Medicinais (Cod. Penal - Art 273)	217	4	221	1059	96%	31	3%	1090	99%
		Furto Qualificado (Cod Penal - Art 155 § 4º E § 5º)	32421	953	33374	1063	96%	27	3%	1090	99%
		Furto Simples (Cod. Penal - Art 155)	27212	993	28205	1074	97%	16	2%	1090	99%
		Genocídio Tentado (Lei 2.889/56-Art 5º)	89	2	91	1083	98%	7	1%	1090	99%
		Genocídio Consumado (Lei 2.889/56-Art 1º)	12	0	12	1084	98%	6	1%	1090	99%
		Homicídio Qualificado (Cod. Penal -121 § 2º)	30738	961	31699	1065	97%	25	2%	1090	99%
		Homicídio Simples (Cod. Penal -121 Caput)	18229	496	18725	1074	97%	16	2%	1090	99%
		Latrocínio (Cod. Penal - Art 157 § 3º)	12661	400	13061	1064	96%	26	3%	1090	99%
		Quadrilha ou Bando (Cod Penal - Art 288)	7501	286	7787	1065	97%	25	2%	1090	99%
		Receptação (Cod. Penal - Art 180)	10827	259	11086	1068	97%	22	2%	1090	99%
		Roubo Qualificado (Cod. Penal - Art 157 § 2º)	78231	1368	79599	1064	96%	26	3%	1090	99%
		Roubo Simples (Cod. Penal - Art 157)	34987	734	35721	1073	97%	17	2%	1090	99%
		Seqüestro (Cod. Penal – Art 148)	1379	120	1499	1060	96%	30	3%	1090	99%
		Tortura (Lei 9.455/97 Art 1º)	322	20	342	1059	96%	31	3%	1090	99%
		Tráfico de Entorpecentes (Lei 6368/76 Art 12)	58206	7819	66025	1072	97%	18	2%	1090	99%
		Tráfico Internacional de Entorpecentes (Lei 6368 - Art 18 Inciso I)	2360	664	3024	1084	98%	6	1%	1090	99%
		Terrorismo (Lei 7/70/83 - Art 20)	46	17	63	1083	98%	7	1%	1090	99%
		Extorsão mediante seqüestro (Cod. Penal - Art 159)	1537	141	1678	1063	96%	27	3%	1090	99%
		Outros Crimes	39505	2209	41714	1066	97%	24	2%	1090	99%

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%
			Masculino	Feminino	Total						
Perfil do Preso (2)	Quantidade de Crimes Tentados/Consumados	Total	424645			////////////////////					
		Quantidade de Primários e Reincidentes	Presos Primários com Uma Condenação	90635	6971	97606	957	87%	133	12%	1090
	Presos Primários com Mais de uma Condenação		51508	2526	54034	956	87%	134	12%	1090	99%
	Presos Reincidentes		72388	2348	74736	958	87%	132	12%	1090	99%
	Total		226376			////////////////////					
	Quantidade de Presos por Faixa Etária	18 a 24 anos	112437	5494	117931	1089	99%	2	0%	1091	99%
		25 a 29 anos	92669	5042	97711	1089	99%	2	0%	1091	99%
		30 a 34 anos	61059	3703	64762	1089	99%	2	0%	1091	99%
		35 a 45 anos	52314	3928	56242	1089	99%	2	0%	1091	99%
		46 a 60 anos	20514	1710	22224	1089	99%	2	0%	1091	99%
		Mais de 60 anos	3402	152	3554	1087	99%	4	0%	1091	99%
		Não Informado	10456	138	10594	1082	98%	9	1%	1091	99%
		Total	373018			////////////////////					
	Quantidade de Presos por Cor de Pele/Etnia	Branca	141501	8273	149774	1087	99%	4	0%	1091	99%
		Negra	58960	3258	62218	1087	99%	4	0%	1091	99%
		Parda	136380	8321	144701	1087	99%	4	0%	1091	99%
		Amarela	1698	125	1823	1083	98%	8	1%	1091	99%
		Indígena	401	29	430	1081	98%	10	1%	1091	99%
		Outras	12953	165	13118	1080	98%	11	1%	1091	99%
		Total	372064			////////////////////					
	Tratamento Prisional (2)	Quantidade de Presos em Programas de Laborterapia-Trabalho Externo (Número de presos que participam de programa de laborterapia, fora do estabelecimento penal)	Empresa Privada	12114	459	12573	1083	98%	3	0%	1086
Administração Direta			3811	323	4134	1080	98%	6	0%	1086	98%
Administração Indireta			2620	348	2968	1079	98%	7	0%	1086	98%
Outros			1740	24	1764	1078	98%	8	0%	1086	98%
Total			21439			////////////////////					

