

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GISELA MARIA BESTER

ROBERTO CARVALHO VELOSO

DANI RUDNICKI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Dani Rudnicki; Gisela Maria Bester; Roberto Carvalho Veloso – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-533-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Defesa jurídico-penal. 3. Infração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Quinze trabalhos foram apresentados no GT 36 do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em temas extremamente variados, mas, como se demonstrará, possuindo uma unidade quanto ao referencial teórico.

Eles versaram sobre o lugar do Direito Penal na democracia, desvendando as culturas do medo e do encarceramento; denunciaram os pilares racistas do sistema penal e analisaram as incongruências da aplicabilidade do princípio da insignificância. Verificaram como acontece a seletividade dos apenados e a relação entre a co-culpabilidade e sua inserção social. Buscaram saber como é ser mãe no cárcere, principalmente pelo desvelo de suas dificuldades, e quais as atualidades no que tange às medidas de segurança e aos tratamentos oferecidos a adolescentes. Também permitiram refletir sobre as tensões entre criminologias e suas intersecções com os feminismos e a Lei Maria da Penha, esta em balanço avaliativo após seus onze anos de vigência.

Foi, pois, uma tarde intensa e longa, preenchida com exposições interessantes e profundas, seguidas de debate com profícua troca de ideias. Mas não foram questões e debates isolados. Os estudos tiveram sustentação bibliográfica e empiria, porém entrelaçados por uma única linha teórica de sustentação: a criminologia crítica.

Mostra-se, assim, a pujança desta perspectiva em nosso País. Todavia, resta o desafio de aplicá-la na realidade da vida. A ausência de políticas criminais de Estado resulta em ações limitadas no tempo e no espaço, que não influenciam positivamente na vida diária das pessoas. Mesmo que denunciemos a cultura do medo, reconhecemos os dados que mostram a insegurança na vida cotidiana do país e assumimos que precisamos atuar em relação a ela. É necessário que a Academia, sobretudo os criminólogos críticos, utilizem seus conhecimentos para propor políticas viáveis e eficazes a fim de controlar a criminalidade e garantir, se possível, um Direito Penal, no mínimo, vinculado aos ideais iluministas da clássica tríade liberdade, igualdade e fraternidade.

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC/SC

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER/RS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O LUGAR DO DIREITO PENAL NA DEMOCRACIA: EM BUSCA DA
LEGITIMIDADE PERDIDA (OU NUNCA ENCONTRADA).**

**THE PLACE OF CRIMINAL LAW IN DEMOCRACY: IN SEARCH OF
LEGITIMACY LOST (OR NEVER FOUND).**

**Claudio Alberto Gabriel Guimaraes
Adriano Antunes Damasceno**

Resumo

O artigo tem por objetivo enfrentar o problema referente à legitimidade do direito penal. Parte-se da necessidade de avançar na elaboração do saber penal, optando por soluções mais efetivas para a crise de legitimidade que assola o direito penal contemporâneo. Situa-se o espaço de atuação do direito penal na democracia, reduzido, segundo se entende, a uma pequena parcela do controle social formal, cujo exercício deve estar estreitamente vinculado à legalidade e ao respeito aos direitos fundamentais. Defende-se, em última instância, um direito penal com caráter preventivo integrador, destinado ao disciplinamento social e à proteção de determinados interesses.

Palavras-chave: Direito penal, Controle social, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to face the problem concerning the legitimacy of the criminal law. Starts from the need to advance at the preparation of criminal knowledge, opting for more effective solutions to the crisis of legitimacy that plagues contemporary criminal law. Situate the performance space of the criminal law in democracy, reduced second one understands a small portion of the formal social control, the exercise of which must be closely linked to the legality and respect for fundamental rights. It is argued, ultimately, criminal law with goal preventive integrator, intended for the social discipline and the protection of certain interests.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Social control, Democracy

1 INTRODUÇÃO

A modernidade exige do direito construções discursivas no sentido de uma legitimidade capaz de transpor a simples coerência hierárquica do sistema normativo¹, fato evidenciado no campo penal pela dificuldade de se compatibilizar o saber penal e a realidade que se impõe aos olhos de todos: um Direito Penal cada vez mais simbólico, seletivo e estigmatizante, que apesar destas características continua a ser exercitado cotidianamente.

Não obstante a preocupante realidade que informa o atuar do Direito Penal, é fato incontestado que a maioria das pessoas que compõem o corpo social ainda legitima o controle social formal, sendo, pois, impensável, hodiernamente, a vida em sociedade sem a existência de todo o aparato que integra o Sistema de Justiça Penal.

Dentre desse contexto, o problema que se pretende enfrentar diz respeito à possibilidade de repensar o discurso jurídico-penal, conferindo-lhe, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, contornos que possam implicar num atuar legítimo do sistema penal.

Parte-se, assim, da necessidade de avançar na elaboração do saber penal, optando por soluções mais efetivas para a crise de legitimidade que assola o direito penal contemporâneo.

Tem-se por objetivo situar o espaço de atuação do direito penal na democracia, reduzido, segundo se entende, a uma pequena parcela do controle social formal, cujo exercício deve estar estreitamente vinculado à legalidade e ao respeito aos direitos fundamentais.