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%	
			Masculino	Feminino	Total							
Tratamento Prisional (2)	Quantidade de Presos em Programas de Laborterapia-Trabalho Interno (Número de presos que participam de programa de laborterapia, interno do estabelecimento penal)	Artesanato	13669	900	14569	1080	98%	6	0%	1086	98%	
		Apoio ao Estabelecimento Penal	30711	2718	33429	1083	98%	3	0%	1086	98%	
		Atividade Rural	3228	60	3288	1079	98%	7	0%	1086	98%	
		Outros	18436	1886	20322	1082	98%	4	0%	1086	98%	
		Total	71608			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Leitos	Leitos para Gestantes e Parturientes	149		149	1071	97%	15	1%	1086	98%	
		Berços para Recém Nascidos	6	74	80	1076	98%	10	0%	1086	98%	
		Leitos Ambulatoriais	868	37	905	1079	98%	7	0%	1086	98%	
		Leitos Hospitalares	496	27	523	1078	98%	8	0%	1086	98%	
		Leitos em Creche	40		40	1071	97%	15	1%	1086	98%	
	Total	1697			////////////////////////////////////							
	Quantidade de Fugas	Regime Fechado	192	5	197	1077	98%	9	0%	1086	98%	
		Regime Semi-Aberto	602	10	612	1079	98%	7	0%	1086	98%	
		Regime Aberto	100	1	101	1075	97%	11	1%	1086	98%	
		Total	910			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Abandonos	Regime Semi-Aberto	1318	210	1528	1054	96%	32	2%	1086	98%	
		Regime Aberto	1198	55	1253	1051	95%	35	3%	1086	98%	
		Total	2781			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Reinclusões	Presos que Retornaram ao Sistema Penitenciário	6155	176	6331	1060	96%	26	2%	1086	98%	
		Total	6331			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Presos Envolvidos em Motins ou Rebeliões	Regime Fechado	115	17	132	1077	98%	9	0%	1086	98%	
		Regime Semi-Aberto	1	0	1	1077	98%	9	0%	1086	98%	
		Regime Aberto	2	0	2	1074	97%	12	1%	1086	98%	
		Total	135			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Óbitos	Natural	56	3	59	1081	98%	5	0%	1086	98%	

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

UF: Todas do Brasil

Referência: 6/2008

Total de Secretarias Cadastradas: 27

Total de Estabelecimento(s) Cadastrados: 1097

(1) - Preenchimento pela Secretaria de Justiça

(2) - Preenchimento pelo Estabelecimento Penal

Obs.: Os campos não acessados aparecem com o sinal "-"

F1 - No. de estabelecimentos que informaram valores.

F2 - No. de estabelecimentos que não informaram valores.

F3 - No. de estabelecimentos que acessaram o item

Categoria	Indicador	Item	Valor			F1	%	F2	%	F3	%
			Masculino	Feminino	Total						
Tratamento Prisional (2)	Quantidade de Óbitos	Criminal	24	0	24	1079	98%	7	0%	1086	98%
		Suicídio	8	0	8	1079	98%	7	0%	1086	98%
		Acidental	1	0	1	1079	98%	7	0%	1086	98%
		Total	92			////////////////////////////////////					
	Quantidade de Procedimentos Disciplinares Iniciados	Falta Grave	3413	130	3543	1082	98%	4	0%	1086	98%
		Falta Média	782	62	844	1079	98%	7	0%	1086	98%
		Falta Leve	167	35	202	1078	98%	8	0%	1086	98%
		Não Definido	670	6	676	1077	98%	9	0%	1086	98%
	Total	5265			////////////////////////////////////						
	Quantidade de Procedimentos Disciplinares Concluídos	Falta Grave	2637	143	2780	1081	98%	5	0%	1086	98%
		Falta Média	820	61	881	1079	98%	7	0%	1086	98%
		Falta Leve	373	92	465	1078	98%	8	0%	1086	98%
		Inexistência de Falta	557	24	581	1077	98%	9	0%	1086	98%
	Total	4707			////////////////////////////////////						
	Capacidade de Ocupação (2)	Número de Vagas	Regime Fechado	138697	9263	147960	1081	98%	5	0%	1086
Regime Semi-Aberto			35377	2170	37547	1079	98%	7	0%	1086	98%
Regime Aberto			2972	136	3108	1073	97%	13	1%	1086	98%
Presos Provisórios			51859	1225	53084	1077	98%	9	0%	1086	98%
Medida de Segurança-Internação			2753	237	2990	1077	98%	9	0%	1086	98%
Total			244689			////////////////////////////////////					