Definido o lugar que se entende deva ser ocupado pelo direito penal no Estado Democrático de Direito, a opção que se faz é pela reformulação do saber jurídico-penal, de modo a trazer elementos que possam se concretizar num atuar do sistema penal mais racional e que não intervenha além do estritamente necessário nas liberdades individuais.

¹ A doutrina alemã, percebendo a problemática que orbita em torno da legitimação do Direito Penal, tem realizado intensos esforços em prol do desenvolvimento de teorias que possibilitem avançar na solução de tal problema. Atualmente, propõe-se, a partir das Teorias da Comunicação de Habermas e dos Sistemas de Luhmann, uma revisão no conceito de bem jurídico. Nas palavras de Müssig (2001, p.14-15, tradução livre): “A mudança pretendida, posteriormente, intenta esboçar os contornos de uma Teoria Institucional do Direito, teoria esta que se fundamenta na perspectiva da Teoria da Sociedade, e que, especialmente, também poderia constituir a base de ulteriores reflexões em torno do modelo de proteção de bens jurídicos. Pois bem, desde a perspectiva desta Teoria do Direito, a Teoria do Bem Jurídico em sua configuração atual parece dificilmente sustentável: o problema da legitimação do Direito Penal – qual é o sentido social, qual é o objeto de cada tipo penal individual – aparece como questão diretamente relacionada com a configuração da sociedade, e não como uma questão relativa a determinados bens jurídicos: o Direito Penal é garantia do Direito enquanto estrutura da sociedade. Por isso, os critérios de legitimação e os padrões de referência devem determinar-se a partir de uma nova perspectiva. Aqui se propõe tomar como critério de legitimação a função social da norma de comportamento garantida juridicamente; o padrão de referência para a questão da legitimação é, então, os critérios de identidade da autodescrição da sociedade”.

Defende-se, em última instância, um direito penal com caráter preventivo integrador, destinado ao disciplinamento social e à proteção de determinados interesses, que devem ser constantemente avaliados para fins de planificação criminalizadora, sem que se deixe de levar em conta os limites impostos pelos direitos humanos.

2 A “CRISE” DO DIREITO PENAL: ENTRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE

Tentar construir um discurso em torno da legitimidade do direito tem ocupado boa parte da obra dos teóricos pós-modernos. Habermas (2003, p. 48), por exemplo, traz à tona a tensão entre facticidade e validade, na qual o direito, enquanto manifestação daquela, não se exige. Nesse sentido, o direito é imposto pelo Estado (*faktizität*) de forma coercitiva, razão pela qual é fundamental estruturar mecanismos que possam lhe conferir um mínimo de legitimidade (*geltung*).²

O Direito Penal, como não poderia deixar de ser, não é alheio a questionamentos relativos à sua legitimidade. Muito pelo contrário. Talvez seja no âmbito do controle punitivo, tal qual o conhecemos hoje, que a dicotomia facticidade/validade se manifeste de modo mais evidente, restando superados os argumentos no sentido de que a legitimidade se esgotaria na simples obediência à hierarquia normativa, como defendia Kelsen (1998, p. 223).

Mas quando se fala em controle punitivo, os discursos de deslegitimação são tão ou mais difundidos que os discursos formulados em torno de uma pretensa legitimidade, o que não foi suficiente, porém, para diminuir a violência imposta cotidianamente tanto pelo aparato do próprio sistema penal³ quanto pelas instâncias não estatais de controle e repressão.

E, apesar da coerência dos estudos que apontam para a preponderância dos efeitos negativos da utilização do direito punitivo nas sociedades hodiernas, principalmente nos países menos desenvolvidos socialmente, como é o caso do Brasil, é fato inconteste que não há como se prescindir dos sistemas de controle social formal, mesmo nos moldes como estão estruturados hoje.

² Para Habermas (2003, p. 138) a legitimidade do direito depende de um arranjo comunicativo: “enquanto participantes de discursos racionais, parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”.

³ Andrade (2008) sobre o Sistema Penal, explica que: “[...] o sistema penal, mecanismo de controle social formal (Legislativo- Lei Penal- Polícia- Ministério Público- Judiciário- Prisão- ciências criminais- sistema de segurança pública, etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família-escola—universidade- mídia- religião- moral- mercado de trabalho- hospitais- manicômios), funcionalmente relacionados às estruturas sociais”.

É necessário, assim, avançar num sentido de reconhecer que, se não se pode abolir o exercício do poder do sistema penal nas democracias contemporâneas, tem-se que redirecionar a resistência com o fim de minimizar as consequências da violência que lhe é imanente.⁴

Essa é uma proposta que facilmente pode ser taxada de reacionária. Entretanto, a história – a partir dela é que deve ser analisado o exercício do poder –, demonstra as consequências pela opção daquilo que Garland (2008, p. 155) designa discurso do “nada funciona” e Gauer, Saavedra e Gauer (2011, p. 104) de “fatalismo-destrutivo”, que em nada, sob uma ótica pragmática contribuem para solucionar os graves problemas afetos à violência estrutural e, conseqüentemente, a violência criminal que assolam as sociedades contemporâneas⁵.

É absolutamente necessário, pois, que paulatinamente sejam construídos saberes que possam enfrentar os percalços concretos oriundos das relações sociais que permeiam a vida em comunidade, com o fim maior de minimizar as consequências certas que advém do exercício do controle social formal exercido pelo Estado.

É nítido o esforço feito pelos estudiosos do Direito Penal no enfrentamento de tal problema no âmbito do desenvolvimento das Teorias de legitimação das penas, que já perpassaram pelos mais diversos campos do saber, desde a esfera filosófica (Teorias retributivas) até a esfera médica (Teorias ressocializadoras), entre tantas outras.

Exemplo claro do acima exposto pode ser encontrado quando do declínio do previdenciarismo penal e de sua política correcionalista⁶ a partir dos anos 70 do século passado que deu azo ao ressurgimento de uma cultura punitivista que há tempos estava fora do discurso oficial, mas que emergiu com toda a força nas duas últimas décadas do século XX (GARLAND, 2008, p. 114).⁷

⁴ Nesse sentido, Zaffaroni (1991, p. 196): “Seguramente, é impossível a legitimação de fatos de poder causadores de milhões de mortes e de infinita dor humana; entretanto, para a supressão desses males, torna-se necessário, em primeiro lugar, reconhecer a existência daqueles fatos, dimensionar seu poder, analisá-los, determinar nosso poder diante do fenômeno, estabelecer uma cadeia de objetivos estratégicos sucessivos e uma tática para alcançá-los. *O primeiro passo para o exercício de um poder que enfrenta outro poder deslegitimado é perguntar como se pode administrar o poder disponível*”. (Destaque no original).

⁵ Mesmo autores reconhecidamente críticos do Sistema Penal e, até mesmo abolicionistas, como Christie (2009, p. 16), reconhecem explicitamente que: “But let it be quite clear: I do not say, here or later, that unacceptable acts, completely unacceptable also to me do not exist: I do not deny that some people get bullets into that bodies due to other people’s guns. Not do I deny that some are killed due to other people’s cars, that Money is taken away from people’s drawers or bank accounts without their consent. And I do not deny that I have Strong moral objections to most of these acts, try to stop them, and try to prevent them. Not do I deny that it might be useful to see some of these acts as crimes”.

⁶ Uma das obras clássicas que trata do assunto foi escrita por Cuello Calón, a qual indicamos para aprofundamento no tema (1974). O referido autor foi um dos grandes defensores das teorias mistas da pena, com clara inclinação pelo caráter ressocializador da mesma sem, entretanto, abrir mão de sua função intimidatória.

⁷ No Brasil, este fenômeno pode ser observado com a edição da lei de crimes hediondos...

É importante salientar que as críticas dirigidas ao previdenciarismo penal já eram desenvolvidas bem antes. Garland (2008, p. 159-160) aponta que descobertas negativas em relação à política correcionalista foram feitas ainda nos anos de 1930, a partir de pesquisas empíricas. Tais descobertas, entretanto, eram utilizadas com o fim de melhorar o sistema e não para por em xeque a ideia de tratamento defendida até então.

Essa é só uma das provas de que o controle punitivo não é fruto de uma suposta evolução teórica, mas sim decorrência da relação entre poder e saber, tão bem descrita por Foucault (2003, p. 99). Não compreender essa relação impede a construção de mecanismos de resistência adequados, deixando espaço para formas ainda mais perversas de controle punitivo.

Basta observar que, naquilo que interessava, os discursos de deslegitimação⁸ foram devidamente apropriados pelo modelo neoliberal em prol da privatização do controle social formal, difundido em larga escala desde o final do século XX até os dias de hoje. A política penitenciária é um exemplo bem evidente do fenômeno. Quanto mais corroborada a incompetência estatal no gerenciamento do setor, mais fácil difundir a necessidade de repassá-lo à iniciativa privada.⁹

Diante desse quadro, resta indagar se há um discurso-jurídico penal capaz de se mostrar legítimo no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

O primeiro passo rumo a essa resposta é deixar claro o que se entende por legitimidade. De acordo com Zaffaroni (1991, p. 16), legitimidade se confunde com racionalidade. Assim, se o discurso jurídico-penal se mostrar racional e se o sistema penal atuar de acordo com tal racionalidade, restará alcançada a legitimidade pretendida.

A racionalidade do discurso depende de sua coerência interna e do valor de verdade quanto a sua operatividade social (ZAFFARONI, 1991, p. 16). A coerência deve abarcar a ausência de contradição entre os enunciados do discurso, mas deve ir além, reconhecendo um fundamento antropológico, segundo o qual a atuação do sistema penal deve ser pautada por uma ética que leve em conta o ser humano em primeiro lugar. Logo, os direitos humanos devem estar na base de todo o sistema penal, que, por sua vez, deve reconhecer não apenas o fundamento ético, mas o caráter normativo que tais direitos alcançaram a partir do segundo pós-guerra.

⁸ Obra específica sobre a deslegitimação do Direito Penal foi escrita por Yacobucci (2000), para quem “El poder se mueve en el campo de la contingencia, reclama siempre la intromisión dentro de um área de posibilidades, seleccionando aquellas que se corresponden con los objetivos buscados. El poder, em consecuencia, tiende a reducir la contingencia, lo aleatorio, de allí que su eficacia vaya directamente vinculada con su aptitud para producir previsibilidad, satisfacción de expectativas, certeza y seguridad.(YACOBUCCI, 2000, p. 35)

⁹ Sobre o tema Cf. Guimarães, 2005.

Além de coerente, o discurso deve ser socialmente verdadeiro. A criminalização de condutas deve mostrar-se adequada aos fins que se deseja alcançar. O discurso jurídico-penal soe ser capaz de provocar as modificações que se propõe a fazer no seio social.

No plano concreto, o grau de verdade do discurso deve ser avaliado a partir da atuação dos órgãos do sistema penal. Estes devem guardar um mínimo de aproximação dos fins explicitados através da planificação proposta pelo saber penal. Em suma, saber e poder devem guardar uma aproximação mínima¹⁰.

Muito tem sido produzido no campo teórico buscando legitimar o exercício do poder punitivo, cabendo ressaltar os estudos que rediscutem os fins das penas e a implantação de políticas criminais alicerçadas nos microssistemas penais.

As dificuldades de se compor o discurso jurídico-penal de acordo com esses requisitos indispensáveis a sua racionalidade põem a prova a atuação do sistema penal. O grande problema, porém, é que este é manifestação de poder, e, legitimado ou não, continua a ser exercido.

Diante dessa realidade duas perspectivas se abrem. A primeira consiste em reconhecer por completo a incapacidade do sistema penal de ajustar-se a um discurso capaz lhe conferir um mínimo de racionalidade, não havendo, assim, alternativa, senão sua abolição.

A segunda perspectiva consiste na tentativa de reconstruir o saber penal, levando em conta as exigências de racionalidade antes propostas e a partir de então definir um espaço ínfimo e coerente de atuação do sistema penal dentro do Estado Democrático de Direito.

Antes de analisá-las, porém, é preciso compreender o lugar ocupado pelo sistema penal e pelo direito penal no Estado Democrático de Direito, restrito a uma parcela reduzida do controle social.

3. DIREITO PENAL E CONTROLE SOCIAL FORMAL NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Inicialmente cunhada no âmbito da psicologia e das ciências sociais, a expressão controle social era compreendida em sentido amplo como o conjunto de instituições e processos destinados a garantir a ordem social.

A partir da década de 1940, o conceito ganha contornos mais estreitos, que logo seriam trazidos para o âmbito da criminologia. Graças aos funcionalistas, o controle social passaria a

¹⁰ Especificamente sobre fundamentação e legitimação do direito de punir, Guimarães (2010)

ser tido como um elemento essencial para o bem-estar da sociedade. Além disso, estariam abrangidas no conceito outras instâncias que não as estatais (BEIRNE; MESSERSCHMIDT, 2010, p. 171).¹¹

Zaffaroni aponta que instituições como a mídia ou a moda, por exemplo, têm a capacidade de impor certos padrões de consumo sem que se perceba tal ação como uma forma de controle social (2004, p. 67-68). Haveria, dessa forma, em razão do amplíssimo âmbito do controle existente no seio social, um controle exercido de forma difusa através de instituições como a mídia, a família, a medicina, a educação etc.

Mas é no âmbito do controle social formal, institucionalizado e explícito, que se deve buscar o lugar do sistema penal e, por consequência, do direito penal. Nesse caminhar, há de se firmar, primeiramente, um consenso em torno do que se entende por sistema penal. Segundo Zaffaroni,

Chamamos “sistema penal” ao *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, 2004, p. 69).

Definido o que se entende por sistema penal, é preciso registrar que, em que pese sua expansão contínua vivenciada em países periféricos, seu âmbito de atuação dentro do controle social formal é comprovadamente limitado. Primeiramente em razão da maior eficácia de outras formas institucionalizadas – não necessariamente punitivas –, que não apenas se prestam ao controle¹², mas também à solução dos conflitos, como é o caso do direito privado, por exemplo.

O reduzido espaço ocupado pelo sistema penal dentro do controle social formal também decorre da incapacidade de suas agências de agirem no âmbito da legalidade, que passam, por consequência, a deslocar fatos que, em tese, estariam sob sua égide, para formas de “controle fora de controle” (GUIMARÃES, 2010, p. 136). Portanto, aquilo que fica fora do controle formalizado não necessariamente ficará fora do controle exercido pelas agências do sistema penal, pois estas possuem um amplo espaço de atuação fora da legalidade gerado por seu déficit operacional. Neste sentido Guimarães afirma:

Em suma, o déficit operacional é compensado pelo amplo desrespeito ao que é estatuído legalmente. Não mais se investiga, tortura-se; não mais se fiscaliza; silencia-

¹¹ Para uma crítica à transposição do conceito das ciências sociais para a criminologia cf. Bergalli, 2005.

¹² Na lição de Baratta (1993, p. 50): “o controle penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, isto é, sobre determinados comportamentos através dos quais se manifestam os conflitos e não sobre os conflitos propriamente ditos”.

se; a tão necessária verdade real objetivada pela persecução penal transforma-se em verdade política, alimentada por interesses particulares. Há uma convivência disfarçada entre as autoridades constituídas que absurdamente administram o desrespeito às leis. (GUIMARÃES, 2010, p. 136).

O espaço reduzido ocupado pelo sistema penal dentro controle social formal decorre, ainda, do grau de seletividade com que opera. Com efeito, o sistema seleciona certas condutas, deslocando outras para o âmbito de sua atuação à margem da lei, restando, ainda, aquelas condutas que não serão objeto de controle.

Nesse particular, é preciso observar que a seletividade do sistema se dá da forma menos democrática possível. Há uma completa inversão na ordem das agências do sistema penal, ou seja, o processo de seleção é realizado nas esferas onde a repressão impera, restando ao Judiciário e ao Legislativo apenas assimilar a seletividade já operada na outra extremidade do sistema.¹³

Assim, resta claro que, em que pesem as pretensões expansionistas comuns em tempos de neoliberalismo, o âmbito de atuação do sistema penal e, conseqüentemente, do direito penal nos limites do controle social formal é extremamente reduzido.¹⁴ Isto não implica, contudo, negar a importância do direito penal no contexto da vida contemporânea, mas sim a necessidade de repensar sua forma de atuação e os fundamentos de sua legitimidade.

O problema não parece estar, como bem ressalta Guimarães (2013), nos fins perseguidos pelo direito penal, restritos ao controle social formal.¹⁵ A existência de controle é imanente às sociedades organizadas.¹⁶ Mesmo antes da criação das figuras do crime e do

¹³ Nesse sentido, Guimarães (2010, p. 136): Na realidade, quem decide sobre a criminalização é a Polícia, através de seus filtros e formas de punição paralela, sobrando para as agências judiciais os poucos casos a elas remetidos pelos órgãos policiais, sendo desnecessário tecer maiores comentários acerca do poder legislador, que, obviamente, não tem qualquer influência no âmbito da seletividade e da cifra negra.

¹⁴ Confirmando essa assertiva, mas com base em outros fundamentos, Muñoz Conde (2012, p. 25-26): “dentro del control social la norma penal, el sistema juridico-penal, ocupa um lugar secundário, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, em efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable um derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social.

[...]

Por todo ello, se puede decir que el derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los diversos mecanismos del control del individuo em la sociedad. Pero no el único, ni el más importante”.

¹⁵ “[...] o que justifica a existência do controle social formal e, conseqüentemente, do Direito Penal e do Sistema de Justiça Penal é a clara necessidade que todas as sociedades possuem de disciplinar as relações intersubjetivas – hodiernamente, com a tendência de criminalização da pessoa jurídica, tais relações já não são mais tão intersubjetivas assim”. (GUIMARAES, 2013).

¹⁶ Para Muñoz Conde (2012, p. 25), “el control social es una condición básica de la vida social. Con el se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos em las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contra-fácticamente, em caso de su frustración o incumplimiento, com la respectiva sanción impuesta em una determinada forma o procedimiento”.

criminoso, as sociedades já conviviam com mecanismos de controle social, muitos dos quais mais violentos que o direito penal tal qual o conhecemos hoje (FOUCAULT, 2011, p. 119).

Nesse ponto, é importante destacar que mesmo as propostas abolicionistas, ainda que rejeitem as práticas penais contemporâneas, não rechaçam a importância do controle social formal, como se pode inferir das palavras de Hulsman e Celis (1993, p. 86): “Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal”.

O mesmo pode ser dito em relação à criminologia crítica, cujas propostas transitam entre abolicionismos e minimalismos, mas deixando clara a importância do controle social formal, ainda que sob a exigência de uma nova perspectiva:

[...] a criminalidade não é uma qualidade natural dos sujeitos e dos comportamentos, mas sim uma qualidade atribuída a estes através de processos de definição. Isto não significa entretanto, que ela não se depare com a exigência de serem postas em prática estratégias de controle social mais justas e eficazes frente ao “referencial material” daquelas definições, quando este exista; ou seja, frente a todas aquelas situações de “negatividade social”, previstas ou não pelas normas penais que representam repressão de necessidades reais e violações de direitos humanos. Trata-se de contribuir para o processo através do qual a maioria dos membros de uma sociedade organiza defesas públicas eficazes diante da violência de minorias prepotentes e da negatividade social. Este controle social alternativo deverá ter características opostas àquelas próprias do sistema da justiça criminal, de tal forma a evitar a injustiça e a ineficácia que caracterizam as intervenções deste sistema. (BARATTA, 1993, p. 50).

O cerne da questão não está, pois, na necessidade ou não de controle social. E, embora se discuta a respeito da necessidade do direito penal, deve-se observar que os problemas a ele vinculados estão essencialmente ligados a outros aspectos do discurso que lhe dá sustentação e não aos fins limitados a que se destina, já que estes, como mencionado, devem estar restritos ao disciplinamento social exercido pelo Estado, dentro, é claro, de um padrão ético que leve em conta o ser humano em primeiro lugar.

Logo, reconhecer fins mais modestos para o direito penal – e que possam ser concretizados –, sem perder de vista o imperativo da proteção dos direitos humanos, é o primeiro passo no sentido da construção de um discurso jurídico que se pretenda legitimador.

Antes, porém, é preciso trazer de volta o sistema penal para o âmbito da legalidade.¹⁷ Certo cuidado, entretanto, é necessário para que não se esteja simplesmente a alimentar as pretensões expansionistas tão comuns em tempos de neoliberalismo. Delimitar a atuação do sistema penal e do direito penal ao círculo da legalidade não pode implicar, de maneira

¹⁷ Nesse sentido, Baratta (2004, p. 305) afirma: “El primer elemento de un programa de limitación formal de la violencia punitiva consiste, entonces, en reubicar a ésta en el ámbito e bajo el control de la ley”.

nenhuma, a ampliação do controle social formal. Ao revés, a política deve ser no sentido de conter a atuação do sistema. É imprescindível, portanto, trabalhar as causas dos comportamentos lesivos, buscando soluções que façam com que o sistema penal não precise atuar.

Para tanto, merece ser levada em conta a observação de Guimarães (2013) no sentido de que bases teóricas aparentemente incompatíveis – teoria geral da anomia, Escola de Chicago e criminologia crítica – se encontram quando entendem, embora com nomenclaturas e abordagens distintas, que a causa determinante para o cometimento de comportamentos lesivos são os fatores de tensão existentes na sociedade.

Desse modo, a violência estrutural e a desorganização urbana – esta, sem dúvida, uma forma daquela – merecem uma atenção muito maior que aquela que lhes é dada cotidianamente dentro da política de controle social formal, ainda marcada, pelo caráter punitivista e simbólico.

A política criminal deve dar lugar, portanto, a políticas de segurança¹⁸, pois, segundo Pavarini:

As políticas de segurança dizem respeito a toda a população, à qualidade das relações sociais e interpessoais, à qualidade do ambiente urbano, enquanto as políticas criminais se referem somente à prevenção e repressão de determinados comportamentos individuais qualificados como crimes. (PAVARINI, 2012, p. 494).

Repensam-se, assim, não só os fins do direito penal, mas o seu lugar dentro da democracia. Suas pretensões devem estar atreladas, repita-se, à proteção intransigente dos direitos fundamentais, bem como a outras formas de controle social – não necessariamente punitivas – voltadas para as causas e não simplesmente para as consequências dos comportamentos desviantes.

Assim, repensados os fins e o lugar do direito penal na democracia, é preciso encontrar um discurso jurídico que possa lhe dar sustentação e, mais importante, possa fazer com que os órgãos do sistema penal atuem em conformidade com seus ditames.

4. EM BUSCA DA LEGITIMIDADE PERDIDA (OU NUNCA ENCONTRADA)

Propor a abolição do sistema penal pode parecer, à primeira vista, uma saída mais simples e coerente para a crise do direito penal na contemporaneidade. Trata-se de uma questão

¹⁸ Não à débil e estéril política de segurança pública imposta pelo modelo neoliberal e, infelizmente, ainda em voga no Brasil.

lógica. Se o discurso jurídico-penal não consegue se sustentar frente às exigências de racionalidade que lhe são impostas, mais coerente é a sua substituição por outras formas de controle e responsabilização pessoal.

Essa solução reducionista não parece ser assumida, pelo menos no todo, nem mesmo pelas propostas abolicionistas¹⁹, muito embora não se possa perder de vista posições como a de Hulsman e Celis (1993, p. 86) no sentido de que a pena como concebida e aplicada pelo sistema penal deva ser abolida por implicar a imposição de um mal sem a participação efetiva dos interessados.

A despeito da importância das correntes abolicionistas, é necessário compreender que as sociedades contemporâneas ainda não podem renunciar à instância formalizada de controle social representada pelo sistema penal e pelo direito penal.²⁰ Mesmo porque abrir mão da racionalidade penal moderna não resulta, necessariamente, num avanço no que diz respeito às liberdades individuais. Na verdade, a abolição do sistema penal e do direito penal relegaria as tarefas de controle que lhes são atribuídas a instâncias informais de controle tão ou mais complexas (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 29).

É preciso, portanto, retomar a busca pela legitimidade perdida (ou nunca encontrada) da forma mais extremada de exercício do controle social formal, o que só pode ser feito, como já adiantado, por meio da racionalização do discurso jurídico-penal.

A racionalidade penal moderna²¹, nas suas mais variadas vertentes, construiu seus discursos em torno da pena, restando difícil edificar um discurso legitimador que não perpassasse os fins da pena enquanto elemento nuclear do direito penal.

Como já adiantado, entende-se que a pena e o direito penal devem estar de acordo com o fim almejado pelo controle social formal, ou seja, exclusivamente o disciplinamento social através da proteção e manutenção da ordem jurídica enquanto pressuposto da vida em sociedade (GUIMARÃES, 2013). Tal fim não pode, todavia, estar desancorado do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois levar a dicotomia sociedade/indivíduo ao extremo conduz àquilo que Muñoz Conde (2012, p. 32) denomina de “fascitização social”.

¹⁹ Na verdade, o abolicionismo parece implicar muito mais um agir estratégico do que uma proposta simplista de extinção do sistema penal, pois como afirma Andrade (2012, p. 265): “o abolicionismo não se coaduna com as receitas estáticas e totalizadoras, não podendo ser interpretado como um receituário imediatista ingênuo (que em sendo “aplicado” permitiria dormir com o sistema e acordar sem o sistema)”.

²⁰ Nesse sentido, Guimarães (2013): “[...] necessário se faz avançar, encontrar soluções dentro do que seja factível e, infelizmente, não se acredita ser factível, no atual contexto social, político e econômico que permeia a ordem mundial de forma geral e o Estado brasileiro, de forma mais particularizada, a adoção de teorias abolicionistas, a título de exemplo”.

²¹ Sobre a racionalidade penal moderna, Cf. Pires (1998; 2004).

Desse modo, a pena não pode ser confundida com seus fins, ou seja, a lesão que aquela carrega consigo não determina os fins que se quer alcançar com o direito penal (MIR PUIG, 2003, p. 79).

No contexto atual, a pena, enquanto realidade, não passa de autoconstatação do Estado. Este, todavia, deve ser encarado como ente abstrato que é, o que leva à conclusão de que autoconstatação a que se refere é a de um determinado sistema, que não pode ser outro senão um sistema democrático (RAMIREZ, 2012, p. 15).

O direito penal há de transpor, portanto, os limites da intimidação através do mal como forma de disciplinamento social, assumindo uma função preventiva estabilizadora ou integradora por intermédio da confirmação e do asseguramento das normas básicas que regem a vida em sociedade (MUÑOZ CONDE, 2012, p. 30). Destarte, a pena assume função de proteger, como última instância, os bens jurídicos fundamentais para a consecução do Estado Democrático de Direito.

Bem jurídico, enquanto objeto de tutela penal, deve ser compreendido como uma relação social, posto que o direito nada mais faz que reconhecer a importância de determinadas construções sociais de forma concreta e simbólica (RAMIREZ, 2012, p. 15). Não se trata, como bem adverte Mir Puig (1994, p. 60), de uma realidade naturalística, tampouco de valores ético-individuais. Em suma, o crime, o criminoso e muito menos os bens que se busca proteger através do direito penal são realidades dadas, mas sim objeto de construções sociais.

A coerência interna do discurso jurídico-penal de que antes se falava exige que o conceito de bem jurídico funcione como limite material à configuração do injusto penal. Logo, só podem ser objeto de construção por parte do discurso jurídico-penal os bens mais relevantes para a sociedade e cuja proteção não pôde ser alcançada através de outros mecanismos de controle social (ZILIO, 2012, p. 229), sem olvidar o caráter dinâmico e dialético deve imperar nesse processo. Com efeito, rechaçada a ideia de bens jurídicos como entes dados, pré-constituídos, não se pode deixar de reconhecer seu caráter cambiante, principalmente se observadas as mudanças de paradigmas na produção do saber.

Mas além de coerente, um discurso jurídico-penal que se pretenda legitimador deve se mostrar socialmente verdadeiro, pelo menos no que diz respeito à capacidade real do sistema de tornar efetivo o disciplinamento social e, conseqüentemente, proteger de forma concreta certas construções sociais. Parece evidente, por exemplo, que o discurso de “guerra às drogas” leva em conta muito mais uma ideia de saúde pública enquanto bem jurídico concebido como um valor ético-individual do que como o resultado de uma produção discursiva operada dentro da democracia. O resultado desse equívoco é o aumento contínuo na piora da saúde daqueles

que possuem uma relação direta (drogadicto) ou indireta (familiares) com as drogas ilícitas. Note-se que o controle em relação às drogas lícitas é bem mais efetivo. O Estado controla quem produz e quanto se produz, tendo, ainda, parâmetros mínimos para controlar quem consome, o que é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas adequadas para o setor. O mesmo pode ser dito em relação a tipos penais como o aborto, que parece ainda existir muito mais por motivos morais e religiosos que por razões de efetiva proteção do bem vida.

Logo, o controle penal exige um exame constante de proporcionalidade como justificativa da planificação criminalizadora. Numa democracia, a intervenção penal só é permitida quando tenha a real capacidade de tutelar direitos fundamentais. Nesse sentido, Dimoulis afirma:

Somente os meios penais que permitem efetivamente tutelar um direito fundamental encontram justificativa constitucional. Para tanto se examina a capacidade do meio com base em avaliações empíricas que comparam a situação criada após a intervenção penal e a situação na qual é efetivamente atingido a propósito da tutela. (DIMOULIS, 2012, p. 827).

Deve-se distinguir, contudo, a necessidade constante de se verificar a compatibilidade entre os meios e os fins almejados pela planificação criminal dos problemas de ordem democrática que insistem, a despeito da falta de verdade operacional constatada, em manter uma legislação penal seletiva, estigmatizante e simbólica. Ou seja, problemas de ordem política, relacionados a não concretização de uma democracia substancial, devem ser resolvidos no âmbito da própria política, pois não dizem respeito ao discurso jurídico-penal a ser desenvolvido no Estado Democrático de Direito. O mesmo entendimento deve prevalecer no que diz respeito à má atuação dos órgãos do sistema penal. A seletividade inquisitorial com que o sistema penal opera somente pode ser corrigida através da democratização do próprio sistema.²²

Tudo quanto foi dito em torno das pretensões de legitimidade aqui levantadas deve ser tomado de acordo com o referencial dos direitos humanos, compreendidos estes além de uma perspectiva abstrata e não concretizável. Assim, por mais que a ressocialização pareça algo difícil de ser conseguido com a imposição de um mal (pena), o sistema penal deve atuar, pelo menos, num sentido de não tornar menos humano que qualquer outro não atingido pela construção “criminoso” aqueles que por ele são atingidos.

²² Guimarães (2013): “defende-se a ideia de que os percalços oriundos das próprias estruturas de poder e de seu exercício somente poderão ser enfrentados e superados na própria esfera deste, ou seja, problemas ligados ao mau exercício dos governos que se dizem democráticos deverão ser corrigidos no âmbito do desenvolvimento da democracia”.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da segunda metade do século XX desenvolveram-se teorias fundamentais para o saber penal e que culminaram no desmoronamento dos fundamentos que supostamente legitimavam o discurso jurídico-penal. Apesar disso, o sistema penal e o direito penal, enquanto manifestações de poder continuam a incidir cotidianamente, especialmente na vida dos mais pobres, que são vitimizados tanto pelo aparato estatal de repressão quanto pelas mais diversas formas de controle que surgem paralelamente.

De nada adianta abolir o sistema penal, se na prática este ou outros mecanismos de controle continuarão a incidir sobre a vida das pessoas com igual ou maior grau de violência. Melhor parece redefinir os fundamentos do poder de punir, tentando trazê-lo no todo, ou pelo menos sua maior parcela, para o âmbito da legalidade que deve imperar no Estado Democrático de Direito.

Tais objetivos só serão alcançados a partir do momento em que o discurso jurídico-penal mostrar-se racional e os órgãos do sistema penal passarem a atuar de acordo com tal racionalidade. Parece evidenciado que esta compatibilidade entre o discurso e o agir, ou seja, entre o saber e o poder, depende de fatores externos ao discurso jurídico-penal, ligados às dificuldades de se concretizar a democracia substancial. Deve-se, portanto, separar aquilo que pode e deve ser atribuído ao direito penal, sem esquecer que as funções para as quais este foi pensado passam ao largo da solução dos problemas estruturais que assolam as democracias contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Coleção pensamento criminológico; 19).

BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos**: entre violência estrutural e a violência penal. In: Fascículos de ciências penais, ano 6, v. 6. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p. 44-61.

_____. Principios de derecho penal mínimo. In: _____. Criminología y sistema penal. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 299-333.

BEIRNE, Piers. MESSERSCHMIDT, James W. **Criminology**: a sociological approach. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2010.

BERGALLI, Roberto. Un sistema penal em um estado pretendidamente social y em uma sociedad poco democrática. In: **Revista Internacional de história política e cultura jurídica**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, janeiro 2010. p. 6-19.

CHRISTIE, Nils. A suitable amount of crime. In: **Key Readings in Criminology**. Devon, UK: Willan Publishing, 2009, p. 17-18.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Bosch, 1974.

DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamento e dimensões. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fabio (orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: Ledze, 2012. p. 811-843.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. 1ª ed. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2008.

GAUER, Ruth M. Chittó; GAUER, Gabriel J. Chittó ; SAAVEDRA, Giovani A. **Memória, punição e justiça**: uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

GUIMARÃES, Claudio Alberto G. Políticas públicas de disciplina e controle: do Estado social ao Estado penal. In: **Novos estudos jurídicos**, v. 10, n. 1, jan./jun. 2005. p. 167-180.

_____. **Constituição, ministério público e direito penal**: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Reflexões acerca do controle social formal**: discutindo os fundamentos do direito de punir. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, Rio de Janeiro, v.1, n. 23, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 1ª ed. Trad. Maria Lucia Karam. Niteroi: Luam, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2ª ed. Buenos Aires/Montivideo: B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PAVARINI, MASSIMO. Do front italiano: a metáfora da guerra e a democracia de segurança. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fabio (orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: Ledze, 2012. p. 479-512.

RAMIREZ, Juan Bustos. Política criminal y derecho penal. In:_____. **Control social y sistema penal**. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2012. pp. 14-28.

PIRES, Alvaro. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In:_____ et. al. **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa et De Boeck Université, 1998. p. 13-67.

_____. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 68, março 2004, p. 39-60.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

ZILIO, Jacson. **Legítima defensa: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal**. Buenos Aires: Didot, 2012.